

HUKUM TANPA RIASAN DAN EKSISTENSI HUKUM ADAT INDONESIA

Suatu Pembelaan Terhadap Positivisme Hukum

Oleh:

Arvie Johan

Pengajar Fakultas Hukum

Universitas Muhammadiyah Surakarta

Abstract

This paper is concerned with the misunderstanding of a few lawyers on legal positivism movement. Criticizing the idea of “law is written law only” as they described as legal positivism, the paper considers the root of legal positivism, namely: law as social fact, identification of law, and separability thesis. Therefore, the strategies offered the paper also quote from the recent research which uses the paradigm of legal positivism. At a glance, this paper proves that legal positivism more compatible to Indonesia adat law compare with natural law.

Keywords: Law, Legal Positivism, Indonesia Adat Law

PENDAHULUAN

Ada beberapa ahli hukum berpendapat cara pandang positivisme hukum identik dengan pemahaman hukum sebagai peraturan perundang-undangan tertulis yang ditetapkan oleh negara. Sudjito menyatakan bahwa sentral positivisme hukum adalah norma hukum haruslah dipositifkan dalam bentuk undang-undang.¹ H.R. Otje Salman dan Anthon F. Susanto yang beranggapan orientasi positivistik memandang hukum sebagai norma positif di dalam sistem perundang-undangan hukum nasional.²

Pengikut positivisme hukum dianggap sebagai pembaca peraturan perundang-undangan tertulis, dan bagi mereka, hukum dipisahkan dari moralitas.³ Pendapat demikian menempatkan positivisme hukum sebagai penyebab kegagalan untuk menciptakan kehidupan hukum yang lebih baik.⁴ Sampai-sampai pembebasan diri bagi pengikut positivisme hukum perlu direkomendasikan.⁵

Tulisan ini bermaksud memperlihatkan bahwa hanya satu pendapat dari keseluruhan pendapat diatas yang benar, yakni positivisme hukum memisahkan hukum dari moralitas. Dan tulisan akan memberikan rasionalitas pemisahan itu sebagai salah satu dari tiga titik tolak aliran positivisme hukum, serta mengutip hasil penelitian yang berparadigma positivisme hukum.

Untuk pembelaan, akan ditunjukkan pendapat positivisme hukum sebagai aliran pembaca peraturan perundang-undangan adalah pemahaman yang tidak tepat. Melalui tulisan ini akan diperlihatkan secara singkat bahwa daripada hukum kodrat, positivisme hukum justru lebih baik dalam memberikan tempat bagi keberagaman hukum adat Indonesia.

¹ Sudjito, "Perkembangan Ilmu Hukum: dari Positivistik menuju Holistik dan Implikasinya terhadap Hukum Agraria Nasional", *Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM*, 28 Maret 2007, hal. 7.

² H.R. Otje Salman dan Anthon F. Susanto, 2009, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Aep Gunarsa (ed), Refika Aditama, Bandung, hal. 78.

³ Suteki, "Menjadi Tawanan Undang-Undang", *Opini Kompas*, 19 Oktober 2012.

⁴ Boy Yendra Tamin, "Positivisme Hukum di Indonesia dan Perkembangannya", dilihat melalui <http://boyyendratamin.blogspot.com/2011/08/positivisme-hukum-di-indonesia-dan.html> pada 9 Desember 2013.

⁵ A. Sukris Sarmadi, "Membebaskan Positivisme Hukum ke Ranah Hukum Progresif (Studi Pembacaan Teks Hukum bagi Penegak Hukum)", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 12 (2), Mei 2012, hal. 332.

PEMBAHASAN

A. Titik Tolak Positivisme Hukum

Tesis umum yang jamak diterima aliran positivisme hukum adalah apa itu hukum dan apa yang bukan hukum, kesemuanya dilihat dari fakta sosial. Oleh karena hukum dipandang sebagai fakta sosial, maka identifikasi hukum dalam kenyataan tidak memerlukan argumen moral. Hal itu karena apapun nilai moral atau ideal yang dianut secara sosial bukanlah masalah untuk menjadi hukum atau secara hukum mengikat.⁶

Uraian diatas menunjukkan ada 3 (tiga) hal yang menjadi titik tolak positivisme hukum, yakni: a)hukum sebagai fakta sosial; b)identifikasi hukum; dan c)hukum terpisah dari moralitas.⁷

Fakta sosial dalam pandangan positivisme hukum bukan dipahami sebagai keadaan ideal yang diinginkan pembuat hukum. Ini pandangan tidak tepat dan seringkali dianut oleh kalangan yang mengaku sebagai pengikut positivisme hukum pada satu sisi, dan dijadikan kritik oleh pengikut non-positivisme hukum pada sisi lain. Ada 3 (tiga) argumen untuk membantah pandangan tersebut: 1)fakta sosial sangat luas; 2)fakta sosial berkaitan dengan kenyataan; dan 3)positivisme hukum mempelajari hubungan antara fakta sosial dan keadaan ideal.⁸ Mendasarkan terutama pada argumen ke-3, maka menjadi janggal bilamana positivisme hukum mempelajari keadaan ideal yang menurutnya adalah fakta sosial.

Pandangan positivisme hukum terhadap fakta sosial difokuskan pada keberadaan hukum dalam realitas sosial yang memberikan konsekuensi bahwa suatu tindakan tertentu dilarang dilakukan atau sebaliknya harus dilakukan. Untuk itu positivisme hukum mementingkan adanya identifikasi dalam mengenali “sesuatu” sebagai hukum dalam kenyataan sosial.

Identifikasi tersebut oleh Hans Kelsen dipusatkan pada kesesuaian sistem hukum berjenjang dengan norma dasar (*basicnorm*) sebagai

⁶ Joseph Raz, 1979, *The Authority of Law: Essay on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, hal. 37.

⁷ Bandingkan P.A. Octavinanda “Positivisme Hukum dan Pendekatan Hukum dan Ekonomi – Suatu Pembelaan”, hal. 2 – 3. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2314530 diunduh pada 20 Desember 2013.

⁸ Neil McCormick dan Ota Weinberger, 1992, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Kluwer Academic Publisher, Massachusetts, hal. 128.

landasan tertinggi.⁹ Fokus terhadap teori norma dasar tertuju pada pentingnya keabsahan suatu hukum yang didasarkan analisis secara prosedural.¹⁰ Latar belakang norma dasar tidak penting bagi positivisme hukum Kelsen, karena ia hanyalah presuposisi yang dibutuhkan oleh penafsiran terhadap materi hukum.¹¹ Keabsahan norma dasar bukan berdasar prosedural, tetapi sejak semula dipresuposisikan valid sekalipun revolusi berdarah menjadi latar belakangnya.¹² Pendapat tersebut membuktikan bahwa permurnian hukum Kelsen tidak lepas dari fakta sosial.

Berkenaan dengan positivisme hukum Kelsen, penelitian disertasi Aidul Fitriadi Azhari menunjukkan bahwa penafsiran demokrasi pada UUD 1945 mempengaruhi perkembangan bentuk demokrasi pada sistem kenegaraan Indonesia.¹³ Azhari memberikan konklusi bahwa baik naskah Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945 dan teks UUD 1945 pada prinsipnya menganut asas-asas yang menjamin berlakunya sistem demokrasi partisipatoris yang berorientasi pada terpenuhinya hak dan kebebasan warga negara secara positif, baik kebebasan politik maupun sosial ekonomi.¹⁴

Sekalipun Azhari secara tersurat tidak menyebutkan fakta sosial, tetapi kesimpulan penelitian disertasi menunjukkan bahwa sasaran demokrasi ditujukan secara sosial. Ini memperlihatkan bahwa positivisme hukum Kelsen yang menjadi pijakan Azhari¹⁵ difokuskan untuk mempelajari interaksi antara keadaan ideal (hasil penafsiran UUD 1945) dan fakta sosial (sasaran demokrasi).

Selain Kelsen, tokoh positivisme hukum lain adalah H.L.A. Hart. Hart mengidentifikasi “sesuatu” sebagai hukum melalui 2 (dua) aspek,

⁹ Hans Kelsen, 2005, *Pure Theory of Law*, judul asli “Reine Rechtslehre” diterjemahkan Max Knight, The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey, hal. 195.

¹⁰ *Ibid.*, hal. 205.

¹¹ *Ibid.*, hal. 195.

¹² Hans Kelsen, 1949, *20TH Century Legal Philosophy Series Volume I: General Theory of Law & State*, judul asli “Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus” diterjemahkan Anders Wedberg, Harvard University Press, Massachusetts, hal. 117.

¹³ Aidul Fitriadi Azhari, “Penafsiran Konstitusi dan Implikasinya terhadap Pembentukan Sistem Ketatanegaraan Demokrasi atau Otokrasi (Studi tentang Penafsiran UUD 1945 dan Pergulatan dalam Mewujudkan Demokrasi di Indonesia), *Disertasi untuk Dipertahankan di Hadapan Senat Guru Besar UI di bawah Pimpinan Dekan FH UI Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., L.L.M., Ph.D. guna Memperoleh Gelar Doktor Ilmu Hukum pada FH UI*, Sabtu 6 Agustus 2005.

¹⁴ *Ibid.*, hal. 493.

¹⁵ *Ibid.*, hal. 15. Secara eksplisit Azhari menyebut “purifikasi kembali ilmu hukum” sebagai pemurnian hukum Kelsen.

yakni internal dan eksternal. Aspek internal merupakan standar tindakan seseorang yang diterima dalam suatu komunitas sosial tertentu.¹⁶ Standar tindakan bisa bersifat mengecam (*critical*) maupun reflektif (*reflective*). Ia bersifat mengecam, karena hukum menjadi basis untuk mengecam tindakan seseorang yang seharusnya tidak dilakukan. Ia bersifat reflektif, sebab hukum tidak hanya ditujukan kepada seseorang tetapi untuk semua orang.¹⁷ Aspek internal hukum membutuhkan aspek eksternal, yakni pengoperasian oleh otoritas yang berwenang agar standar tindakan dapat ditegakkan.¹⁸

Oleh karenanya substansi hukum bukan persoalan bagi positivisme hukum Hart, yang penting adalah “sesuatu” itu dikatakan sebagai hukum bilamana memenuhi aspek internal, baik sifat mengecam maupun reflektif. Dan aspek internal hukum membutuhkan aspek eksternal. Logika ini disebut aturan penerimaan (*rule of recognition*), yakni hukum yang dibentuk dari pengakuan sosial dijalankan oleh otoritas.¹⁹

Penggambaran aturan penerimaan Hart terlihat dalam penelitian disertasi Otto Hasibuan yang menunjukkan ketidakkonsistenan perlindungan hak cipta di Indonesia terkait dengan: 1)rendahnya pemahaman masyarakat terhadap hak cipta; dan 2)rendahnya penegakan hukum hak cipta oleh kepolisian.²⁰ Secara implisit, Hasibuan mengakui bahwa baik kenyataan sosial (aspek internal) maupun operasional otoritas (aspek eksternal) merupakan hal penting agar hak cipta dapat dikenali serta diberikan perlindungan (hukum).

Titik tolak positivisme hukum terakhir adalah hukum terpisah dari moralitas (*separability thesis*). Penting diketahui beberapa pijakan positivisme hukum terkait hal tersebut: 1)kata “moralitas” merujuk pada pengertian isi hukum, termasuk keadilan, kebiasaan, dan sebagainya; dan 2)bahwa pemisahan bukan berarti hukum dan moralitas masing-masing berdiri sendiri (harus bercabang), tetapi bisa bercabang.²¹

¹⁶ Lihat H.L.A. Hart, 1994, *The Concept of Law: Second Edition*, tambahan a *Postscript* oleh Penelope A. Bulloch dan Joseph Raz (eds), Clarendon Press, Oxford, hal. 56.

¹⁷ *Ibid.*, hal. 57.

¹⁸ *Ibid.*, hal. 57 – 58, dan 99.

¹⁹ Marett Leiboff dan Mark Thomas, 2004, *Legal Theories in Principle*, Thomson Legal & Regulatory Limited, New South Wales, hal. 176 – 177.

²⁰ Otto Hasibuan, 2008, *Hak Cipta di Indonesia: Tinjauan Khusus Hak Cipta Lagu, Neighboring Rights, dan Collecting Society*, Alumni, Bandung, hal. 254 – 255.

²¹ Matthew H. Kramer, 2003, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, hal. 3.

Rasionalitas pemisahan hukum dan moralitas adalah obyektif pada putusan hukum agar hasilnya benar-benar sesuai kebutuhan, tidak bias dan tidak terhalangi prasangka.²² Ada 2 (dua) argumen mengapa hukum dipisahkan dari moralitas: 1) moralitas tidak memungkinkan adanya analisis (karena kebenaran dari kebajikan dimaknai sendiri oleh pengklaim); dan 2) moralitas tidak *a priori* (sebab klaim berdasar pengalaman pribadi).²³ Konsekuensinya moralitas hanya mengikat dalam jumlah yang terbatas. Sementara hukum harus analisis dan *a priori*, karena keberadaan hukum memberikan konsekuensi tindakan tertentu menjadi wajib bukan pilihan, dan berlaku untuk semua orang.

Penelaahan hal di atas haruslah hati-hati, sejak positivisme hukum memandang hukum sebagai fakta sosial, seringkali pemisahan hukum dan moralitas dipahami memisahkan hukum dan kebajikan. Itu pemahaman yang tidak tepat. Pemahaman yang tepat adalah pemisahan antara fakta sosial dan moralitas.²⁴ Sebagaimana telah disebutkan bahwa apapun orientasi moral suatu masyarakat bukanlah masalah untuk menjadi hukum atau secara hukum mengikat.²⁵ Oleh karenanya positivisme hukum memusatkan perhatian pada hukum sebagai fakta sosial, serta mengabaikan orientasi moral yang dianut suatu masyarakat.

Ada contoh sederhana dari Sugeng Istanto untuk menggambarkan hal tersebut: dulu kumpul kebo bagi masyarakat Belanda dilarang, sekarang dianggap sebagai bagian dari hak asasi manusia.²⁶ Sementara sebagian besar masyarakat Indonesia memandang kumpul kebo sekalipun dilakukan oleh pasangan *single*, dulu dilarang, sekarang tidak dianggap sebagai bagian hak asasi manusia. Fakta sosialnya masyarakat Belanda menolak larangan kumpul kebo, sementara sebagian besar masyarakat Indonesia menerima larangan kumpul kebo. Hal demikian nampak jelas perbedaan orientasi moral masyarakat Belanda dengan masyarakat Indonesia terhadap tindakan kumpul kebo.

²² Brian Leiter (ed), 2001, *Objectivity in Law and Moral*, Cambridge University Press, Cambridge, hal. 3.

²³ David B. Lyons, "Moral Judgment and Legal Theory", *Working Paper Series, Public Law & Legal Theory*, Boston University School of Law, Working Paper No. 00-11, (Revised version of a paper presented at the University of Warsaw and the Jagiellonian University in November 2000), hal. 5.

²⁴ Matthew H. Kramer, *Loc.cit.*

²⁵ Joseph Raz, *Loc.cit.*

²⁶ Sugeng Istanto, 2006, *Politik Hukum*, Materi Kuliah Magister Hukum Bisnis FH UGM, Yogyakarta, hal. 28.

Contoh diatas juga memperlihatkan bahwa hukum dan moralitas masing-masing tidak berdiri sendiri. Moralitas menjadi pijakan sebagian besar masyarakat Indonesia untuk menolak perlindungan hak berdasarkan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia terkait tindakan kumpul kebo. Berkenaan hukum dan moralitas yang bercabang ini, aliran positivisme hukum terbagi menjadi dua yakni aliran *inclusive legal positivism* (ILP) dan aliran *exclusive legal positivism* (ELP).²⁷

ILP memandang hukum tidak mengandung kewajiban moral dan kehadiran hukum ditentukan masyarakat. Sedangkan ELP melihat hukum tidak memerlukan legitimasi moral dan kehadiran hukum ditentukan oleh otoritas.²⁸ Menurut penulis ELP memberikan penjelasan lebih baik daripada ILP, karena: 1) praktik otoritas merupakan cara mudah untuk memahami kebutuhan akan kehadiran pengadilan (sisi analisis); dan 2) adanya otoritas memudahkan klaim hak baik oleh perseorangan maupun institusi (sisi normatif).²⁹ Dengan adanya otoritas langkah selanjutnya tinggal menentukan hukum yang berlaku menurut sumbernya (*source*). Sumber hukum ini dapat berupa hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. John Austin memberikan contoh sumber hukum Roman berupa hukum tertulis yang berasal dari penguasa negara, dan hukum tidak tertulis yang berasal dari kenyataan.³⁰

Berdasarkan keseluruhan penjelasan yang telah diuraikan, diketahui bahwa positivisme hukum memusatkan perhatian pada pengenalan “sesuatu” sebagai hukum yang diidentifikasi berdasarkan kenyataan sosial. Ia secara lugu akan mengamini bilamana “sesuatu” secara fakta sosial sebagai hukum, maka “sesuatu” itu adalah hukum. Konsekuensinya penilaian apakah hukum itu baik atau buruk tidak dilakukan positivisme hukum.³¹

Lebih lanjut tidak ada satupun titik tolak dalam teori positivisme hukum yang memandang hukum sebagai sebatas peraturan perundang-undangan. Pendapat hukum sebagai peraturan perundang-undangan

²⁷ Matthew Grellette, “Legal Positivism and the Separation of Existence and Validity”, *Ratio Juris*, Vol. 23 (1), Maret 210, hal. 25 – 26. Lihat juga Brian Bix, “Legal Positivism and “Explaining” Normativity and Authority”, *APA Newsletter on Philosophy and Law*, Vol. 5 (2), Spring 2006, hal. 5 – 6.

²⁸ Matthew H. Kramer, *Op.cit.*, hal. 23.

²⁹ Joseph Raz, 1988, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, hal. 38 – 39.

³⁰ W.L. Morison, 1982, *John Austin (Jurist: Profiles in Legal Theory)*, Stanford University Press, Stanford, hal. 98.

³¹ L.B. Curzon, 1998, *Jurisprudence: 2nd Edition*, Cavendish Publishing University Press, London, hal. 84.

merupakan bagian dari metode penemuan hukum yang disebut interpretasi gramatikal. Interpretasi gramatikal fokus pada bahasa, karena bahasa menjadi faktor penting bagi peraturan perundang-undangan. Untuk mengetahui makna peraturan perundang-undangan maka dijelaskan melalui bahasa yang digunakan sehari-hari.³²

Selain interpretasi gramatikal, masih terdapat metode penemuan hukum lain seperti interpretasi sistematis, interpretasi historis, interpretasi sosiologis atau teleologis, interpretasi komparatif, interpretasi antisipatif atau futuristik, interpretasi restriktif, interpretasi ekstensif, *argumentum per analogiam*, *argumentum a contrario*, penyempitan hukum, metode eksposisi sinomisasi, terjemahan, dan seterusnya.³³ Titik tolak dari metode penemuan hukum adalah penjelasan yang harus menuju baik menerapkan atau tidak menerapkan suatu peraturan umum terhadap peristiwa kongkrit.³⁴ Titik tolak penemuan hukum yang demikian mendorong pemahaman hukum sebagai peraturan perundang-undangan.

Sedangkan peraturan perundang-undangan sendiri hanyalah salah satu sumber untuk menemukan hukum, disamping sumber lain seperti hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional, dan doktrin.³⁵ Dalam konteks ini positivisme hukum hanya berurusan pada pengenalan sumber yang menjadi hukum melalui identifikasi sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya. Positivisme hukum tidak mengarahkan pada metode tertentu dalam menemukan hukum, melainkan menerima semua metode penemuan hukum. Positivisme hukum juga tidak bertujuan untuk memecahkan permasalahan-permasalahan hukum kongkrit.

Secara sederhana dapat dikatakan positivisme hukum berurusan dengan pengenalan fakta sosial tertentu menjadi hukum, sedangkan metode penemuan hukum mencari penjelasan agar hukum dapat diterapkan atau tidak diterapkan pada fakta sosial. Keduanya merupakan hal yang berlainan, dan ini dipahami secara tidak tepat oleh kalangan ahli hukum yang mengidentikkan positivisme hukum sebagai metode penemuan hukum utamanya interpretasi gramatikal.

B. Positivisme Hukum dan Eksistensi Hukum Adat Indonesia

³² Sudikno Mertokusumo, 2004, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hal. 57.

³³ *Ibid.*, hal. 58 – 77.

³⁴ *Ibid.*, hal. 56.

³⁵ *Ibid.*, hal. 48.

Hukum adat Indonesia dalam tulisan ini didefinisikan keseluruhan adat (yang tidak tertulis) dan hidup dalam masyarakat Indonesia berupa kesusilaan, kebiasaan, dan kelaziman yang mempunyai akibat hukum.³⁶ Positivisme hukum mengenali hukum adat Indonesia melalui 1)identifikasi keabsahan hukum yang dipusatkan pada kesesuaian sistem hukum berjenjang; dan 2)identifikasi penerimaan hukum yang dipusatkan pada pengadilan.

Sistem hukum berjenjang di Indonesia diatur pada Pasal 7 Ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU PPP) yang berurutan dari atas ke bawah sebagai berikut: 1)UUD 1945; 2)Ketetapan MPR; 3)UU atau Perpu; 4)Peraturan Pemerintah; 5)Peraturan Presiden; 6)Perda Provinsi; dan 7)Perda Kabupaten atau Kota.

Eksistensi hukum adat secara eksplisit diakomodir melalui norma dasar yakni Pasal 18B Ayat (2) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa negara mengakui dan menghormati eksistensi masyarakat adat dan hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI. Eksistensi hukum adat juga diakui oleh peraturan perundangan dibawah konstitusi tersebut, seperti UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA), serta UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM).

Dalam UUPA eksistensi hukum adat diakomodir berdasarkan Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1960 yang mengakui hak ulayat dan serupa dengan itu dari masyarakat hukum adat sepanjang masih ada serta harus sesuai dengan kepentingan nasional, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan peraturan lain yang lebih tinggi.

Sementara UU HAM mengakomodir eksistensi hukum adat melalui Pasal 6 Ayat (1) dan (2) UU No. 39 Tahun 1999 yang menekankan penegakan HAM dalam masyarakat hukum adat dan perlindungan budaya masyarakat hukum adat termasuk hak ulayat sepanjang selaras dengan perkembangan zaman.

Pada tataran perda, penelitian disertasi C.W.M. Runggandini menunjukkan Perda Provinsi Bali No. 3 Tahun 2001 tentang *Desa Pakraman* telah mengakomodir kearifan lokal desa adat Tenganan

³⁶ Lihat Soerjono Soekanto, 1993, *Hukum adat Indonesia*, Rajawali, Jakarta, hal. 8 – 11.

Pegringsingan melalui pengakuan wilayah, struktur pemerintahan dan harta kekayaan desa adat.³⁷

Lebih lanjut Runggandini memperlihatkan bahwa peraturan perundang-undangan berkenaan dengan pengelolaan sumber daya hutan masih belum sesuai dengan prinsip-prinsip kearifan lokal masyarakat Tenganan Pegringsingan, yang disebabkan 3 (tiga) faktor: 1)kuatnya norma dan nilai kapitalisme dalam pengelolaan hutan; 2)sistem pengelolaan hutan mengutamakan aspek ekonomi; dan 3)sumber daya alam dianggap sebagai domain negara.³⁸

Dalam konteks ketidaksesuaian antara prinsip-prinsip kearifan lokal (hukum adat) dan peraturan perundangan-undangan berkenaan dengan pengelolaan sumber daya hutan, positivisme hukum tidak mengambil porsi untuk mengkajinya.

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, posisi positivisme hukum dalam konteks ini hanya menentukan keabsahan suatu peraturan perundangan-undangan yang didasarkan pada sistem norma berjenjang. Persoalan kebutuhan masyarakat agar hukum mengakomodir kearifan lokal mereka merupakan kajian politik hukum, yang secara khusus mengkaji kebijakan pemerintah dalam menetapkan hukum.³⁹

Positivisme hukum dan politik hukum mempunyai porsi sendiri-sendiri dalam mengkaji hukum, walaupun positivisme hukum dapat berbincang dengan politik hukum. Positivisme hukum memusatkan perhatian pada eksistensi hukum adat berdasarkan sistem hukum berjenjang, sementara politik hukum mengkaji faktor-faktor yang mempengaruhi kebijakan pemerintah untuk mengakomodir hukum adat kedalam hukum yang berlaku. Dapat dikatakan positivisme hukum dan politik hukum saling melengkapi dalam mengkaji hukum adat.

Berikutnya identifikasi penerimaan hukum yang dipusatkan pada pengadilan. Fokus ditujukan terhadap kewenangan hakim dan sumber yang tersedia untuk menemukan hukum. Keduanya tidak dapat dipisahkan karena hakim hanya menentukan keabsahan hukum dari sumbernya. Secara eksplisit kewenangan untuk mengakui hukum adat sudah tercantum sejak Pasal 23 Ayat (1) UU No. 14 Tahun 1970, yang

³⁷ C.W.M. Runggandini, "Rekonstruksi Kearifan Lokal untuk Membangun Hukum Kehutanan yang Berkelanjutan (Studi terhadap Masyarakat Hukum Adat Kajang dan Tenganan Pegringsingan), *Ringkasan Disertasi Program Pascasarjana FH UGM*, 2013, hal. 83.

³⁸ *Ibid.*, hal. 84.

³⁹ Lihat Sugeng Istanto, *Ibid.*, hal. 9.

diganti melalui Pasal 25 Ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004, sampai terakhir diganti melalui Pasal 50 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009.

Setidaknya ada 3 (tiga) kasus yang dapat dijadikan rujukan pembahasan, yaitu Putusan PN Sungguminasa No. 6/T/1970 tanggal 2 April 1970, Putusan PN Bantaeng No. 42/pts.Pid/1979/Pn.Big. tanggal 17 April 1979, dan Putusan PN Klungkung No. 18/Pid/S./1986/PN-KLK. Ketiganya terkait penerimaan hukum adat melalui putusan pengadilan.

Putusan PN Sungguminasa No. 6/T/1970 menjatuhkan pidana penjara selama 4 tahun kepada terdakwa laki-laki DD karena terbukti melakukan pembunuhan berencana seorang laki-laki yang menghamili SD di luar nikah, adik perempuan DD. DD terbukti melanggar Pasal 340 KUHP tetapi hanya dihukum empat tahun, karena perbuatannya didasarkan kepada budaya siri' yang masih hidup di daerah bersangkutan.⁴⁰

Putusan PN Bantaeng No. 42/pts.Pid/1979/Pn.Big. menjatuhkan hukuman penjara selama 3 tahun kepada lelaki TH, serta pidana penjara selama 3 tahun 1 bulan kepada DH. Keduanya dipandang terbukti melakukan pembunuhan berencana terhadap T yang menghamili HH di luar nikah, kemenakan TH dan DH. Hakim memandang perbuatan pembunuhan berencana yang dilakukan kedua terdakwa dilandasi siri'.⁴¹

Putusan PN Klungkung No. 18/Pid/S./1986/PN-KLK. tentang tindak pidana adat *lokika sanggraha*. Di dalam bagian pertimbangannya secara jelas dibaca bahwa perbuatan yang dilakukan terdakwa merupakan tindak pidana adat yang mengganggu keseimbangan materiil maupun immaterial, mengganggu keseimbangan lahir maupun magis bagi masyarakat setempat. Dengan pertimbangan tersebut maka tidaklah bertentangan dengan hukum apabila terdakwa juga diterapkan Pasal 14 huruf c KUHP yaitu dengan membebani suatu syarat khusus yang akan disebutkan dalam amar putusan.⁴²

Mendasarkan pada ketiga kasus diatas, maka dapat dibuktikan positivisme hukum cocok dengan hukum adat. Sekalipun ada beberapa perkara yang sudah diputuskan seperti Putusan PN Gianyar No.

⁴⁰ Dikutip dari Hendra Nurtjahjo *et.all.*, 2007, *Laporan Hasil Penelitian: Legal Standing Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Berperkara di Mahkamah Konstitusi*?, Pusat Studi HTN FH UI, Depok, hal. 104.

⁴¹ *Ibid.*, hal. 105.

⁴² Dikutip dari I Dewa Made Suartha, "Penjatuhan Sanksi Adat dalam Pencapaian tujuan Pemidanaan dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana (Penjatuhan Sanksi Adat dalam Pidana Adat Bali), *Ringkasan Disertasi Diajukan untuk Memenuhi Syarat Memperoleh Gelar Doktor Ilmu Hukum dari PDIH Pascasarjana FH UNS*, Januari 2003, hal. 15 – 16.

42/PID.B/2011/PN.Gir. tanggal 13 Mei 2011 dan Putusan PN Denpasar No. 88/P.N.Dps/K.S./1981 tanggal 8 Juni 1981 yang tidak mengakomodir hukum adat.⁴³ Ketidakakomodiran tersebut bukan domain positivisme hukum, tetapi area pemilihan metode penemuan hukum.

Sebagaimana telah disampaikan bahwa positivisme hukum tidak mengarahkan pada metode penemuan hukum tertentu, sebaliknya positivisme hukum membuka peluang bagi seluruh metode penemuan hukum untuk dipilih hakim. Misalnya, hakim dapat menggunakan interpretasi sosiologis untuk menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan hubungan dan keadaan sosial. Semuanya dikembalikan kepada hakim untuk memilih metode penemuan hukum dalam rangka memecahkan masalah hukum kongkrit.

Berdasarkan keseluruhan pembahasan yang telah diuraikan, diketahui bahwa positivisme hukum menyediakan tempat bagi eksistensi hukum adat, yang dapat dikenali melalui 1) kesesuaian sistem hukum berjenjang; dan 2) putusan pengadilan.

Dalam mengenali hukum adat melalui kesesuaian sistem hukum berjenjang, positivisme hukum dapat berbincang dengan politik hukum yang mengkaji faktor-faktor yang mempengaruhi kebijakan pemerintah untuk mengakomodir hukum adat kedalam peraturan perundang-undangan.

Sementara dalam pengenalan hukum adat melalui putusan pengadilan, positivisme hukum memberikan kebebasan hakim untuk memilih metode penemuan hukum dalam memecahkan permasalahan hukum kongkrit.

Semua hal tersebut tidak akan terjadi bilamana kriteria keabsahan hukum ditentukan moralitas sebagaimana aliran hukum kodrat. Titik tolak hukum kodrat adalah keberadaan prinsip moralitas dari alam semesta (universal) yang mengikat keseluruhan manusia.⁴⁴ Titik tolak ini menimbulkan kekhawatiran adanya klaim kriteria atas kebajikan atau kemungkarannya yang didasarkan moralitas menjadi berlaku mutlak.

Faktanya hukum adat Indonesia terdiri dari berbagai macam adat. Misalnya adat Bali yang berkerabatan patrilineal hanya memberikan waris kepada laki-laki. Sementara pembagian waris keluarga Minangkabau yang berkerabatan matrilineal mengutamakan pihak

⁴³ *Ibid.*, hal. 11 – 12.

⁴⁴ M.D.A. Freeman, 1994, *LLOYD'S Introduction to Jurisprudence*, Sweet & Maxwell Limited, London, hal. 80.

perempuan. Akan menjadi masalah bilamana kriteria waris Bali dijadikan pijakan pembagian waris keluarga Minangkabau. Lebih menarik lagi apabila dikaitkan sistem waris islam, maka terlihat kontradiktif dengan sistem waris Minangkabau.⁴⁵ Sebagaimana contoh dari Istanto⁴⁶, hal tersebut membuktikan perbedaan orientasi moral antara satu masyarakat dengan masyarakat lain. Oleh karenanya menjadi janggal titik tolak moralitas yang universal.

Sejak moralitas dan hukum tidak dipisahkan sebagaimana tradisi hukum kodrat, maka hukum kodrat mengabaikan moralitas yang heterogen. Sehingga dapat dikatakan, melalui penyatuan moralitas dan hukum (*inseparability thesis*), hukum kodrat bersikap tertutup terhadap perbedaan moralitas. Ini berbeda dengan positivisme hukum yang bersikap terbuka terhadap perbedaan moralitas melalui titik tolak *separatible thesis*. Dalam konteks eksistensi hukum adat Indonesia, penyatuan moralitas dan hukum sebagaimana tradisi hukum kodrat tidak cocok dengan keanekaragam hukum adat Indonesia.

PENUTUP

Dari uraian tulisan diatas dapat ditarik beberapa kesimpulan, sebagai berikut:

1. Titik tolak positivisme hukum: a) hukum sebagai fakta sosial; b) identifikasi hukum; dan c) hukum terpisah dari moralitas.
2. Titik tolak metode penemuan hukum adalah penjelasan yang harus menuju baik menerapkan atau tidak menerapkan suatu peraturan umum terhadap peristiwa kongkrit.
3. Pandangan hukum sebagai undang-undang merupakan konsekuensi dari titik tolak metode penemuan hukum khususnya interpretasi gramatikal, bukan berasal dari titik tolak positivisme hukum, dan ini dipahami secara tidak tepat oleh kalangan ahli hukum yang mengidentikkan keduanya.
4. Pemisahan hukum dan moralitas sebagaimana tradisi positivisme hukum menjadikannya terbuka terhadap perbedaan moralitas,

⁴⁵ Lihat Anwar Fauzi, "Dualitas Hukum Waris Minangkabau dan Islam (Studi Konstruksi Sosial Masyarakat Muslim Minangkabau di Malang), *Jurisdictie, Jurnal Hukum dan Syariah*, Vol. 3 (1), Juni 2012, hal. 45.

⁴⁶ Sugeng Istanto, *Op.cit.*, hal. 28.

sehingga positivisme hukum menyediakan tempat bagi keanekaragaman hukum adat Indonesia.

5. Penyatuan moralitas dan hukum sebagaimana tradisi hukum kodrat menjadikannya tertutup terhadap perbedaan moralitas, sehingga hukum kodrat tidak cocok dengan keanekaragaman hukum adat Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Buku, Jurnal dan Materi Kuliah

- Bix, B., "Legal Positivism and "Explaining" Normativity and Authority", *APA Newsletter on Philosophy and Law*, Vol. 5 (2), Spring 2006.
- Curzon, L.B., 1998, *Jurisprudence: 2ND Edition*, Cavendish Publishing Limited, London.
- Fauzi, A., "Dualitas Hukum Waris Minagkabau dan Islam (Studi Konstruksi Sosial Masyarakat Muslim Minagkabau di Malang)", *Jurisdictie, Jurnal Hukum dan Syariah*, Vol. 3 (1), Juni 2012
- Freeman, M.D.A., 1994, *LLOYD'S Introduction to Jurisprudence*, Sweet & Maxwell Limited, London.
- Grellette, M., "Legal Positivism and the Separation of Existence and Validity", *Ratio Juris*, Vol. 23 (1), Maret 2010.
- Hart, H.L.A., 1994, *The Concept of Law: Second Edition*, tambahan *a Postscript* oleh Bulloch, P.A., Raz, J. (eds), Clarendon Press, Oxford.
- Hasibuan, O., 2008, *Hak Cipta di Indonesia: Tinjauan Khusus Hak Cipta Lagu, Neighboring Rights, dan Collecting Society*, Alumni, Bandung.
- Istanto, S., 2006, *Politik Hukum*, Materi Kuliah Magister Hukum Bisnis FH UGM, Yogyakarta.

- Kelsen, H., 1949, *20TH Century Legal Philosophy Series Volume I: General Theory of Law & State*, judul asli “Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus” diterjemahkan Wedberg, A., Harvard University Press, Massachusetts.
- _____, 2005, *Pure Theory of Law*, judul asli “Reine Rechtslehre” diterjemahkan Knight, M., The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey.
- Kramer, M.H., 2003, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford.
- Leiboff, M., Thomas, M., 2004, *Legal Theories in Principle*, Thomson Legal & Regulatory Limited, New South Wales.
- Leiter, B. (ed), 2001, *Objectivity in Law and Moral*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Lyons, D.B., “Moral Judgment and Legal Theory”, *Working Paper Series, Public Law & Legal Theory*, Boston University School of Law, Working Paper No. 00-11. (Revised version of a paper presented at the University of Warsaw and the Jagiellonian University in November 2000)
- McCormick, N., Weinberger, O., 1992, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Kluwer Academic Publisher, Massachusetts.
- Mertokusumo, S., 2004, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta.
- Morison, W.L., 1982, *John Austin (Jurist: Profiles in Legal Theory)*, Stanford University Press, Stanford.
- Raz, J., 1979, *The Authority of Law: Essay on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford.

_____., 1988, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.

Salman, H.R.O., Susanto, A.F., 2009, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Gunarsa, A. (ed), Refika Aditama, Bandung.

Sarmadi, A.S., “Membebaskan Positivisme Hukum ke Ranah Hukum Progresif (Studi Pembacaan Teks Hukum bagi Penegak Hukum), *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 12 (2), Mei 2012.

Soekanto, S., 1993, *Hukum adat Indonesia*, Rajawali, Jakarta.

Pidato Guru Besar, Disertasi, Ringkasan Disertasi, dan Laporan Hasil Penelitian

Azhari, A.F., “Penafsiran Konstitusi dan Implikasinya terhadap Pembentukan Sistem Ketatanegaraan Demokrasi atau Otokrasi (Studi tentang Penafsiran UUD 1945 dan Pergulatan dalam Mewujudkan Demokrasi di Indonesia), *Disertasi untuk Dipertahankan di Hadapan Senat Guru Besar UI di bawah Pimpinan Dekan FH UI Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., L.L.M., Ph.D. guna Memperoleh Gelar Doktor Ilmu Hukum pada FH UI*, Sabtu 6 Agustus 2005.

Nurtjahjo, N., Martabaya, S., Bahar, N., 2007, *Laporan Hasil Penelitian: Legal Standing Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Berperkara di Mahkamah Konstitusi*”, Pusat Studi HTN FH UI, Depok.

Runggandini, C.W.M., “Rekonstruksi Kearifan Lokal untuk Membangun Hukum Kehutanan yang Berkelanjutan (Studi terhadap Masyarakat Hukum Adat Kajang dan Tenganan Pegringsingan), *Ringkasan Disertasi Program Pascasarjana FH UGM*, 2013.

Suartha, I.D.M., “Penjatuhan Sanksi Adat dalam Pencapaian tujuan Pemidanaan dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana (Penjatuhan Sanksi Adat dalam Pidana Adat Bali), *Ringkasan Disertasi Diajukan untuk Memenuhi Syarat Memperoleh Gelar*

Doktor Ilmu Hukum dari PDIH Pascasarjana FH UNS, Januari 2003.

Sudjito, “Perkembangan Ilmu Hukum: dari Positivistik menuju Holistik dan Implikasinya terhadap Hukum Agraria Nasional”, *Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM, 28 Maret 2007.*

Peraturan Perundang-undangan dan Putusan Pengadilan

UUD 1945.

UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintah Aceh.

UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Perda Provinsi Bali No. 3 Tahun 2001 tentang *Desa Pakraman*.

Putusan PN Sungguminasa No. 6/T/1970 tanggal 2 April 1970.

Putusan PN Bantaeng No. 42/pts.Pid/1979/Pn.Big. tanggal 17 April 1979.

Putusan PN Klungkung No. 18/Pid/S./1986/PN-KLK.

Putusan PN Denpasar No. 88/P.N.Dps/K.S./1981 tanggal 8 Juni 1981

Putusan PN Gianyar No. 42/PID.B/2011/PN.Gir. tanggal 13 Mei 2011.

Sumber Lain

Tamin, B.Y., “Positivisme Hukum di Indonesia dan Perkembangannya”, <http://boyendratamin.blogspot.com/2011/08/positivisme-hukum-di-indonesia-dan.html> dilihat pada 9 Desember 2013.

Suteki, “Menjadi Tawanan Undang-Undang”, *Opini Kompas*, 19 Oktober 2012.

Octavinanda, P.A., “Positivisme Hukum dan Pendekatan Hukum dan Ekonomi – Suatu Pembelaan”, hal. 2 – 3. Diunduh dari http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2314530 pada 20 Desember 2013.