

BRIEF PAPER

**‘HUKUM YANG HIDUP’ DALAM
RANCANGAN UNDANG-UNDANG
KITAB UNDANG-UNDANG
HUKUM PIDANA**

Pusat Kajian Hukum Adat 'Djojodigoeno'
Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada
&
Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law Dalam RKUHP

Brief Paper :
‘HUKUM YANG HIDUP’ DALAM
RANCANGAN UNDANG-UNDANG
KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA

Pusat Kajian Hukum Adat ‘Djojodigoeno’
Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada
&
Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law dalam RKUHP

Brief Paper
'HUKUM YANG HIDUP' DALAM RANCANGAN UNDANG-UNDANG
KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA

Tim Penulis :
Pusat Kajian Hukum Adat 'Djojodigoeno'
Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada
&
Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law dalam RKUHP

(Koalisi ini beranggotakan beberapa organisasi masyarakat sipil yakni :

1. Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa)
2. Aliansi Masyarakat Adat Nusantara
3. Perhimpunan Pembela Masyarakat Adat Nusantara (PPMAN)
4. debtWATCH Indonesia
5. Koalisi Rakyat untuk Keadilan Perikanan (KIARA)
6. Public Interest Lawyer Network (PILNET Indonesia)
7. Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI)

Desain sampul:
Niccolo Attar

Tata letak isi:
Niccolo Attar

Penerbit:
Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia &
Pusat Kajian Hukum Adat 'Djojodigoeno'
Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada

Redaksi:
Jl. Pangeran Diponegoro No.74, RT.9/RW.2,
Pegangsaan, Kec. Menteng, Kota Jakarta Pusat,
Daerah Khusus Ibukota Jakarta 10320
Telp. : (+62)21 - 3929840
info@ylbhi. or.id

Cetakan pertama: Mei 2020

Hak Penerbitan ©2020 Pusat Kajian Hukum Adat 'Djojodigoeno'
Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada & Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law dalam RKUHP
Dilarang mengutip dan memperbanyak tanpa izin tertulis dari penerbit, sebagian atau
seluruhnya dalam bentuk apa pun, baik cetak, photoprint, microfilm, dan sebagainya

DAFTAR ISI

A. PENGANTAR	1
B. PEMIKIRAN-PEMIKIRAN DI BALIK AKOMODASI HUKUM ADAT DALAM KUHP	2
C. POSISI 'HUKUM YANG HIDUP' DALAM RUU KUHP	3
1. HUKUM YANG HIDUP SEBAGAI DASAR PEMIDANAAN	4
2. HUKUM YANG HIDUP SEBAGAI PERTIMBANGAN PEMIDANAAN	5
3. HUKUM YANG HIDUP SEBAGAI SANKSI PIDANA	5
D. KELEMAHAN KONSTRUKSI HUKUM YANG HIDUP DALAM RUU KUHP	6
1. ISU-ISU DOKTRINAL	6
a. Ketidakjelasan dan inkonsistensi peristilahan	6
b. Rekonstruksi parsial atas Hukum yang Hidup	8
2. ANCAMAN DISTORSI DALAM PENDOKUMENTASIAN HUKUM ADAT	10
E. SIKAP KOALISI MASYARAKAT SIPIL TERHADAP HUKUM YANG HIDUP DI RUU KUHP .	11
F. REKOMENDASI	12
1. PENGAKOMODASIAN YANG UTUH ATAS HUKUM ADAT	12
2. KETERHUBUNGAN DENGAN RUU MASYARAKAT ADAT	13
G. REFERENSI	15
LAMPIRAN I : MATRIKS PENGATURAN HUKUM YANG HIDUP (DAN ISTILAH LAIN YANG TERASOSIASI DENGANNYA) DALAM RUU HUKUM PIDANA)	17
LAMPIRAN II : IDENTIFIKASI PERSOALAN SERTA IMPLIKAS HUKUM DAN SOSIAL DARI PENGATURAN HUKUM YANG HIDUP/ HUKUM ADAT DALAM RUU KUHP	21

A. PENGANTAR

Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) meneruskan suatu tradisi yang sudah berlangsung sejak era kolonialisme yaitu akomodasi Hukum yang Hidup atau Hukum Adat ke dalam sistem hukum formal.

Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) meneruskan suatu tradisi yang sudah berlangsung sejak era kolonialisme yaitu akomodasi Hukum yang Hidup atau Hukum Adat ke dalam sistem hukum formal. Dalam bidang hukum pidana, sekalipun sejak tahun 1918 telah dilakukan unifikasi hukum, tidak lantas sama sekali menghapuskan tradisi akomodasi. Dalam era Indonesia merdeka, tradisi akomodasi oleh hukum pidana formal muncul dalam Undang-Undang Darurat No. 1/1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil.

RUU KUHP (versi 28 Agustus 2019) telah mengakomodasi Hukum Adat dengan cara yang terbilang tidak biasa bila diukur dari dua hal. *Pertama*, jumlah ketentuan yang menyebutkan mengenai kedudukan atau peran Hukum (Pidana) Adat dalam pemidanaan yaitu sebanyak 15 ketentuan (lihat Lampiran I). *Kedua*, kedudukan hukum pidana adat mencakup dasar pemidanaan, pertimbangan pemidanaan, dan bahkan sebagai sanksi pidana. Akomodasi yang tidak biasa ini dan peran sentral KUHP dalam sistem hukum nasional, membuat RUU KUHP seperti menghidupkan kembali momentum memberikan peran penting Hukum Adat dalam sistem hukum nasional. Tidak hanya itu, akomodasi ini juga

seperti menggoyahkan tesis dasar Positivisme Hukum, yang menjadi penopang utama bagi sistem hukum pidana, yaitu aturan hukum hanya yang bersumber dari negara (*the sovereign*) dan dipostrifikan dengan cara menuliskannya.

Untuk mencermati soal akomodasi Hukum Adat ke dalam RUU KUHP diperlukan pemeriksaan yang seksama. Pemeriksaan dilakukan dengan cara menyisir seluruh ketentuan dalam RUU ini yang menyebut hukum pidana adat baik yang tersurat maupun tersirat. Untuk memahami eksemplar-eksemplar pemikiran dibalik teks-teks ketentuan, Naskah Akademik RUU ini juga dibaca untuk disimak. Tujuan pencermatan ini, tidak lain, untuk memahami cara berpikir RUU KHUP mengenai Hukum yang Hidup dan penguangannya kedalam ketentuan-ketentuan. Naskah ini dibagi menjadi lima bagian utama. **Pertama**, uraian mengenai pemikiran-pemikiran yang mendasari akomodasi hukum pidana adat dalam RUU KUHP (Bagian B). **Kedua**, deskripsi dan ulasan kritis tentang bagaimana RUU KUHP memosisikan hukum pidana adat (Bagian C). **Ketiga**, naskah ini menunjukkan bahwa sekalipun mempunyai 15 ketentuan guna mengkomodasi hukum pidana adat, RUU KUHP masih mengandung kelemahan pada aspek doktrinal, berpotensi mendegradasi hukum adat, dan mendatangkan dampak-dampak sosial yang buruk. RUU ini menyimpan masalah doktrinal

karena kabur dan inkonsisten dalam menjelaskan istilah 'Hukum yang Hidup'. Masalah doktrinal terletak pada penggunaan lima istilah untuk menunjuk Hukum yang Hidup, tanpa menjelaskan perbedaan masing-masing (Bagian D.1). Adapun potensi dampak sosial yang buruk dapat berasal dari rencana menuliskan atau mengkodifikasi hukum adat (Bagian D.2). Hukum adat dapat bermetamorfosa dari aturan sumbernya adalah kehidupan sosial sehari-hari (*customary living law*) menjadi aturan yang sumbernya berupa dokumen tertulis (*lawyer's law, official customary law*). Bila dilakukan dengan tanpa agenda mendorong transformasi sosial komunitas adat, akomodasi hukum adat dalam RUU KUHP dapat berujung pada pelanggaran relasi sosial diskriminatif pada kelompok rentan. **Keempat**, pandangan dan sikap koalisi masyarakat sipil terhadap akomodasi pidana adat dalam RUU KUHP (Bagian E). **Kelima**, uraian ditutup dengan tawaran dan gagasan kami terkait akomodasi hukum adat yang lebih utuh dan terhubung dengan realitas sosio-kultural masyarakat (Bagian F). Sebagai brief paper, naskah ini tidak memilih menanggapi redaksional teks-teks dalam RUU KUHP, namun berfokus pada konstruksi pemikiran yang mendasari rumusan teks.

B. PEMIKIRAN-PEMIKIRAN DI BALIK AKOMODASI HUKUM ADAT DALAM KUHP⁴

Anggota tim perancang RUU KUHP, Prof Muladi adalah yang menyetujui untuk memasukkan Hukum Adat ke dalam RKUHP. Ia mengungkapkan bahwa eksistensi hukum pidana adat (*the living law*) merupakan salah satu implementasi misi dekolonisasi dan misi partikularisasi dari tujuan kodifikasi total. Rekodifikasi total akan menggantikan kodifikasi hukum pidana warisan kolonial yang merupakan copy KUHP Belanda tahun 1886. Ada empat hal yang termasuk dalam rekodifikasi total ini, yaitu: filosofi, tindak pidana, pertanggungjawaban pidana, dan stelsel pidana. Misi dekolonisasi disebutnya sangat strategis untuk menetralkan aspirasi kolonial. Sedangkan apresiasi terhadap eksistensi hukum pidana adat merupakan salah satu implementasi dari misi partikular dari tujuan umum kodifikasi.

Menurut Muladi, dengan hukum pidana adat, hukum pidana Indonesia memiliki ciri khas yang membedakannya dari dominasi asas legalitas warisan kolonial yang kaku. Hukum kolonial ini mencerminkan *daad-daderstrafrecht* (model keseimbangan kepentingan) yang sebenarnya tetap didominasi aliran klasik (*daad-strafrecht*) yang fokus pada perbuatan semata. Muladi berkaca pada beberapa pemikiran sarjana hukum adat seperti Ter Haar, Supomo, I Made Widnyana, Wignyodipoero, Van Vollenhoven, Purnadi Purbacaraka, dan Soerjono Soekanto. Menurut para sarjana tersebut, tindak pidana adat merupakan gangguan terhadap keseimbangan kosmis (*evenwichtsverstoring*) dan dalam hal ini tujuan dari pembedaan adalah berupa reaksi masyarakat untuk memulihkan kembali keseimbangan kosmis.

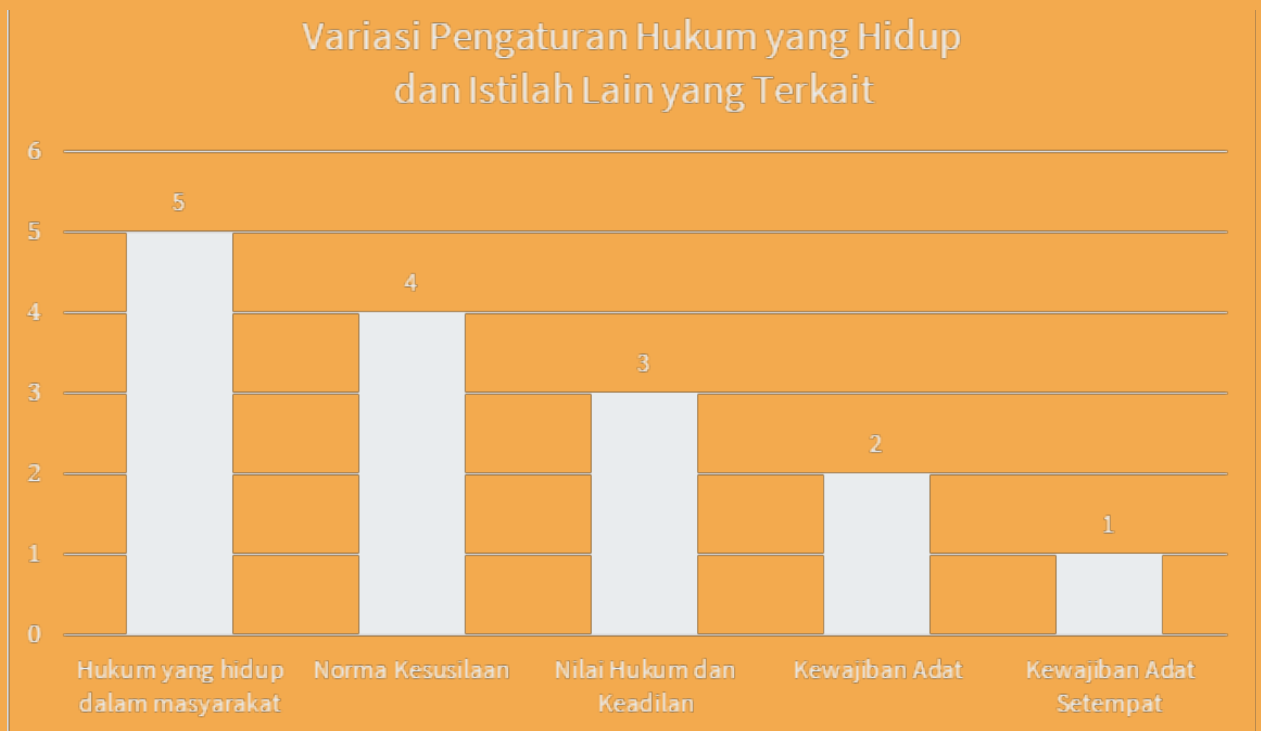
Hukum pidana adat dapat diberlakukan ketika sudah berbentuk kompilasi yang ditetapkan lewat Peraturan Daerah. Meski demikian pemberlakuan hukum pidana adat dilakukan dengan pembatasan, yaitu harus sesuai Pancasila, UUD 1945, asas-asas hukum umum yang diakui bangsa-bangsa beradab, dan HAM. Batasan-batasan tersebut menunjukkan bahwa pemberlakuan hukum pidana adat dalam hukum pidana nasional dilakukan dengan memberlakukan prinsip *margin of appreciation*.

Menurut Muladi, dengan hukum pidana adat, hukum pidana Indonesia memiliki ciri khas yang membedakannya dari dominasi asas legalitas warisan kolonial yang kaku. Hukum kolonial ini mencerminkan *daad-daderstrafrecht* (model keseimbangan kepentingan) yang sebenarnya tetap didominasi aliran klasik (*daad-strafrecht*) yang fokus pada perbuatan semata.

C. POSISI 'HUKUM YANG HIDUP' DALAM RUU KUHP

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 (14 pasal) dengan lima variasi istilah seperti 'hukum yang hidup dalam masyarakat; norma kesusilaan'; 'nilai hukum dan keadilan'; kewajiban adat; dan kewajiban adat setempat.⁴

Istilah 'hukum adat' tidak terdapat dalam daftar ini. Grafik di bawah ini menunjukkan variasi penggunaan istilah tersebut



Dilihat dari konteks pengaturannya, kelimabelas ketentuan tersebut mengatur Hukum yang Hidup atau Hukum Adat dalam tiga kedudukan: 1) sebagai dasar pidanaaan

sebanyak empat pasal; 2) pertimbangan dalam pidanaaan sebanyak tiga pasal; dan 3) sebagai sanksi pidana sebanyak tujuh pasal. Uraian lebih lengkap mengenai pengaturan Hukum

yang Hidup dalam RUU KUHP dapat dilihat pada Lampiran I naskah ini.

² 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.

1. HUKUM YANG HIDUP SEBAGAI DASAR PEMIDANAAN

Sebagai dasar pemidanaan, 'Hukum yang Hidup' diatur dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2); Pasal 12 ayat (2), Pasal 180 dan Pasal 598 ayat (1). Di antara 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 sebagai dasar pemidanaan juga dimuat dalam Pasal 12 ayat (2). Pasal ini mengatur 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.

Sebelumnya norma hukum yang meletakkan Hukum yang Hidup sebagai dasar pemidanaan sudah dimuat dalam Undang-Undang Darurat No. 1/1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil. Pasal 5 ayat (3)b UU ini berbunyi sebagai berikut "*suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan yang terhukum*". Tidak hanya sekedar memakai norma pidana adat untuk pemidanaan, UU ini juga menyinggung eksistensi peradilan atau sidang adat yang dapat menghasilkan hukuman adat.

2. HUKUM YANG HIDUP SEBAGAI PERTIMBANGAN PEMIDANAAN

Hukum yang Hidup pertama-tama dimuat dalam bagian menimbang huruf c RUU KUHP. Pada bagian ini, Hukum yang Hidup dan dengan hukum tertulis menjadi komponen yang keseimbangan di antara keduanya menjadi (salah satu) tujuan dari hukum pidana nasional. Menurut naskah akademik RUU KUHP, pengaturan hukum yang 'Hukum yang Hidup' diyakini dapat memenuhi rasa keadilan yang hidup atau memulihkan keseimbangan yang terganggu di masyarakat (BPHN, 2015: 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 pidana 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. Nilai memuat ajaran-ajaran kebijakan hidup yang legitim pada berbagai konteks geografis, budaya dan keyakinan. Keadilan sendiri adalah contoh nilai dalam pemikiran dan sistem hukum. Karena itu, diurnya Hukum yang Hidup sebagai nilai akan membuka ruang penafsiran yang lebih luas dibandingkan dengan kapasitasnya sebagai norma.

3. 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 pidana. 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 ke dalam dua fungsi. Pertama, sejalan dengan Pasal 2 ayat (1), kewajiban adat berfungsi untuk menopang gagasan Hukum yang Hidup sebagai landasan pidana 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 pidana, melainkan hanya menempatkannya sebagai pidana tambahan di luar pidana yang telah ditetapkan dalam undang-undang.

D. KELEMAHAN KONSTRUKSI HUKUM YANG HIDUP DALAM RUU KUHP⁴

1. ISU-ISU DOKTRINAL

Variasi peristilahan yang terasosiasi dengan 'Hukum yang Hidup' dalam RUU KUHP telah mendatangkan isu doktrinal yaitu inkonsistensi dan ketidakjelasan penggunaan peristilahan serta pemahaman parsial atas Hukum yang Hidup. Kedua kondisi ini membuka peluang bagi negara untuk sewenang-wenang dalam menggunakan Hukum yang Hidup dan menjauhkan RUU ini dari semangat keadilan restoratif yang diusungnya.

a. Ketidakjelasan dan inkonsistensi peristilahan

Variasi istilah dan corak pengaturan mengenai Hukum yang Hidup tidak diikuti oleh konsep yang konsisten. Baik RUU KUHP maupun Naskah Akademik nya tidak menyediakan definisi operasional dan penjelasan konseptual yang memadai. Tidak cukup jelas apakah 'Hukum yang Hidup' mengacu pada konsep-konsep serupa seperti 'the *living law*'; *customary law*; *folk law*, *unofficial law*, *informal law*, *non-state law*, konsep hukum adat, atau membangun konsep sendiri. Lima istilah, seperti disebutkan pada bagian C naskah ini, digunakan silih berganti tanpa ada penjelasan mengenai perbedaan dan persamaan pengertian maupun hubungan diantara mereka.

Dikalangan para yuris istilah hukum adat sering disamakan atau mencontohkannya untuk menjelaskan the *living law*. Keduanya berkedudukan sama yaitu sebagai aturan-aturan yang berasal dari dan digunakan oleh institusi-institusi non-negara. Sumber utama aturan bagi keduanya adalah kebiasaan (*custom*). Namun keduanya juga memiliki perbedaan dalam dua hal berikut.

Pertama, pada mulanya istilah hukum adat sebagai

terjemahan dari *adatrechts*, menunjuk pada penggunaannya yaitu golongan Pribumi. Di era Indonesia merdeka, hukum adat lebih menunjuk pada sumbernya yaitu kebiasaan masyarakat. Namun pendekatan ras warisan era kolonial diteruskan dengan hasil hukum adat diasosiasikan sebagai aturan kelompok berbasis suku. Tidak demikian dengan istilah the *living law*. Sejak awal ia tidak dimaksudkan untuk menunjuk golongan tertentu didalam masyarakat melainkan golongan non-negara. Subjek yang dibicarakan oleh istilah ini adalah asosiasi-asosiasi masyarakat berbasis profesi.

Kedua, dari segi bentuk hukum adat dimungkinkan berbentuk tertulis. Dalam bentuknya yang seperti ini hukum adat tidak lagi berada atau bagian dari kehidupan kemasyarakatan sehari-hari. Karakternya yang Hukum adat yang tadinya teramati dan ditemukan pada kehidupan sosial, kini bisa dijumpai diluar itu yaitu dokumen tertulis. Sedangkan Hukum yang Hidup selalu berbentuk tidak tertulis karena sumbernya adalah kehidupan sosial sehari-hari. The *living law* melekat pada perilaku sosial karena itu muncul dan hilang bersama dengan

perubahan-perubahan perilaku.

Dengan demikian, menyamakan Hukum yang Hidup dengan hukum adat sangat tidak tepat. Mengacu pada penjelasan diatas, the *living law* mencakup seluruh segmen non-negara termasuk komunitas-komunitas perkotaan. Dalam hal ini the *living law* lebih mirip dengan istilah *customary law*, *informal law*, atau *unofficial law*. Sementara hukum adat hanya mencakup kelompok tertentu dalam masyarakat. Semakin sempit bila hukum adat dimaknai sebagai bagian dari *normative system indigenous peoples*, kelompok minoritas yang berada dipinggir kekuasaan dan karena itu tidak memiliki akses yang setara dengan kelompok dominan.

Namun, digunakannya istilah 'kewajiban adat' dan 'kewajiban adat setempat' mengindikasikan kecenderungan konsep Hukum yang Hidup dalam RUU KUHP untuk merujuk pada Hukum Adat. Pasal 598 ayat (2), sebagai contoh, menyatakan dengan tegas bahwa "*pelanggaran hukum yang hidup dipidana dengan pemenuhan kewajiban adat*". Ini menyiratkan bahwa yang dimaksud oleh RUU ini sebagai Hukum yang Hidup adalah Hukum Adat.

3 Untuk penjelasan (dalam bentuk tabel) tentang persoalan serta implikasi hukum dan sosial dari pengaturan hukum yang hidup/ hukum adat dalam RUU KUHP, silahkan lihat Lampiran II.

Naskah Akademik yang disusun oleh BPHN sebagai rujukan ilmiah atas RUU KUHP bahkan menggunakan istilah *living law*, Hukum yang Hidup dan Hukum Adat dalam satu paragraf. Redaksi seperti ini menyiratkan persamaan makna ketiga istilah tersebut. Dalam kesimpulannya, Naskah Akademik RUU ini menyatakan bahwa salah satu tujuan pembaharuan hukum pidana adalah karena “*belum dirumuskannya hukum yang hidup dalam masyarakat adat (the living law) secara mantap. Hal ini, merugikan rasa keadilan masyarakat karena pada dasarnya*

hukum adat masih berlaku secara efektif, sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila, HAM dan prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa” (BPHN, 263-265). Pernyataan ini menggunakan the *living law* sebagai padanan dari Hukum yang Hidup sekaligus juga Hukum Adat sebagai padanan lainnya.

Dalam ketentuan yang lain, RUU KUHP kembali menggunakan istilah yang berbeda. Pasal 180, misalnya, menggunakan istilah norma kesusilaan untuk menentukan ekspresi apa yang

dapat digolongkan sebagai pornografi. Dengan ‘norma kesusilaan’ ini RUU KUHP sebenarnya sedang merujuk pada konsep yang sama dengan ‘Hukum yang Hidup’ yaitu **tatanan norma di luar peraturan perundang-undangan**. Namun tidak terdapat penjelasan apakah norma kesusilaan adalah bagian dari Hukum yang Hidup khusus mengatur aspek kesusilaan?

Inkonsistensi yang lain ditunjukkan dalam rumusan pasal 54 ayat (1) dan 56 ayat

Pasal 54 ayat (1) menyatakan bahwa:

Dalam ppidanaan wajib dipertimbangkan:

- a. kesalahan pelaku Tindak Pidana;
- b. motif dan tujuan melakukan Tindak Pidana;
- c. sikap batin pelaku Tindak Pidana;
- d. Tindak Pidana dilakukan dengan direncanakan atau tidak direncanakan;
- e. cara melakukan Tindak Pidana;
- f. sikap dan tindakan pelaku sesudah melakukan Tindak Pidana;
- g. riwayat hidup, keadaan sosial, dan keadaan ekonomi pelaku Tindak Pidana;
- h. pengaruh pidana terhadap masa depan pelaku Tindak Pidana;
- i. pengaruh Tindak Pidana terhadap Korban atau keluarga Korban;
- j. pemaafan dari Korban dan/atau keluarganya; dan/atau
- k. nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Sementara itu, Pasal 56 ayat (1) mengatur bahwa:

Dalam ppidanaan terhadap Korporasi wajib dipertimbangkan:

- a. tingkat kerugian atau dampak yang ditimbulkan;
- b. tingkat keterlibatan pengurus yang mempunyai kedudukan fungsional Korporasi dan/atau peran pemberi perintah, pemegang kendali, pemberi perintah, dan/atau pemilik manfaat Korporasi;
- c. lamanya Tindak Pidana yang telah dilakukan;
- d. frekuensi Tindak Pidana oleh Korporasi;
- e. bentuk kesalahan Tindak Pidana;
- f. keterlibatan Pejabat;
- g. nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat;
- h. rekam jejak Korporasi dalam melakukan usaha atau kegiatan;
- i. pengaruh ppidanaan terhadap Korporasi; dan/atau
- j. kerja sama Korporasi dalam penanganan Tindak Pidana.

Kedua pasal ini menggunakan frasa ‘nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat’. Ketentuan ini menimbulkan pertanyaan apakah ‘nilai hukum dan keadilan yang hidup’ tersebut berbeda secara konseptual dengan ‘Hukum yang Hidup’ sebagaimana diatur dalam pasal 2 dan Pasal 12 ayat (2). Seperti sudah

dikemukakan, nilai dan hukum dapat dibedakan menurut tingkat kedudukan sebagai norma dan muatan. Nilai menempati tempat lebih tinggi dari norma hukum dalam sistem hukum (*jurisprudence*). Konsekuensinya, nilai memandu norma hukum. Dengan kata lain, norma hukum mengacu pada nilai. Norma hukum yang berlawanan

dengan nilai hukum akan kehilangan daya berlaku (*validity*). Nilai mengandung hal-hal umum yang memiliki kebenaran universal. Norma hukum mengandung hal-hal yang kebenarannya dibatasi lokalitas. Selain itu, keadilan tidak dapat disejajarkan dengan keadilan berhubung keadilan adalah hanya satu contoh dari nilai.

b. Rekonstruksi parsial atas Hukum yang Hidup

Disamping ketidakjelasan secara konseptual, sebagian besar ketentuan di atas juga menunjukkan pemahaman parsial atas Hukum yang Hidup. Kecenderungan ini ditunjukkan dengan menggunakan Hukum yang Hidup sebagai sebatas landasan untuk menjatuhkan pidana, tidak menggunakannya sebagai alasan membebaskan pelaku dari pidana atau meringankan sanksi pidana.

Sebagaimana telah disampaikan pada bagian sebelumnya, terdapat tiga corak pengaturan Hukum yang Hidup dalam RUU KUHP. Dua dari tiga corak tersebut menunjukkan orientasi digunakannya Hukum yang Hidup untuk pidana (dasar pidana dan bentuk pidana/ kewajiban adat), sedangkan satu corak lainnya merujuk pada posisi Hukum yang Hidup sebagai pertimbangan dalam pidana. 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 pidana). Sementara itu, tidak ada satu pun ketentuan yang secara tegas mengatur Hukum yang Hidup sebagai upaya pengurangan pidana atau pembebasan dari 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. Sayangnya, RUU KUHP tidak memiliki ketentuan semacam ini.

Meminjam istilah Birgit Bräuchler (2016), pilihan perumus RUU untuk menjadikan Hukum yang Hidup sebagai dasar pidana dan, pada saat yang sama, mengabaikannya sebagai dasar membebaskan atau meringankan pidana adalah sebuah *selective reconstruction*. Hal ini menimbulkan tanda tanya mengenai model pluralisme hukum yang dipikirkan oleh RUU ini dengan mengakomodasi hukum pidana adat. Alih-alih mensinergikan sistem hukum negara dengan sistem keteraturan di dalam masyarakat, RUU KUHP justru mengkooptasi Hukum yang Hidup dengan hanya menempatkannya pada bagian-bagian yang memperluas kewenangan negara dalam menjatuhkan pidana. Negara dapat menjadikan Hukum yang Hidup untuk menghukum pihak-pihak yang tidak sejalan dengan pemegang kekuasaan sekalipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Pada titik ini, Hukum yang Hidup justru kehilangan basis ontologisnya sebagai the *'inner order of social associations'*. Bagi Ehrlich, sang penggagas konsep the *living law*, hukum yang mengabaikan interaksi sosial dan perspektif masyarakat pengembannya adalah hukum yang mati dan tidak lagi punya makna (Witteveen, 2003: 222).

Dengan konstruksi berpikir seperti di atas, dapat dikatakan bahwa RUU KUHP mengarah pada pembentukan pluralisme hukum yang lemah. Hukum pidana formal dalam kedudukan yang kuat dan hukum pidana adat lemah. Hukum pidana formal determinan karena menentukan kapan hukum pidana adat mempunyai legitimasi. Hukum pidana formal lah yang menentukan kapan aturan adat berstatus sebagai hukum dan dengan begitu dapat

“RUU KUHP justru mengkooptasi Hukum yang Hidup dengan hanya menempatkannya pada bagian-bagian yang memperluas kewenangan negara dalam menjatuhkan

Pengakuan terhadap hukum adat tidak dapat dimaknai sebatas pada formalisasi atas substansi normanya semata. Hukum adat adalah salah satu pilar dalam gagasan masyarakat atas keteraturan dan ketertiban.

dipaksakan keberlakuannya. Sejatinya, pluralisme hukum yang lemah adalah nama lain untuk sentralisme hukum. Karena itu, RUU KUHP masih ditopang kuat oleh pemikiran-pemikiran Positivisme Hukum.

Pengakuan terhadap hukum adat tidak dapat dimaknai sebatas pada formalisasi atas substansi normanya semata. Hukum adat adalah salah satu pilar dalam gagasan masyarakat atas keteraturan dan ketertiban. Pilar ini terhubung dengan elemen-elemen sosio-kultural lainnya seperti spiritualitas; relasi dengan alam; perilaku dan interaksi simbolik; otoritas, struktur dan relasi sosial; serta nilai-nilai moral yang diwariskan secara intergenerasional. Penghormatan terhadap hukum adat harus diletakkan dalam kerangka yang menghormati berbagai elemen ini sebagai satu kesatuan. Oleh karena itu, rekonstruksi parsial atas Hukum yang Hidup dalam RUU KUHP justru mengkhianati tujuannya sendiri untuk

menghormati hukum adat sebagai Hukum yang Hidup.

Rekonstruksi parsial ini juga bertentangan dengan semangat konsep *restorative justice* yang selama ini digadag-gadag menjadi paradigma baru dalam hukum pidana Indonesia.⁴ Salah satu elemen kunci *restorative justice* di negara-negara berkembang adalah adanya pengakuan dan upaya negara untuk mendorong mekanisme penyelesaian sengketa berbasis tradisi lokal (adat) yang dilakukan oleh masyarakat itu sendiri. Sementara itu, RUU KUHP justru melakukan sebaliknya. RUU ini hanya mengambil alih legitimasi formal untuk menggunakan berbagai hukum lokal tersebut, namun menegasikan keberadaan institusi sosial yang otoritatif untuk menerapkan hukum tersebut.

Sulit membayangkan institusi penegak hukum (negara) dapat menggunakan orientasi dan metode yang sama seperti yang

diterapkan dalam peradilan adat. Peradilan adat berfokus pada perdamaian dan mengembalikan keseimbangan di masyarakat yang terganggu akibat suatu perbuatan, sehingga setiap sengketa dianggap *unik*.⁵ Itulah sebabnya untuk satu perbuatan yang sama, misalnya perselisihan antar keluarga, satu komunitas adat bisa menyelesaikannya dengan cara yang berbeda-beda tergantung jalan terbaik menurut para pihak.⁶ Dalam proses ini, suara dan kepentingan korban kerap menjadi pertimbangan penting untuk menentukan hukuman atau mekanisme perdamaian.⁷ Metode ini kontras dengan sistem peradilan pidana yang mengedepankan sistem penalaran deduktif yang tertutup (*close-logical system*) dan mengedepankan kepastian hukum.

4 *Restorative justice* yang dianggap sebagai pandangan yang lebih progresif dan baru dalam hukum pidana dapat diartikan sebagai proses penanganan tindak kejahatan yang fokus pada pemulihan kerugian yang diderita oleh korban, menjamin pertanggungjawaban pelaku, dan pelibatan komunitas dalam menyelesaikan konflik akibat tindak kejahatan tersebut. Hal ini berbeda dengan pandangan kuno *retributive justice* dalam hukum pidana yang lebih memusatkan penanganan kejahatan pada penghukuman terhadap pelaku, tanpa mempedulikan pemulihan kerugian korban kejahatan. *Lebih lanjut lihat* United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, (New York: United Nations, 2006), hal. 6.

Lihat juga Eva Achjani Zulfa, *Restorative Justice in Indonesia: Traditional Value*, vol. 2, no. 1 (2011), hal. 34-42. dan United Nations, *Access to Justice in the Promotion and Protection of the Rights of Indigenous Peoples: Restorative Justice, Indigenous Juridical Systems, and Access to Justice for Indigenous Women, Children and Youth, and Persons with Disabilities, Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc. A/HRC/27/65 (2014), hal. 7.

5 Jaspian, *Perplexity of Legal Syncretism in Indonesia* (1964), hal. 257.

6 Misal di Komunitas Adat Marena Sulawesi Tengah, kepala adat bertindak sebagai mediator jika para pihak ingin menyelesaikan perkara secara *privat*, namun juga bisa bertindak sebagai *hakim peradilan adat*, jika perkara dibawa ke sidang peradilan adat yang terbuka untuk umum. *Berdasarkan hasil wawancara dengan Tina Ngata Marena Kulawi pada 24 November 2017*.

7 United Nations, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, (New York, United Nations, 2006), hlm. 6.

2. ANCAMAN DISTORSI DALAM PENDOKUMENTASIAN HUKUM ADAT

Sebagai pengusung Positivisme Hukum, RUU KUHP menghendaki hukum pidana adat didokumentasikan. Kebutuhan ini sesuai dengan ajaran Positivisme Hukum yang mengendaki aturan untuk dituliskan atau ius yang dikonstitutumkan. Bentuk ini beserta proses membuatnya ditempatkan sebagai penentu validitas hukum pidana adat. Pikiran semacam ini tidak membayangkan hukum pidana adat dikenali dari kehidupan sosial sehari-hari karena dianggap dapat membangkitkan ketidakpastian. Karena itu, hukum pidana adat yang hidup dalam praktek sosial sehari-hari harus dipoitifkan dengan cara dituliskan. Padahal, dengan menuliskannya, hukum pidana adat sejatinya sudah kehilangan karakter *the living law*.

Tim perancang RUU KUHP membicarakan tiga kemungkinan cara untuk memberlakukan hukum pidana adat atau menentukan keberadaan hukum pidana adat, yaitu (Gunarto, 2018):

- 1) Peradilan adat dihidupkan kembali;
- 2) Pemberlakuan Perda yang memuat perbuatan pidana adat yang masih berlaku di daerah setempat; dan
- 3) Kompilasi hukum adat.

Cara kedua dan ketiga sama-sama berujung pada penulisan hukum adat. Bedanya, cara kedua menjadikan hukum

pidana adat memiliki daya laku (*enforceability*) tapi tidak untuk cara ketiga. Seperti mekanisme *restatement*, cara ketiga hanya akan menghasilkan hukum adat tertulis yang otoritatif namun tidak mengikat. Untuk cara kedua, sekalipun memiliki kekuatan mengikat, hukum-hukum pidana adat yang ditetapkan lewat Perda bukanlah merupakan kodifikasi karena tidak mengenai topik-topik tertentu dalam hukum adat dan tidak disusun secara sistematis. Kendati tidak memiliki skala yang sama dengan kodifikasi hukum adat, penulisan melalui Perda tetap berpotensi mendatangkan ancaman distorsi.

Penyediaan sumber tertulis Hukum Pidana Adat akan berhadapan dengan tantangan bagaimana melangsungkan penulisan dengan metode dan proses yang tepat. Metode menyangkut kerangka pikir yang digunakan dalam menuliskan Hukum Adat ke dalam susunan yang logis. Adapun proses berkenaan dengan langkah-langkah dan pihak-pihak yang terlibat di dalamnya. Tantangan dari segi metode adalah bagaimana mengubah bentuk Hukum Adat menjadi tertulis tanpa mereduksi atau menghilangkan substansi ketika bentuknya masih tidak tertulis. Kerangka pikir yang digunakan dalam penulisan berpotensi menyingkirkan elemen-elemen Hukum Adat tidak tertulis yang tidak cocok dengan kerangka yang sedang digunakan.

Sedangkan dari segi proses, tantangannya adalah menentukan pihak-pihak yang terlibat dalam penulisan dalam situasi masyarakat hukum adat yang terdiferensiasi dan di sana-sini masih mempraktekan budaya feodal. Bila diferensiasi dan budaya feodal tidak diperhatikan hukum-hukum adat yang dituliskan berpotensi hanya merefleksikan kepentingan kelompok dominan atau melanggengkan struktur sosial yang menyebabkan ketidakadilan. Gagasan atas adat tidak selamanya apolitis. Sebaliknya, adat menjelma sebagai gagasan yang berpengaruh dalam konflik di berbagai daerah di Indonesia, baik yang muncul sebagai isu agama (Bubandt, 2004) atau etnisitas (Davidson, 2007). Aktor-aktor adat juga menjadi bagian dalam apa yang disebut Tania Li (2018) sebagai "*mafia system*" di sektor perkebunan Indonesia. Perusahaan perkebunan yang ingin mendapatkan lahan akan mendekati kepala adat untuk memberi mereka legitimasi sosial. Pada saat yang sama, kelompok masyarakat juga menggunakan sanksi adat untuk menekan perusahaan agar memenuhi tuntutan mereka (Li, 2018). Dalam situasi yang demikian, gagasan atas adat lebih banyak dimainkan oleh elit-elit adat dibandingkan dengan masyarakat adat pada umumnya.

E. SIKAP KOALISI MASYARAKAT SIPIL TERHADAP HUKUM YANG HIDUP DI RUU KUHP

Berdasarkan pembahasan pada bagian-bagian sebelumnya, Koalisi Masyarakat Sipil melihat bahwa pengaturan Hukum yang Hidup dalam RUU KUHP mengandung setidaknya empat kelemahan mendasar.

Pertama, penggunaan dan pemaknaan atas istilah 'Hukum yang Hidup' dalam RUU KUHP dilakukan secara inkonsisten. Akibatnya, tidak ada kejelasan mengenai konsep apa yang sebenarnya dirujuk oleh istilah 'Hukum yang Hidup dalam masyarakat' dan bagaimana konsep tersebut terhubung dengan istilah-istilah yang lain seperti hukum adat, norma kesusilaan atau 'nilai hukum dan keadilan yang hidup'. Argumen untuk mempromosikan hukum pidana adat dan asas legalitas yang tidak kaku, ternyata berujung pada potensi perluasan kemampuan Negara menghukum pelaku pidana dengan dalil melanggar Hukum yang Hidup. Disisi lain lembaga adat kehilangan otoritasnya untuk menjalankan sendiri sistem hukum adat.

Ketiga, oleh tim perumus RUU KUHP, pengakomodasian Hukum yang Hidup akan dilanjutkan dengan upaya pendokumentasian hukum adat di berbagai daerah dan memformulkannya dalam perda. Penulisan hukum adat dengan cara mengkompilasinya menyisakan sebuah pertanyaan besar mengenai statusnya sebagai 'Hukum yang Hidup'. Dalam Naskah Akademik RUU KUHP, Hukum yang Hidup dianggap merupakan terjemahan dari istilah 'the living law'. Anggapan semacam ini perlu dipahami risikonya pada nasib hukum adat yang dituliskan dan juga pada nasib hukum adat yang tidak dituliskan. Dengan mengartikan 'the living law' sebagai aturan-aturan yang hidup dan dipraktikkan dalam pergaulan sosial dan karena itu tidak dituliskan, maka aturan-aturan adat yang dituliskan bukan lagi kategori Hukum yang Hidup.

Kedua, alih-alih mengakui dan menghormati keberadaan hukum adat, pengambilalihan norma-norma adat ini justru menunjukkan apropriasi dan penyalahgunaan hukum adat oleh negara. Bekerjanya hukum adat tidak bisa didasarkan pada rasio deduktif yang tertutup yang mengasumsikan norma sebagai premis mayor dan determinan terhadap peristiwa hukumnya. Sebaliknya, setiap kasus/ peristiwa dalam perspektif adat adalah unik dan terbuka kemungkinan untuk diselesaikan dengan cara yang berbeda-beda. Disamping itu, mekanisme penyelesaian sengketa adat juga selalu terhubung dengan elemen sosio-kultural yang lain seperti spiritualitas serta struktur dan relasi sosial. Konstruksi Hukum yang Hidup dalam RUU KUHP saat ini, justru menunjukkan pemahaman sebaliknya. Hukum adat diposisikan sebatas bahan materiil yang digunakan dalam logika penegakan hukum yang deduktif dan tertutup. Tanpa adanya pengakuan terhadap keberadaan, hak-hak dan kewenangan masyarakat pengembannya, hukum adat juga dieksklusi dari ruang sosio-kultural dimana hukum tersebut hidup.

Keempat, disamping pembekuan, penulisan hukum adat juga rentan untuk terdistorsi karena relasi sosial yang timpang dan insureksi para elit adat dan perantara. Distorsi ini akan mempertajam diskriminasi terhadap kelompok-kelompok marjinal seperti perempuan, kaum muda, dan penyandang disabilitas. Jika hal ini diabaikan, formalisasi dan kompilasi hanya akan melahirkan hukum adat yang menyimpangi salah satu pedoman pidana menurut RUU KUHP yaitu penegakan keadilan.

F. REKOMENDASI

Keempat persoalan mendasar dalam konstruksi Hukum yang Hidup di RUU KUHP terutamanya disebabkan oleh tidak akuratnya RUU ini dalam memahami Hukum yang Hidup dalam masyarakat, karakter serta metode-metode pengakomodasiannya. Dengan kata lain, jika RUU KUHP ingin menunjukkan penghormatan terhadap hukum adat dan sekaligus memastikan

penghormatan tersebut sejalan dengan koridor kebangsaan dan kemanusiaan, maka penting bagi RUU ini untuk memaknai Hukum yang Hidup dari perspektif 'pluralisme hukum'.

Dalam bagian ini, kami juga melihat bahwa pluralisme hukum adalah sebuah kenyataan yang perlu dipahami sekaligus dikelola dengan tepat. Hukum yang Hidup tidak hanya hukum adat, melainkan juga hukum-hukum

non negara lainnya. Bersama dengan hukum yang ditetapkan negara, berbagai gagasan atas hukum ini saling mengadopsi sekaligus berkontestasi satu dengan yang lain.

Menyadari kompleksitas di atas, kami merekomendasikan dua poin untuk menjadi landasan dalam pengakomodasian hukum adat dalam sistem hukum pidana nasional.

1. PENGAKOMODASIAN YANG UTUH ATAS HUKUM ADAT

Hal ini berarti mengakui keberadaan hukum adat sebagai bagian dari mekanisme keteraturan non-negara yang efektif untuk menyediakan akses terhadap keadilan. Dengan kata lain, akomodasi terhadap hukum adat perlu berada dalam kerangka pengakuan terhadap masyarakat hukum adat.

Lalu, bagaimana RUU KUHP dapat berperan untuk mewujudkan pengakomodasian yang utuh tersebut? Terdapat setidaknya dua cara untuk melakukannya:

- a. Kompilasi hukum adat dan penetapannya melalui Perda bukanlah pilihan yang tepat. Kebutuhan untuk mengetahui dan menggunakan hukum adat dalam proses pidana sebaiknya diserahkan kepada hakim melalui kewajiban menemukan Hukum yang Hidup dalam masyarakat dan mempertimbangkan keberadaan hukum adat dalam perkara yang ditangani.
- b. Menempatkan hukum adat tidak hanya sebagai landasan pemidanaan, melainkan juga alasan untuk meringankan, meniadakan hukuman atau menghentikan proses peradilan pidana.⁸
- c. Menghormati dan menyelaraskan proses pidana dengan proses atau hasil penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh masyarakat.
- d. Mewajibkan APH untuk mendengar dan melibatkan masyarakat pengemban hukum adat dalam proses memahami konteks dan kompleksitas sosio-kultural dalam perkara yang berkaitan dengan hukum adat. Sebagai Hukum yang Hidup, hukum adat melampaui hukum yang dinyatakan atau diperintahkan oleh elit/ kepala adat.
- e. Mewajibkan APH untuk memperhatikan catatan dan hasil studi sosial yang berkenaan dengan hukum adat dan masyarakat pengembannya dalam perkara yang berurusan dengan hukum adat.
- f. Mewajibkan aparat penegak hukum untuk menuliskan pertimbangan dan penilaiannya terhadap poin a-e tersebut dalam dokumen resmi yang terbuka untuk publik.

8 Sebagai contoh, inisiatif ini tercermin melalui MOU Penanganan Perkara Pemerintah Sulteng dan Polda Sulteng. Menurut kesepakatan dengan Forum Peradilan Adat Sulawesi Tengah, semua perkara harus diupayakan penyelesaiannya terlebih dahulu melalui peradilan adat, kecuali 5 perkara yang harus langsung dilaporkan ke polisi, yaitu: pembunuhan, pemerkosaan, penyalahgunaan NAPZA, perkara lalu lintas, dan perkara yang berhubungan dengan SARA. Berdasarkan wawancara dengan Kepala Lembaga Adat Marena Kulawi pada 11 Desember 2017.

Menurut Budi Suhariyanto, praktik peradilan pidana pada umumnya menjadikan perdamaian antara pelaku dan korban menjadi bahan pertimbangan untuk meringankan hukuman. Eva Achjani Zulfa juga mendiskusikan pengimplementasian konsep hybrid justice system, dimana dalam beberapa kasus di Indonesia (sebagai contoh kasus Asman Husin Nomor Perkara 1998 K/PID.SUS/2011 dan kasus Tumenggung Celitai dan Mata Gunung Nomor Perkara 21/Pid.B/2009/PN.Srlgn dan 22/Pid.B/2009/PN.Srlgn) perdamaian secara adat tidaklah menghilangkan kewenangan menuntut dan mengadili perkara pidana, namun menjadi pertimbangan untuk meringankan hukuman. Lihat Budi Suhariyanto, "Kedudukan Perdamaian sebagai Penghapus Pemidanaan Guna Mewujudkan Keadilan dalam Pembaruan Hukum Pidana", *Rechtsvinding* (6: 2017), hlm. 8. Lihat juga Eva Achjani Zulfa, "Eksistensi Peradilan Adat dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia", http://bphn.go.id/data/documents/lampiran_makalah_dr_eva_achjani_sh_mh.pdf.

2. KETERHUBUNGAN DENGAN RUU MASYARAKAT ADAT

Akomodasi yang utuh sebagaimana disampaikan dalam poin pertama membutuhkan kesadaran bahwa hukum adat adalah struktur sosial yang integral dengan masyarakat adat. Oleh karena itu, ikhtiar untuk mengakui dan menghormati hukum adat harus didasarkan pada keberadaan, hak dan kewenangan masyarakat adat. Lewat pembentukan RUU Masyarakat Adat, kita sebenarnya telah memulai mendudukkan hukum adat (termasuk pidana adat) dalam semangat pluralisme hukum. RUU Masyarakat Adat tidak hanya mengatur hukum adat sebagai syarat formal identifikasi masyarakat adat, melainkan juga mengakui kewenangan masyarakat adat untuk menggunakan hukum adat dalam menyelesaikan sengketa di wilayahnya.

Dengan demikian, rencana RUU KUHP untuk mengatursendiri

pengakuan terhadap hukum adat menjadi lemah urgensinya. Selain itu, konstruksi yang parsial dari RUU KUHP juga bertentangan dengan semangat pengakuan yang komprehensif dalam RUU masyarakat Adat. Situasi ini justru berpotensi meneruskan langgam legislasi kita yang inkonsisten, sektoral dan saling menegasikan satu dengan yang lain.

Sebagai penutup, suatu pelajaran berharga dari proses penyusunan RUU KUHP bahwa akomodasi terhadap Hukum yang Hidup oleh hukumpidana nasional tidak cukup hanya mengandalkan semangat dan pengetahuan yang bersifat umum. Isu-isu doktrinal yang masih terdapat dalam RUU KUHP dan tidak digunakannya konsep pluralisme hukum yang tepat dalam menjelaskan akomodasi hukum pidana adat ke dalam hukum pidana nasional, merupakan suatu pertanda yang jelas bahwa konsep pemikiran

yang kuat belum menyertai penyusunan RUU ini.

Saat ini, tidak banyak lagi perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana yang belum diatur dalam KUHP atau undang-undang di luar KUHP. Kalaupun ada, pada prakteknya masyarakat adat telah memiliki mekanisme sendiri untuk menyelesaikan pelanggaran atau kejahatan yang terjadi di wilayahnya. Praktek ini telah berlangsung tanpa atau dengan intervensi yang minimal dari proses penegakan hukum pidana formal. Tanpa adanya argumentasi berbasis riset yang menyatakan bahwa formalisasi hukum adat dapat membuat penerapan hukum adat dapat lebih efektif, sudah sepatutnya pembentuk undang-undang menarik inisiatif mengatur hukum adat atau Hukum yang Hidup dalam RUU KUHP.

G. REFERENSI

- A.N. Allot ed., (1980). *The Limits of the Law*. Butterworth.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN). (2015). Draft Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Jakarta: Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia
- Bräuchler, Birgit. (2016). *The Revival Dilemma: Reflections on Human Rights, Self-Determination and Legal Pluralism in Eastern Indonesia*, <https://doi.org/10.1080/07329113.2010.10756648>
- Bubandt, N. (2014). *Towards a new politics of tradition? Decentralisation, conflict, and adat in Eastern Indonesia*. Antropologi Indonesia.
- Davidson, J. S. (2007). *Culture and rights in ethnic violence*. In the Revival of Tradition in Indonesian Politics (pp. 244-266). Routledge.
- Gunarto, Marcus Priyo. (2018,). 'Asas Legalitas, Kriminalisasi, Pidanaan dalam R-KUHP Serta Dampaknya Terhadap Hukum Pidana Nasional'. Disampaikan pada 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", Koalisi Perempuan Indonesia, Kamis - Jumat, 15-16 Maret 2018 di Jakarta
- Kosnoe, Muhammad (1979). *Catatan-catatan terhadap Hukum Adat Dewasa ini*. Surabaya: Airlangga University Press.
- Li, T. M. (2018). *After the land grab: Infrastructural violence and the "Mafia System" in Indonesia's oil palm plantation zones*. *Geoforum*, 96, 328-337.
- Muladi. *Hukum Pidana Adat (The Living Law) dalam RKUHP*. Paper dipresentasikan dalam Workshop RKUHP yang diselenggarakan ELSAM di Hotel Sari Pan Pacific, 2 Mei 2018.
- Tanpa Nama. (2019). Draft Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana (Buku Kesatu dan Buku Kedua), Versi 28 Agustus 2019.
- Ubink, Janine (2011). 'Stating the Customary: An Innovative Approach to the Locally Legitimate Recording of Customary Law in Namibia, Working Paper, Paper 8, International Development Law Organization and Van Vollenhoven Institute.
- Urano, Mariko (2010). *The Limit of Tradition: Peasant and Land Conflict in Indonesia*. Kyoto: Kyoto University Press.
- von Benda-Beckmann, Franz & von Benda-Beckmann, Keebet (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. (J-H. Jezequel, ed., 2006)
- Witteveen, Willem J. (2003). *Law's Beginning*. dalam Feldbrugge, F.J.M. (ed) *The Law's Beginning*. Brill Academic Publishers, Leiden

LAMPIRAN I: Matriks Pengaturan Hukum yang Hidup (dan istilah lain yang terasosiasi dengannya) dalam RUU Hukum Pidana)

NO	PASAL	MATERI PENGATURAN	
1	2 ayat (1)	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 Undang-Undang ini	
2	2 ayat (2)	Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam 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	
3	12 ayat (2)	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.	
4	180	Pornografi adalah gambar, sketsa, ilustrasi, foto, suara, bunyi, gambar bergerak, animasi, kartun, percakapan, gerak tubuh, atau bunyi pesan lainnya melalui berbagai bentuk media komunikasi dan/atau pertunjukan di muka umum, yang memuat kecabulan atau eksploitasi seksual yang melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat.	
5	Pasal 598 ayat (1)	<i>Setiap Orang, yang melakukan perbuatan yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang, diancam dengan pidana</i>	
6	Menimbang Huruf c	bahwa materi hukum pidana nasional juga harus mengatur keseimbangan antara kepentingan umum atau negara dan kepentingan individu, antara perlindungan terhadap pelaku tindak pidana dan korban tindak pidana, antara unsur perbuatan dan sikap batin, antara kepastian hukum dan keadilan, antara hukum tertulis dan hukum yang hidup dalam masyarakat, antara nilai nasional dan nilai universal, serta antara hak asasi manusia dan kewajiban asasi manusia	
7	54 ayat (1) huruf k	Dalam pemidanaan wajib dipertimbangkan: (salah satunya) nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat	
8	56 ayat (1) huruf g	Dalam pemidanaan terhadap Korporasi wajib dipertimbangkan: (salah satunya) nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat	
9	66 ayat (1) huruf f	Pidana tambahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 64 huruf b terdiri atas: (salah satunya) pemenuhan kewajiban adat setempat.	
10	96 ayat (1)	Pidana tambahan berupa Pemenuhan kewajiban adat setempat diutamakan, jika Tindak Pidana yang dilakukan memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (2).	
11	96 ayat (2)	Pemenuhan kewajiban adat setempat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dianggap sebanding dengan pidana denda kategori II dan dapat dikenakan pidana pengganti untuk pidana denda, jika kewajiban adat setempat tidak dipenuhi atau tidak dijalani oleh terpidana.	

	KONTEKS PENGATURAN	ISTILAH YANG DIGUNAKAN
	dasar pidana	Hukum yang hidup dalam masyarakat
	dasar pidana	Hukum yang hidup dalam masyarakat
	dasar pidana	Hukum yang hidup dalam masyarakat
	dasar pidana	norma kesusilaan dalam masyarakat
	dasar pidana	Hukum yang hidup dalam masyarakat
	pertimbangan dalam pidana	Hukum yang hidup dalam masyarakat
	pertimbangan dalam pidana	nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat
	pertimbangan dalam pidana	nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat
	jenis-jenis pidana	kewajiban adat setempat
	jenis-jenis pidana	kewajiban adat setempat
	jenis-jenis pidana	kewajiban adat setempat

NO	PASAL	MATERI PENGATURAN	
12	97	Pemenuhan kewajiban adat setempat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dianggap sebanding dengan pidana denda kategori II dan dapat dikenakan pidana pengganti untuk pidana denda, jika kewajiban adat setempat tidak dipenuhi atau tidak dijalani oleh terpidana.	
13	116 huruf b	Pidana tambahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 114 huruf b terdiri atas: (salah satunya) pemenuhan kewajiban adat	
14	120 ayat (1) huruf d	Pidana tambahan bagi Korporasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 118 huruf b terdiri atas: (salah satunya) pemenuhan kewajiban adat	
15	Pasal 598 ayat (2)	Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berupa pemenuhan kewajiban adat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 ayat (1) huruf f.	

	KONTEKS PENGATURAN	ISTILAH YANG DIGUNAKAN
	jenis-jenis pidana	kewajiban adat setempat
	Jenis-jenis pidana	kewajiban adat
	jenis-jenis pidana	kewajiban adat
	jenis-jenis pidana	kewajiban adat

LAMPIRAN II

IDENTIFIKASI PERSOALAN SERTA IMPLIKAS HUKUM DAN SOSIAL DARI PENGATURAN HUKUM YANG HIDUP/ HUKUM ADAT DALAM RUU KUHP

NO	KATEGORI	KERANGKA PENGATURAN SAAT INI
1	Peristilahan	<p>Dalam RUU KUHP, 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.</p> <p>Dalam RKUHP maupun naskah akademiknya, kerangka konseptual dari kelima istilah ini tidak pernah diposisikan dengan jelas dan konsisten. Menjadi kabur, misalnya, dalam hal apa Hukum yang Hidup berbeda dengan hukum adat atau norma kesusilaan. RKUHP tidak mengatur lebih lanjut implikasi hukum dari pembedaan ini</p>
2	Rekonstruksi Parsial atas Hukum Adat	<p>Pasal 12 RUU KUHP menempatkan Hukum yang Hidup dalam fungsinya untuk memperluas kewenangan negara dalam menjatuhkan pidana: <i>meskipun suatu perbuatan tidak mengandung sifat melawan hukum, perbuatan tersebut dapat dipidana berdasarkan hukum yang hidup dalam masyarakat.</i></p> <p>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.</p>
3	Kompilasi Hukum Adat	<p>Narasi yang dominan mengenai bagaimana Hukum yang Hidup akan dioperasionalkan mengarah pada kompilasi hukum adat melalui peraturan daerah.</p> <p>Kompilasi ini merupakan upaya pendokumentasian hukum adat dalam bentuk yang sistematis dan terukur. Pendokumentasian adalah proses pembekuan hukum adat yang hanya mencerminkan hukum adat yang berlaku selama proses penulisan saja. Pada kenyataannya, hukum adat terus bertransformasi dengan dinamis lewat interaksinya dengan sistem normatif yang lain.</p>

POTENSI PERSOALAN SERTA IMPLIKASI HUKUM DAN SOSIALNYA	
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Menimbulkan ketidakpastian hukum. 2. Menimbulkan kebingungan dalam penegakan hukum untuk menentukan aturan mana yang dapat dianggap sebagai hukum adat, Hukum yang Hidup, norma kesusilaan atau nilai hukum dan keadilan yang hidup. 3. Pelaksanaan norma akan banyak mengandalkan diskresi penegak hukum 4. Rentan untuk ditafsirkan berbeda dan dikooptasi oleh aparat penegak Hukum dan aktor-aktor di lapangan
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Negara dapat menjadikan Hukum yang Hidup untuk menghukum pihak-pihak yang tidak sejalan dengan pemegang kekuasaan sekalipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. 2. Pada saat yang sama, masyarakat tidak dapat menggunakan Hukum yang Hidup untuk mendapatkan keringan hukuman atau sebagai alasan penghapus pidana. 3. Putusan pengadilan adat tidak mendapat tempat untuk dipertimbangkan dan diintegrasikan dalam putusan pengadilan formal. 4. Dapat berujung pada penuntutan berlapis (oleh adat dan oleh negara) 5. Dapat menimbulkan konflik antar sistem hukum ketika negara menganggap suatu perbuatan sebagai tindak pidana, sementara masyarakat tidak menganggapnya sebagai perbuatan yang pantas dipidana. 6. Tidak mengatasi persoalan nyata yang timbul karena koeksistensi beberapa sistem hukum di dalam yurisdiksi yang sama (pluralisme hukum).
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Proses kompilasi akan menghadapi dilemma: apakah akan menuliskan hukum adat sebagaimana adanya atau menuliskan hukum adat yang dapat diterima oleh kerangka berpikir hukum modern (adat yang dimodifikasi). 2. Pilihan terhadap opsi pertama, maka bagaimana negara akan mengelola pertentangan antara hukum adat dan hukum negara/ prinsip-prinsip HAM dan nilai-nilai kemanusiaan. 3. Jika memilih opsi kedua, maka kompilasi akan mendorong dualitas Hukum Adat: Hukum Adat versi negara dan Hukum Adat versi masyarakat. Sebagai Hukum yang Hidup, hukum mana yang menjadi acuan penegakan hukum? 4. Membutuhkan jumlah perda kompilasi yang sangat banyak, karena dalam satu kabupaten bisa terdapat lebih dari satu masyarakat adat yang memiliki hukum adat yang berbeda-beda. 5. Membutuhkan waktu puluhan, atau bahkan ratusan, tahun untuk melakukan kompilasi seluruh hukum adat di Indonesia. 6. Bertentangan dengan beberapa karakter dasar hukum adat: <ol style="list-style-type: none"> a. Dinamis dan fleksibel b. Berorientasi pada keseimbangan, bukan pada penjatuhan sanksi c. Berorientasi pada kepentingan komunal dibandingkan individu. (Proses pidana di Indonesia masih menekankan pada manusia sebagai individu) d. <i>Non-Pre-Existente Regels</i> (hukum muncul setelah peristiwa); e. Tidak hanya berlaku berdasarkan asas teritorial, melainkan juga asas personalitas. 7. <i>Contradictio interminis</i> dengan istilah 'Hukum yang Hidup dalam masyarakat' yang digunakan oleh RKUHP. 8. Distorsi hukum adat ketika dituliskan dengan pendekatan yang berbasis pengetahuan hukum modern 9. Kooptasi dan distorsi hukum adat oleh elit-elit adat dan perantara (<i>intermediaries</i>) yang muncul dari hubungan sosial yang feodalistik dan koruptif 10. Memecah belah masyarakat karena perebutan legitimasi atas siapa yang berhak menentukan hukum adat yang dikompilasi. 11. Diskriminasi struktural terhadap kelompok rentan di masyarakat seperti perempuan, anak dan transgender.

NO	KATEGORI	KERANGKA PENGATURAN SAAT INI	
4	Implementasi Norma di lapangan	Hingga saat ini belum cukup jelas bagaimana pasal 2 RKUHP dan pasal-pasal lain yang berkaitan dengan Hukum yang Hidup akan dioperasionalkan di lapangan.	

POTENSI PERSOALAN SERTA IMPLIKASI HUKUM DAN SOSIALNYA	
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Membutuhkan penyesuaian yang sistematis dengan merevisi peraturan perundang-undangan yang lain, seperti: KU-HAP, UU Kepolisian; Kejaksaan; Kekuasaan Kehakiman dan legislasi lainnya. 2. Membutuhkan serangkaian pelatihan dan peningkatan kapasitas bagi ribuan aparat penegak hukum untuk memahami hukum adat dan menegakkan hukum sesuai semangat RKUHP; 3. Tidak adanya hukum acara yang selaras dengan semangat pluralisme hukum akan menyebabkan kerancuan dan kebingungan di kalangan penegak hukum terkait dengan: <ol style="list-style-type: none"> a. apa yang dimaksud hukum adat/ Hukum yang Hidup dan bagaimana menemukannya dalam perilaku dan interaksi masyarakat; b. bagaimana proses penegakan hukum atas perkara adat tersebut; c. dalam hal apa keterangan fungsionaris adat mengikat penegak hukum dan memiliki kekuatan pembuktian; d. bagaimana memosisikan keputusan masyarakat / sidang adat yang telah menyelesaikan perkara adat yang bersangkutan; e. bagaimana negara menjamin penggunaan hukum adat tidak bertentangan dengan HAM, hak-hak warga negara dan hak-hak kelompok rentan; f. bagaimana mengoperasionalkan <i>margin of appreciation</i> seperti dalam frasa di Pasal 2 ayat (2) RKUHP “<i>sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, UUD 1945, HAM, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab</i>”

