

## **‘HUKUM YANG HIDUP’ DALAM RANCANGAN KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA (KUHP): ANTARA AKOMODASI DAN NEGASI<sup>1</sup>**

**Tody Sasmitha Jiwa Utama**

Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada

Jl. Sosio Yustisia No. 1, Bulaksumur, Kab. Sleman, D.I. Yogyakarta 55281

tody\_sasmitha@ugm.ac.id

### ***Abstract***

*The new Criminal Code Bill (RUU KUHP) promotes 'living law' (adat law) as a basis for criminalization and expanding the meaning of the legality principle. It shows the state's attempt to incorporate the non-state law into the state system. This article aims to discuss two aspects of such incorporation. First, how the living law is constructed in the RUU KUHP and what is the orientation beyond that initiative. Second, what are the implications of such orientation. Using Legal Pluralism as an analytical tool, this article argues that accommodation tends to be a partial reconstruction of living law. It is deployed only to impose punishment but not for reducing or eliminating criminal sanction. This Bill leads to the arbitrariness of the state and develops the adat law duality.*

**Keywords:** *Living Law; Adat Law; Legal Pluralism; The Bill of Indonesia Criminal Law; Legality Principle*

### **Abstrak**

Rancangan KUHP yang baru mempromosikan ‘hukum yang hidup’ (hukum adat) sebagai dasar pemidanaan sekaligus memperluas pemaknaan atas asas legalitas. Inisiasi ini juga menunjukkan upaya negara untuk melakukan inkorporasi hukum non-negara kedalam sistem hukum negara. Artikel ini bertujuan untuk mendiskusikan dua hal. Pertama, bagaimana hukum yang hidup dikonstruksikan dalam RUU KUHP dan apa orientasi pengaturannya. Kedua, apa saja implikasi yang dihasilkan dari orientasi tersebut. Dengan menggunakan pluralisme hukum sebagai instrumen analisis, artikel berargumen bahwa akomodasi tersebut adalah sebuah rekonstruksi yang parsial. RUU KUHP hanya menggunakan ‘hukum yang hidup’ untuk menjatuhkan pidana tetapi mengabaikan ‘hukum yang hidup’ sebagai dasar mengurangi pidana atau membebaskan seseorang dari pidana. Konstruksi ini berisiko menimbulkan kesewenang-wenangan negara dan melahirkan dualitas hukum adat.

**Kata Kunci:** Hukum yang Hidup; Hukum Adat; Pluralisme Hukum; RUU Hukum Pidana; Legalitas Materiil

---

<sup>1</sup> Artikel ini adalah sebagian hasil dari penelitian “Asas Legalitas dalam RUU Hukum Pidana dalam Kaitannya dengan Perkembangan Pruralisme Hukum di Indonesia”. Penelitian ini dilaukan tahun 2018 bersama dengan Muhammad Fatahilah Akbar dan atas pembiayaan dari Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada.

## A. Pendahuluan

Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) adalah salah satu dari beberapa rancangan undang-undang yang dikebut pembahasannya menjelang akhir jabatan DPR periode 2014-2019. Sikap pro dan kontra menyertai proses pembahasan RUU ini. Aliansi masyarakat sipil menyerukan penundaan pengesahan RUU KUHP karena banyak ketentuannya dianggap terlalu mengintervensi ruang privat warga negara. Beberapa pasal dalam RUU ini berpotensi mengancam kebebasan berpendapat dan juga kepentingan kelompok rentan seperti perempuan.

Disamping itu, salah satu ketentuan yang juga menjadi perdebatan adalah pengaturan ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ (hukum yang hidup). Gagasan ini secara implisit merujuk pada Hukum Adat yang, dalam Pasal 2 RUU KUHP, diposisikan untuk menjadi pengecualian terhadap Asas Legalitas. Artinya, meskipun tidak diancam pidana dalam undang-undang, penegak hukum dapat memulai proses pidana dengan berlandaskan hukum adat. Disamping itu, RUU KUHP juga menggunakan ‘hukum yang hidup’ sebagai pertimbangan dalam pemidanaan dan bentuk-bentuk (sanksi) pidana. Perumus RUU KUHP meyakini bahwa hal ini adalah upaya pengakuan bagi hukum adat yang masih berlaku di Indonesia.

Pengakuan melalui legalisasi atas hukum non-negara adalah fenomena yang lazim dewasa ini. Negara-negara modern semakin menyadari bahwa sekuat apapun intervensi hukum negara dalam kehidupan masyarakatnya, hukum non-negara tetap memiliki tempat yang berpengaruh. Kajian-kajian pluralisme hukum yang semakin menguat dalam beberapa dekade belakangan ini menunjukkan bahwa hukum adat atau hukum non-negara lainnya tidak dapat diabaikan begitu saja.

Hasil dari kesadaran itu adalah dilahirkannya legislasi yang mencoba mengakomodasi hukum non-negara, seperti RUU KUHP. Hoekema (2011) menyebut

legislasi semacam ini sebagai ‘*internal conflict rules*’ dimana peraturan negara mengakui keberadaan sistem hukum informal dari masyarakat adat dan, pada saat yang sama, juga menentukan batasan-batasan bagi keberlakuannya itu. *Internal conflict rules* pada umumnya terwujud melalui dua bentuk tindakan: *recognition* dan *legalization*. Jika *recognition* adalah penerimaan negara terhadap hukum non-negara melalui jaminan bagi ruang berlakunya di luar sistem negara, maka *legalization* adalah upaya negara untuk mengintegrasikan hukum non-negara tersebut ke dalam sistem hukum negara (Ubink, Hoekema, & Assies, 2009). Posisi hukum yang hidup dalam RUU KUHP menunjukkan kecenderungan yang terakhir.

Hukum pidana Indonesia tengah berusaha untuk melepaskan diri dari citra ‘warisan kolonial’ yang selama ini disandangnya (Nawawi, 2015). Oleh karena itu, muncul kebutuhan untuk menampilkan penanda (*signifier*) yang dapat menunjukkan identitas keindonesian dalam KUHP. Pada saat yang sama, karena efektifitasnya, hukum adat dan mekanisme penyelesaian sengketa berbasis adat kerap mendapatkan pengutamaan di masyarakat (Amalia, Mukhlis, & Yusrizal, 2018; Utama & Aristya, 2015; Wiratraman, 2013). Situasi ini mendorong perumus RUU KUHP untuk mengintegrasikan ‘hukum yang hidup’ kedalam hukum pidana Indonesia.

Sebagai konsekuensi dari dimasukkannya hukum adat dan perspektif hukum adat dalam RUU KUHP, maka muncul kebutuhan untuk melakukan inventarisasi hukum adat dan menyajikannya dalam bentuk Peraturan Daerah (Perda). Perda ini digambarkan akan menjadi acuan hakim dan penegak hukum lainnya dalam menentukan apa yang dapat dianggap sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat. Cara semacam ini diyakini akan memperkuat keberlakuan hukum non-negara karena penegakannya didukung oleh alat kelengkapan negara. Perumus RUU juga meyakini bahwa tindakan ini akan lebih menjamin rasa keadilan masyarakat.

Persoalannya, upaya inkorporasi hukum non-negara ke dalam sistem hukum negara juga memiliki risiko untuk menghasilkan situasi yang berbanding terbalik dengan harapan-harapan di atas. Menjadikan hukum adat sebagai landasan pemidanaan oleh negara dapat berujung pada kooptasi hukum adat oleh aparat penegak hukum dan elit adat. Secara praktis, situasi tersebut dapat mempersulit pencari keadilan karena lemahnya kepastian hukum dan pendirian yang konsisten dari sistem hukum pidana Indonesia. Di sisi yang lain, penulisan hukum adat juga dikhawatirkan akan memunculkan Peraturan Daerah (Perda) dan kebijakan daerah yang, atas nama hukum yang hidup, memberi ruang bagi penyalahgunaan dan persekusi di tingkat lokal.

Inkorporasi juga berpotensi memunculkan dualitas dalam hukum adat, yaitu pertentangan antara hukum adat yang diakui dan ditulis oleh negara dengan hukum adat tidak tertulis yang menjadi pedoman perilaku masyarakat. Kondisi ini akan membingungkan penegak hukum karena harus memilih hukum adat dalam perda atau hukum adat dalam masyarakat. Jika mengacu pada konsep *the living law* oleh Ehrlich, maka hukum adat dalam perda tidak dapat lagi dikatakan sebagai hukum yang hidup. Namun, ketika RUU KUHP sendiri tidak mendasarkan konsep hukum yang hidup pada pandangan Ehrlich, sulit membayangkan penegak hukum akan mempertimbangkannya.

Atas dasar berbagai hal tersebut, artikel ini berikhtiar untuk mendiskusikan dua hal. Pertama, bagaimana hukum yang hidup dikonstruksikan dalam RUU KUHP dan apa orientasi pengaturannya. Kedua, memahami implikasi apa saja yang dihasilkan dari orientasi yang dianut dalam mengatur 'hukum yang hidup' di RUU KUHP.

## B. Metode Penelitian

Penelitian dalam tulisan ini menggunakan metode sosio-legal dengan dua pendekatan: doktrinal dan pluralisme hukum. Pendekatan hukum doktrinal

digunakan untuk menjawab konstruksi RUU KUHP terhadap 'hukum yang hidup'. Frasa hukum yang hidup (dan frasa lain yang berkaitan dengannya) dalam RUU KUHP diidentifikasi, kemudian dikelompokkan ke dalam kategori-kategori berdasarkan orientasi pengaturannya. Pendekatan ini menghasilkan gambaran mengenai apa saja bentuk dan cakupan pengaturan hukum yang hidup dalam RUU KUHP.

Untuk memahami implikasi dari pengaturan hukum yang hidup, tulisan ini menggunakan pendekatan pluralisme hukum sebagai instrumen analisis (*analytical tool*). Pendekatan ini pada mulanya digunakan untuk menjelaskan keadaan dimana terdapat beberapa sistem hukum yang eksis secara bersamaan (*co-exist*) pada lapangan sosial yang sama (Griffiths, 1986, pp. 4–5). Pada perkembangannya, pemikiran ini dikoreksi dan direkonstruksi. Saat ini, pluralisme hukum juga mengarah pada '*intersection of different legal orders*' dalam relasi yang polisentris (de Sousa Santos, 1987, pp. 297–298) dan bahkan dapat menghasilkan norma hibrida (Fitzpatrick, 2007; Irianto, 2003).

Melalui pendekatan Pluralisme Hukum, 'hukum yang hidup' dan hukum adat dipahami sebagai konsep dinamis sekaligus politis. Pendekatan ini memungkinkan penulis untuk mengidentifikasi apakah pengaturan hukum yang hidup dapat merepresentasikan konsep hukum adat di lapangan. Selain itu, pluralisme hukum juga digunakan untuk mengidentifikasi risiko yang mungkin timbul sebagai akibat dari inkorporasi 'hukum yang hidup' dalam RUU KUHP. Interaksinya dengan hukum negara akan menghasilkan relasi-relasi yang kompleks yang perlu dipahami secara utuh.

## C. Hasil dan Pembahasan

### 1. Sejarah Penggunaan Hukum yang Hidup dalam Legislasi Indonesia

Konsep "*the living law*" (yang di Indonesia dikenal sebagai 'hukum yang hidup') diinisiasi oleh Eugen Ehrlich pada tahun 1913. Melalui '*living law*', Ehrlich menunjukkan bahwa kebermaknaan hukum

tidak terletak pada proses formal pembentukannya, melainkan ketika hukum menyatu dengan praktik dan interaksi sosial. Ehrlich menyatakan bahwa *“At the present as well as at any other time, the center of gravity of legal development lies not in legislation, not in judicial decisions, but in society itself”*. Ehrlich juga menggunakan istilah *social association* untuk merujuk pada masyarakat dimana *‘living law’* melekat. Asosiasi sosial ini tidak secara khusus merujuk pada kelompok sosial tertentu dan tidak juga menegaskan batasan bagi suatu kelompok dapat dianggap sebagai asosiasi sosial (Witteveen, 2003).

Jika Ehrlich memperkenalkan konsep *‘living law’* untuk menunjuk pada hukum yang terinternalisasi dalam praktek dan perilaku masyarakat, *‘hukum yang hidup’* di Indonesia justru menunjukkan kecenderungan yang bertolak belakang. Sejak awal kemerdekaan, narasi atas *‘hukum yang hidup’* lebih banyak digaungkan melalui produk legislasi dan putusan pengadilan dibandingkan melalui praktik-praktik adat atau mekanisme keadilan informal yang berbasis masyarakat.

Pada proses legislasi di masa revolusi dan juga Orde Baru, *‘hukum yang hidup’* telah digunakan persekutuan kelompok adat dan nasionalis untuk melawan kelompok Islam (Lev, 1973, p. 22). UU No 19 Tahun 1948, meskipun dibuat untuk membentuk kesatuan sistem peradilan di Indonesia, masih memberi ruang bagi dilaksanakannya bagi penerapan hukum adat dalam penyelesaian sengketa di tingkat desa. Sebaliknya, peradilan agama tidak diakui sebagai mekanisme tersendiri, melainkan masuk dalam kewenangan pengadilan negeri dan pengadilan tinggi.

Tiga tahun berselang, *‘hukum yang hidup’* digunakan oleh negara untuk mengakomodasi kepentingan kelompok Islam sekaligus mengeliminasi hukum adat dan mekanisme penyelesaian sengketa berbasis adat (Bowen, 2003, p. 53). Melalui Pasal 2 UU Darurat No 1 Tahun 1951, negara justru menghapus Peradilan Adat dan memberi legitimasi bagi keberlanjutan

Peradilan Agama. Konstruksi baru atas *‘hukum yang hidup’* ini bahkan diperkuat kembali dalam PP No 45 Tahun 1957.

Kedua undang-undang di atas sebenarnya sama-sama berupaya mengakomodasi hukum non-negara dalam kesatuan sistem peradilan di Indonesia. Pembentuk undang-undang kala itu menyadari bahwa upaya unifikasi sistem peradilan dapat memicu gejolak di masyarakat jika tidak disertai dengan akomodasi terhadap praktek-praktek lokal. Namun demikian, melalui dua legislasi tersebut, *‘hukum yang hidup’* juga digunakan sebagai alat untuk, secara lembut, meredam dominasi kepentingan Islam dan Adat dengan silih berganti.

Penggunaan *‘hukum yang hidup’* oleh negara tidak hanya ditemukan dalam politik legislasi saja, melainkan juga putusan pengadilan. Pengadilan mengambil jalannya sendiri dengan menggunakan *‘hukum yang konsep hukum non-negara yang diasumsikan berlaku nasional bahkan. ‘Hukum yang hidup’ tidak lagi terasosiasi pada adat dengan basis lokalnya atau Islam dengan otoritas keagamanya.*

Putusan Mahkamah Agung No 179 K/Sip/1961 tertanggal 23 Oktober 1961 memulai terobosan tersebut dengan mengabulkan gugatan seorang perempuan Batak Karo yang menuntut hak waris atas peninggalan ayahnya. MA mengabulkan gugatan tersebut dan menganggap bahwa hukum adat Batak Karo yang tidak memberikan hak waris kepada anak perempuan adalah sebuah bentuk ketidakadilan dan bertentangan dengan *‘hukum yang hidup’* dalam situasi saat ini. Melalui pilihan ini, Mahkamah Agung telah mengkonstruksikan *‘hukum yang hidup’* sebagai konsep yang berdiri di luar hukum adat dan hukum Islam.

Meskipun mendapat dukungan dari banyak pihak terkait semangat persamaan hak laki-laki dan perempuan, putusan MA ini justru mendapat catatan berkaitan dengan pemaknaannya atas *‘hukum yang hidup’*. T.O. Ihromi, sebagaimana dikutip Frans dan Keebet von Benda Beckmann, memandang

bahwa putusan MA tahun 1961 tersebut lebih mendasarkan pada keberanian Hakim MA dibandingkan dengan praktik empiris di lapangan (Benda-Beckmann & Benda-Beckmann, 2009, p. 187). Masyarakat Batak Karo, seperti misalnya di Desa Lingga, masih berpendirian bahwa perempuan yang telah menikah tidak berhak atas harta warisan (Sembiring, 2008).

## 2. Pemosisian ‘Hukum yang Hidup’ dalam RUU Hukum Pidana

Dalam RUU tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP), Hukum yang Hidup digunakan silih berganti dengan berbagai istilah yang lain. Setidaknya terdapat 15 ketentuan dengan lima variasi istilah seperti ‘Hukum yang Hidup dalam masyarakat; ‘nilai hukum dan keadilan yang hidup’; norma kesusilaan; kewajiban adat; dan kewajiban adat setempat.<sup>2</sup> Tabel di bawah ini menunjukkan bahwa kelimabelas ketentuan tersebut mengatur Hukum yang Hidup dalam tiga orientasi: 1) sebagai dasar pemidanaan; 2) pertimbangan dalam pemidanaan; dan 3) sebagai sanksi pidana.

**Tabel 1.**  
**Penempatan ‘Hukum yang Hidup’ dan Istilah yang digunakan dalam RUU Hukum Pidana**

NO	PASAL	ISTILAH YANG DIGUNAKAN	ORIENTASI PASAL
1.	2 ayat (1)	Hukum yang hidup dalam masyarakat	dasar pemidanaan
2.	2 ayat (2)	Hukum yang hidup dalam masyarakat	dasar pemidanaan
3.	12 ayat (2)	Hukum yang hidup dalam masyarakat	dasar pemidanaan
4.	180	norma kesusilaan dalam masyarakat	dasar pemidanaan
5.	Pasal 598 ayat (1)	Hukum yang hidup dalam masyarakat	dasar pemidanaan
6.	Menimbang Huruf c	Hukum yang hidup dalam masyarakat	pertimbangan dalam pemidanaan
7.	54 ayat (1) huruf k	nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat	pertimbangan dalam pemidanaan
8.	56 ayat (1) huruf g	nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat	pertimbangan dalam pemidanaan
9.	66 ayat (1) huruf f	kewajiban adat setempat	jenis-jenis pidana
10.	96 ayat (1)	kewajiban adat setempat	jenis-jenis pidana
11.	96 ayat (2)	kewajiban adat setempat	jenis-jenis pidana
12.	97	kewajiban adat setempat	jenis-jenis pidana

<sup>2</sup> Sebagian ketentuan tersebut memang tidak secara tegas menyebut hukum yang hidup dalam masyarakat. Namun demikian, pasal-pasal tersebut tetap dimasukkan kedalam bingkai kerja penelitian ini karena berbagai ketentuan tersebut memberi penekanan yang sama pada pengakuan terhadap mekanisme non-negara.

NO	PASAL	ISTILAH YANG DIGUNAKAN	ORIENTASI PASAL
13.	116 huruf b	kewajiban adat	Jenis-jenis pidana
14.	120 ayat (1) huruf d	kewajiban adat	jenis-jenis pidana
15.	Pasal 598 ayat (2)	kewajiban adat	jenis-jenis pidana

#### a. Hukum yang Hidup sebagai Dasar Pidanaan

Sebagai dasar pidanaan, Hukum yang Hidup diatur dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2); Pasal 12 ayat (2), Pasal 180 dan Pasal 598 ayat (1). Diantara kelima ketentuan tersebut, Pasal 2 RUU KUHP merupakan penanda dari perubahan fundamental dalam prinsip hukum pidana Indonesia. Pasal 2 ayat (1) menyatakan bahwa “ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang undangan”. Ketentuan ini berimplikasi pada diperluasnya tafsir atas asas legalitas yang selama ini diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berlaku saat ini. Dari yang sebelumnya hanya mendasarkan pada Asas Legalitas Formil (Pasal 1 KUHP versi WvS), RUU KUHP memberi pintu masuk bagi penerapan Asas Legalitas Materiil. Dalam ilustrasi yang lebih konkret, seseorang dapat dijatuhkan pidana meskipun tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengatur ancaman pidana terhadap perbuatannya tersebut. Seseorang dapat dipidana dengan mendasarkan pada hukum tidak tertulis yang disebut juga sebagai ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’.

Lebih lanjut, ayat (2) dari pasal ini memberikan batasan bagi digunakannya Hukum yang Hidup. Ayat ini menyatakan bahwa Hukum yang Hidup berlaku sebatas “tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab”. Berdasarkan rumusan ini, keberlakuan Hukum yang Hidup dibatasi oleh ruang (tempat), konstitusi, nilai-nilai yang dianut oleh bangsa Indonesia dan RUU KUHP itu sendiri.

Sejalan dengan Pasal 2 di atas, Pasal 598 ayat (1) RUU KUHP juga menyatakan bahwa “Setiap Orang, yang melakukan perbuatan yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang, diancam dengan pidana”. Lebih jauh lagi, ayat (2) pasal ini menyatakan bahwa pelanggaran Hukum yang Hidup dipidana dengan kewajiban adat.

Hukum yang Hidup juga digunakan sebagai dasar pidanaan dalam Pasal 12 ayat (2). Pasal ini menegaskan bahwa “Untuk dinyatakan sebagai Tindak Pidana, suatu perbuatan yang diancam sanksi pidana dan/atau tindakan oleh peraturan perundang-undangan harus bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat”. Berbeda dengan pasal 2 di atas, pasal 12 RUU KUHP menggunakan Hukum yang Hidup sebagai landasan alternatif dari konsep melawan hukum. Melalui Pasal 12 ayat (2) ini, pelanggaran Hukum yang Hidup dikonstruksikan terpisah dari unsur melawan hukum. Hal ini berarti bahwa unsur melawan hukum tidak lagi menjadi unsur mutlak untuk menentukan tindak pidana. Meskipun tidak terdapat unsur melawan hukum (baik formil maupun materiil)

dalam perbuatan pelaku, perbuatan tersebut dapat dianggap sebagai tindak pidana jika bertentangan dengan Hukum yang Hidup dalam masyarakat.

### **b. Hukum yang Hidup sebagai Pertimbangan Pidanaan**

Hukum yang Hidup pertama-tama dimuat dalam bagian menimbang huruf c RUU KUHP. Pada bagian ini, Hukum yang Hidup disandingkan dengan hukum tertulis yang keseimbangan diantara keduanya menjadi (salah satu) tujuan dari hukum pidana nasional. Menurut naskah akademik RUU KUHP, akomodasi ini diyakini dapat memenuhi rasa keadilan yang hidup atau memulihkan keseimbangan yang terganggu di masyarakat (Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2015, p. 37).

Selain menggunakan istilah Hukum yang Hidup dalam masyarakat, RUU KUHP juga menggunakan terminologi ‘nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat’. Frasa ini diposisikan sebagai pedoman dan pertimbangan dalam pidanaan terhadap seseorang (Pasal 54 ayat (1) huruf k) dan korporasi (Pasal 56 ayat (1) huruf g). Jika ditafsirkan secara gramatikal, tambahan diksi ‘nilai’ akan menghasilkan makna yang berbeda jika dibandingkan dengan frasa ‘Hukum yang Hidup’ saja. Nilai akan merujuk pada konsep yang lebih abstrak dibandingkan dengan norma. Karena itu, diaturnya Hukum yang Hidup sebagai nilai akan membuka ruang penafsiran yang lebih luas dibandingkan dengan kapasitasnya sebagai norma.

### **c. Hukum yang Hidup sebagai (Sanksi) Pidana**

RUU KUHP juga menggunakan istilah lain yang terasosiasi dengan Hukum yang Hidup. Salah satunya adalah ‘kewajiban adat’. RUU ini meletakkan ‘kewajiban adat’ pada dua

posisi: sebagai pidana tambahan dan sebagai pidana pokok. Sebagai pidana tambahan, kewajiban adat dikenakan dalam hal pidana pokok yang dijatuhkan dirasa tidak cukup untuk mencapai tujuan pidanaan. Dalam hal ini, pelaku tindak pidana tidak hanya harus menjalankan pidana pokok berupa penjara, kurungan, atau denda melainkan juga harus memenuhi kewajiban adat yang ditetapkan hakim kepadanya. Sebagai pidana pokok, kewajiban adat dijatuhkan terhadap perbuatan yang melanggar Hukum yang Hidup. Hal ini adalah salah satu implikasi dari Pasal 2 ayat (1) RUU KUHP yang membuka peluang untuk pidana dijatuhkan atas dasar pelanggaran terhadap ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’.

Dalam kaitannya dengan Hukum yang Hidup, perumus RUU telah menempatkan kewajiban adat kedalam dua fungsi. Pertama, sejalan dengan Pasal 2 ayat (1), kewajiban adat berfungsi untuk menopang gagasan Hukum yang Hidup sebagai landasan pidanaan bagi perbuatan yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Fungsi pertama ini juga mengindikasikan bahwa Hukum yang Hidup yang dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) adalah hukum adat. Kedua, kewajiban adat juga difungsikan sebagai sanksi tambahan bagi perbuatan yang melanggar peraturan perundang-undangan. Fungsi kedua ini tidak lagi menggunakan Hukum yang Hidup sebagai landasan pidanaan, melainkan hanya menempatkannya sebagai pidana tambahan di luar pidana yang telah ditetapkan dalam undang-undang.

Dimuatnya “pemenuhan kewajiban adat” sebagai pidana pokok dan pidana tambahan adalah sebuah terobosan dalam hukum pidana Indonesia. Namun demikian, penting untuk dicatat, bahwa gagasan ini berpeluang untuk bertolak belakang dengan tradisi pengadilan

yang meyakini bahwa pelaku tindak pidana yang telah dijatuhkan sanksi adat, tidak dapat lagi dijatuhkan sanksi pidana.

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

Sebagaimana telah disampaikan pada bagian sebelumnya, terdapat tiga corak pengaturan Hukum yang Hidup dalam RUU KUHP. Dua dari tiga corak tersebut menunjukkan orientasi penggunaan Hukum yang Hidup untuk pemidanaan (dasar pemidanaan dan bentuk pidana/kewajiban adat), sedangkan satu corak lainnya merujuk pada Hukum yang Hidup sebagai pertimbangan dalam pemidanaan. Dengan kata lain, 12 dari 15 ketentuan Hukum yang Hidup (dan istilah yang berkaitan dengannya) adalah pasal yang memungkinkan seseorang dijatuhi pidana. Hanya tiga ketentuan yang berorientasi netral (pertimbangan dalam pemidanaan). Sementara itu, tidak ada ada satupun ketentuan yang secara tegas mengatur Hukum yang Hidup sebagai upaya pengurangan pidana atau pembebasan dari pidana.

Meminjam istilah Birgit Bräuchler (2010), pilihan perumus RUU untuk menjadikan Hukum yang Hidup sebagai dasar pemidanaan dan, pada saat yang sama, mengabaikannya sebagai dasar membebaskan atau meringankan pidana adalah sebuah *selective reconstruction*. Hal ini menunjukkan bahwa upaya pengakuan Hukum yang Hidup tidak dilandasi oleh semangat dan pemahaman atas pluralisme hukum. Alih-alih mensinergikan sistem hukum negara dengan sistem keteraturan dalam masyarakat, RUU KUHP justru hanya mengambil bagian-bagian yang memperluas kewenangan negara dalam menjatuhkan pidana.

Sebagai contoh, Pasal 12 RUU KUHP menempatkan Hukum yang Hidup dalam fungsinya yang semata-mata positif: meskipun suatu perbuatan

tidak mengandung sifat melawan hukum, perbuatan tersebut dapat dipidana berdasarkan Hukum yang Hidup dalam masyarakat. Padahal, dalam ajaran ‘melawan hukum’, dikenal pula sifat melawan hukum dalam kapasitasnya yang negatif. Artinya, meskipun perbuatan seseorang melanggar peraturan perundang-undangan, apabila perbuatan tersebut tidak bertentangan dengan Hukum yang Hidup dalam masyarakat maka perbuatan tersebut tidak mengandung sifat melawan hukum.

Sebelumnya, model pengabaian semacam ini telah melahirkan penalisasi yang berlebihan terhadap berbagai kelompok adat. Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (2015) mencatat, dalam kurun waktu 2013-2015 telah terjadi 25 kasus kriminalisasi masyarakat adat yang menjerat 33 orang dengan Undang-undang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan (UU P3H). Sebagian besar kasus itu berawal dari orientasi penegakan hukum yang menolak validitas hukum adat sebagai landasan yang membenarkan pemanfaatan hutan oleh masyarakat adat. Sayangnya, konstruksi ‘hukum yang hidup’ dalam RUU KUHP tidak berupaya menjawab persoalan ini.

### **3. Implikasi dari Penempatan ‘Hukum yang Hidup’ dalam RUU Hukum Pidana**

Dari perspektif pluralisme hukum, rekonstruksi parsial atas ‘hukum yang hidup’ dalam RUU KUHP membawa setidaknya dua implikasi. Pertama, dengan orientasi pengaturan yang dimiliki saat ini, ‘hukum yang hidup’ justru meneguhkan dominasi negara atas hukum adat. Tafsir atas hukum adat dalam proses pidana menjadi diskresi eksklusif penegak hukum. Situasi ini akan membuka peluang kesewenang-wenangan negara. Kedua, pengaturan ‘hukum yang hidup’ dalam RUU KUHP membutuhkan tindak lanjut berupa penulisan hukum adat dalam Perda.



Tindakan ini berpotensi menciptakan dualitas hukum adat dan menciptakan ketidakpastian dalam penggunaannya.

#### **a. Peluang Kesewenangan Negara dalam Menggunakan Hukum Non-Negara**

Hukum pidana modern lahir dengan semangat untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak individu dari kesewenang-wenangan negara. Atas dasar itu pula Asas Legalitas diletakkan pada pasal pertama Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Pasal ini menaungi seluruh pasal lainnya dalam KUHP, termasuk juga ketentuan pidana di luar KUHP. Dengan ditempatkannya ‘hukum yang hidup’ sebagai perluasan asas legalitas, peluang kesewenang-wenangan tersebut kini terbuka kembali.

Sejak 1948, batasan ontologis dan epistemologis dari ‘hukum yang hidup’ tidak pernah benar-benar selesai. Kaburnya batasan konseptual ini menyebabkan hukum yang hidup menjadi bola liar yang rentan dikooptasi oleh pihak-pihak berkepentingan. Beberapa kalangan bahkan berpandangan bahwa ‘hukum yang hidup’ dapat juga mengacu pada kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip yang diakui masyarakat beradab di dunia (Hiariej, 2016, p. 90). Tafsir ekstensif ini cenderung melakukan simplifikasi karena sejatinya karakter hukum yang hidup sebagai hukum adat berbeda dengan kebiasaan-kebiasaan internasional. Model penafsiran semacam ini hanya mengakomodasi imajinasi eksternal atas tatanan apa yang seharusnya berlaku, bukan mengakomodasi tatanan apa yang senyatanya berlaku dalam suatu kelompok sosial.

Penafsiran yang ekstensif atas *living law* lebih banyak bermanfaat untuk melegitimasi paham *Freie Rechtslehre* dibandingkan dengan menunjukkan akomodasi negara atas sistem normatif

yang berada di luar tatanannya (Benda-Beckmann & Benda-Beckmann, 2009). Paham ini membebaskan hakim dari ikatan undang-undang saat memutus perkara. Dalam pilihan politik hukum semacam ini, negara mendorong penegak hukum untuk leluasa menggunakan tafsir dan diskresinya (dalam menghukum) melalui ‘hukum yang hidup’ tanpa dibebani kewajiban untuk mengenali dan mengakomodasi praktek-praktek lokal masyarakat. Lewat cara yang demikian, peluang penyalahgunaan ‘hukum yang hidup’ dan over-kriminalisasi semakin terbuka lebar.

#### **b. Dualitas Hukum Adat: *Lawyer’s Adat Law vs People’s Adat Law***

Pengaturan ‘hukum yang hidup’ di RUU KUHP dibayangkan akan ditindaklanjuti dengan penulisan hukum adat melalui peraturan daerah atau membuat kompilasi hukum adat sebagai panduan hakim (Gunarto, 2018). Usulan ini kembali menunjukkan bahwa tujuan pengaturan ‘hukum yg hidup’ tidak diarahkan untuk mengakui dan menghormati mekanisme lokal dalam menyelesaikan sengketa, melainkan sekedar untuk memudahkan hakim dalam menemukan dan menggunakan hukum adat dalam memutus perkara.

Jika rencana ini benar-benar terwujud, sejarah akan kembali terulang. Pada tahun 1893, Director of Justice in the Netherlands East Indies pernah berencana melakukan kodifikasi hukum adat di Sumatera Barat. Rencana ini diinisiasi untuk memberi legitimasi bagi pemerintah kolonial dan Golongan Adat dalam melemahkan pengaruh Golongan Islam. Adalah Snouck Hurgronje yang dengan tegas menyampaikan penolakan dalam surat tanggapannya dengan menyatakan:

*The peculiarity of each native adat-or common law that explains its virtue and deficiency rest, in my opinion, on its fluid character and in*

*its ease in adapting to the conditions of the society, whenever these conditions change* (Djalín, 2007).

Tanggapan Hurgronje ini mengisyaratkan bahwa ketika kodifikasi dilakukan, ‘hukum yang hidup’ (hukum adat) akan kehilangan sifat dinamis dan adaptifnya. Upaya ini hanya akan menjadikan hukum adat sebagai ‘*dead law*’, istilah yang digunakan Ehrlich untuk menunjukkan hukum yang telah kehilangan makna karena tercerabut dari asosiasi sosialnya (Witteveen, 2003, p. 222).

Dengan penulisan hukum adat, RUU KUHP akan meneguhkan kembali dualitas hukum adat yang terjadi pada masa kolonial, sekaligus juga menuju pada situasi yang terjadi saat ini di negara-negara pasca-kolonial. Negara-negara Afrika, misalnya, telah lebih dulu melakukan formalisasi atas hukum, lembaga dan pengadilan adat mereka.

Formalisasi ini telah menghasilkan dua versi *customary law*, yaitu: (*official*) *customary law* dan (*living*) *customary law*. Versi pertama telah banyak terdistorsi oleh kepentingan kolonial dan pemerintah pasca-kolonial di Afrika dan tidak lagi mencerminkan *customary law* yang dianut masyarakat (Diala, 2017). Pada konteks Indonesia, Frans dan Keebet von Benda Beckmann (2011) melihat desain semacam ini telah mendorong dualitas hukum adat dalam bentuknya sebagai konstruksi negara dan ahli hukum (*lawyer’s adat law*) dan sebagai hukum adat yang hidup (*people’s adat law*).

Kehadiran hukum adat versi negara tentu tidak akan menghapus keberadaan hukum adat yang berlaku dan terinternalisasi dalam perilaku masyarakat. Oleh karena itu, dualitas ini berpotensi untuk menimbulkan kebingungan bagi penegak hukum ketika kedua versi hukum adat tersebut saling bertentangan ini. Di satu sisi, penegak hukum memiliki kewajiban

untuk menemukan dan menggali hukum yang senyatanya hidup di masyarakat. Pada sisi yang lain, penegak hukum juga diwajibkan tunduk pada hukum adat yang telah dituliskan dalam Perda. Opsi yang pertama membutuhkan penegak hukum yang memiliki kemampuan untuk memahami tatanan lokal dimana hukum adat tersebut tumbuh dan keberanian untuk mengesampingkan Perda. Sementara itu, memilih opsi yang kedua justru mengabaikan tatanan lokal yang senyatanya berlaku di masyarakat. Apapun opsi yang dipilih, RUU KUHP tidak menyediakan pedoman yang memadai bagi penegak hukum untuk merespon dualitas tersebut.

#### D. Simpulan

RUU KUHP telah melakukan rekonstruksi selektif terhadap ‘hukum yang hidup’. Kecenderungan ini ditandai dengan tiga orientasi pengaturan: hukum yang hidup sebagai dasar pemidanaan, sebagai pertimbangan dalam pemidanaan dan sebagai (sanksi) pidana. Konstruksi yang demikian membuka peluang bagi munculnya kesewenang-wenangan negara dalam pemidanaan, sekaligus juga menciptakan hukum adat versi negara yang berbeda dari hukum adat dalam masyarakat.

Desain RUU KUHP atas ‘hukum yang hidup’ memberi kita pelajaran bahwa upaya inkorporasi hukum non-negara kedalam hukum negara tidak selalu dapat menguatkan interaksi hukum negara dan tatanan normatif non-negara. Dalam kasus RUU KUHP, inkorporasi justru menguatkan dominasi hukum negara atas tatanan informal yang terinternalisasi dalam relasi dan perilaku warganya. Hal ini ditunjukkan melalui keleluasaan yang diberikan RUU KUHP kepada penyelenggara negara untuk menentukan tafsir hukum adat, baik dalam penulisan hukum adat melalui Perda maupun dalam menjatuhkan putusan terkait ‘hukum yang hidup’ yang mana yang telah dilanggar oleh seseorang.

Legalisasi hukum adat yang ditunjukkan RUU KUHP tersebut justru tidak menjawab kebutuhan pluralisme hukum Indonesia yang lebih mendesak. Setidaknya terdapat tiga tantangan yang muncul dari koeksistensi dan interseksi sistem hukum adat, agama dan negara di Indonesia saat ini. *Pertama*, membangun sistem hukum negara yang responsif terhadap keberagaman gagasan dan nilai hukum di masyarakat. *Kedua*, mendorong kapasitas penegak hukum dan penyelenggara negara untuk memahami dinamika dan transformasi hukum adat dan agama di lapangan. *Ketiga*, menjamin hak dan menghormati kewenangan Masyarakat Hukum Adat sebagai pengemban hukum adat. Tanpa dibingkai dengan semangat pluralisme hukum dan kesadaran akan tantangan tersebut, RUU KUHP hanya akan mengulang kembali kegagalan-kegagalan yang pernah dirasakan pemerintah kolonial Belanda pada masa silam.

#### DAFTAR PUSTAKA

- Aliansi Masyarakat Adat Nusantara. (2015). Pernyataan AMAN dalam Memperingati 2 tahun Putusan MK No. 35/PUU-IX/2012: Hentikan Segera Kriminalisasi Masyarakat Adat. Retrieved September 18, 2019, from [Http://www.aman.or.id](http://www.aman.or.id) website: <http://www.aman.or.id/wp-content/uploads/2015/05/Siaran-Pers-Pernyataan-AMAN-dalam-Memperingati-2-tahun-Putusan-MK-35.pdf>
- Amalia, N., Mukhlis, & Yusrizal. (2018). Adat Court Judge: Tradition and Practice of Dispute Resolution Between Societies in Aceh. *Journal of Law, Policy and Globalization*, 77, 11.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional. (2015). *Draft Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)*. Retrieved from [https://www.bphn.go.id/data/documents/naskah\\_akademik\\_tentang\\_kuhp\\_dengan\\_lampiran.pdf](https://www.bphn.go.id/data/documents/naskah_akademik_tentang_kuhp_dengan_lampiran.pdf)
- Benda-Beckmann, F. von, & Benda-Beckmann, K. von. (2009). The Social Life of Living Law in Indonesia. In *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*. <https://doi.org/10.5040/9781472564603>
- Benda-Beckmann, F. von, & Benda-Beckmann, K. von. (2011). Myths and stereotypes about adat law: A reassessment of Van Vollenhoven in the light of current struggles over adat law in Indonesia. *Bijdragen Tot de Taal-, Land- En Volkenkunde*, 167(2/3), 167–195.
- Bowen, J. R. (2003). *Islam, Law, and Equality in Indonesia: An Anthropology of Public Reasoning*. New York: Cambridge University Press.
- Bräuchler, B. (2010). The Revival Dilemma: Reflections on Human Rights, Self-Determination and Legal Pluralism in Eastern Indonesia. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 42(62), 1–42. <https://doi.org/10.1080/07329113.2010.10756648>
- de Sousa Santos, B. (1987). Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279. <https://doi.org/10.2307/1410186>
- Diala, A. C. (2017). The concept of living customary law: A critique. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 49(2), 143–165. <https://doi.org/10.1080/07329113.2017.1331301>
- Djalil, U. W. M. (2007). *Colonial Knowledge and The Native Scholar: Supomo, Adat Land Rights and Agrarian Reorganization in Surakarta 1900-1920s*. Graduate School of Cornell University.

- Fitzpatrick, D. (2007). Land, custom, and the state in post-Suharto Indonesia: A foreign lawyer's Perspective. In *The Revival of Tradition in Indonesian Politics* (pp. 150–168). Routledge.
- Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism?: The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law: Vol 18, No 24. *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 24. Retrieved from <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/07329113.1986.10756387?needAccess=true>
- Gunarto, M. P. (2018). *Asas Legalitas, Kriminalisasi, Pemidanaan dalam R-KUHP Serta Dampaknya Terhadap Hukum Pidana Nasional*. Presented at the Seminar & Lokakarya Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (R-KUHP) “Mewujudkan Pembaharuan Hukum Pidana Melalui R-KUHP yang Berkeadilan, Demokratis dan Responsif Pada Perkembangan Tindak Pidana,” Jakarta.
- Hiariej, E. O. (2016). *Prinsip-prinsip hukum pidana*. Cahaya Atma Pustaka.
- Hoekema, A. J. (2011). Recognizing Non-State Justice, but Also Making it Unrecognizable. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2012284>
- Irianto, S. (2003). *Perempuan di Antara Berbagai Pilihan Hukum*. Yayasan Pustaka Obor Indonesia.
- Lev, D. S. (1973). Judicial Unification in Post-Colonial Indonesia. *Indonesia*, (16), 1–37. <https://doi.org/10.2307/3350645>
- Nawawi, B. (2015). *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Konteks RUU KUHP*. Presented at the Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi, Yogyakarta.
- Sembiring, M. (2008). *Sikap Masyarakat Batak-Karo Terhadap Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MA-RI) No.179/K/SIP/1961 Dalam Persamaan Kedudukan Anak Laki-Laki Dan Anak Perempuan Mengenai Hukum Waris (Studi Pada Masyarakat Batak Karo Desa Lingga Kecamatan Simpang... (Universitas Sumatera Utara)*. Retrieved from <http://repository.usu.ac.id/handle/123456789/5166>
- Ubink, J. M., Hoekema, A. J., & Assies, W. J. (Eds.). (2009). *Legalising Land Rights: Local Practices, State Responses and Tenure Security in Africa, Asia and Latin America*. <https://doi.org/10.5117/9789087280567>
- Utama, T. S. J., & Aristya, S. D. F. (2015). Kajian tentang Relevansi peradilan Adat terhadap Sistem Peradilan Perdata Indonesia. *Mimbar Hukum - Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*, 27(1), 57. <https://doi.org/10.22146/jmh.15910>
- Wiratraman, H. P. (2013). *Laporan Akhir Tim Pengkajian Hukum Tentang Peluang Peradilan Adat dalam Menyelesaikan Sengketa Antara Masyarakat Hukum Adat dengan Pihak Luar*. Retrieved from Pusat Penelitian dan Pengembangan Sistem Hukum Nasional – BPHN, Kementerian Hukum dan HAM website: <https://www.bphn.go.id/data/documents/laphir.pdf>
- Witteveen, W. J. (2003). Law's Beginning. In F. J. M. Feldbrugge (Ed.), *The Law's Beginning*. Leiden: Brill Academic Publishers.