



HUKUM (SANKSI) PIDANA ADAT DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL

Nyoman Serikat Putra Jaya

Fakultas Hukum Universitas Diponegoro

Jalan Prof. Soedarto, S.H Tembalang

Email: putrajaya1948@yahoo.co.id

Abstract

Development of Indonesian criminal law is an effort to make the Indonesian people that has aspired by Constitution. One of them through the reform of the legal system that fully recognizes and respects customary law. Criminal Code draft put the customary law position in a very fundamental principle. Sources of law or legal foundation to declare an act as a criminal offense, based not only legislation, but also based on the principle of material legality by give the place to the adat law.

Keywords: Adat Penal Law; Development of Indonesian Criminal Law.

Abstrak

Pembangunan hukum pidana Indonesia merupakan suatu upaya untuk membentuk masyarakat Indonesia yang dicita-citakan. Salah satunya melalui penataan sistem hukum yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum adat. RUU KUHP memposisikan hukum adat dalam asas yang sangat fundamental. Sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, tidak hanya didasarkan undang-undang, tetapi juga didasarkan pada asas legalitas materiil yaitu dengan memberi tempat kepada hukum adat.

Kata Kunci: Hukum Pidana Adat; Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia.

A. Pendahuluan

Pembangunan secara harfiah pada hakikatnya adalah suatu kegiatan yang bersifat mengubah keadaan dari yang lama menjadi baru, yang dilaksanakan secara bertahap. Oleh karena itu sasaran pembangunan adalah manusia Indonesia, maka perubahan yang diinginkan itu selain tertuju pada kebutuhan, juga akan mengubah sikap dan tingkah laku manusia itu sendiri. Oleh karena itu, pelaksanaan pembangunan perlu ditunjang oleh hukum sebagai pengarah dan sarana menuju masyarakat Pancasila yang kita cita-citakan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sejalan dengan itu, dalam masa pembangunan ini, sebenarnya hukum tidak hanya diharapkan akan mampu berfungsi sebagai sarana pembaharuan masyarakat dan pengayom masyarakat, tetapi tampil di depan memberi arah pada pembentukan suatu masyarakat yang dicita-citakan. Oleh karena itu, yang perlu dilakukan adalah menata

sistem hukum yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang bersifat diskriminatif termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi.

Salah satu kesimpulan Konvensi Hukum Nasional yang diselenggarakan BPHN pada tanggal 15 s/d 16 Maret 2008 tentang Grand Design dalam Perencanaan Legislasi Nasional angka 5 ditentukan,

“Pembangunan Hukum tidaklah terlepas dari sejarah, karena itu dengan telah dimulainya reformasi tidaklah berarti kita memulai segala sesuatunya dari nol. Semua hal yang baik yang ada dalam produk-produk hukum positif yang sudah ada harus menjadi modal pembangunan hukum, sementara yang tidak baik dan tidak sesuai lagi harus kita koreksi dan perbaiki. Pembangunan hukum adalah konsep yang berkesinambungan dan tidak

pernah berhenti sehingga masalah keadilan, penegakan hukum, dan sikap masyarakat terhadap hukum tidak boleh mengabaikan keadaan dan dimensi waktu saat hukum itu ditetapkan/berlaku, selain tidak bijaksana, hal tersebut pada gilirannya juga akan berpotensi mengingkari asas dan kepastian hukum itu sendiri. Menafsirkan hukum dengan metode historis selain metode penafsiran lainnya seperti gramatikal dan sistematis adalah penting untuk dilakukan untuk memahami “roh” hukum yang sesungguhnya”.

Selanjutnya dapat dikemukakan di sini bahwa pembangunan dalam bidang hukum khususnya pembangunan hukum pidana, tidak hanya mencakup pembangunan yang bersifat struktural, yakni pembangunan lembaga-lembaga hukum yang bergerak dalam suatu mekanisme, tetapi harus juga mencakup pembangunan substansial berupa produk-produk yang merupakan hasil suatu sistem hukum dalam bentuk peraturan hukum pidana dan yang bersifat kultural, yakni sikap-sikap dan nilai-nilai yang mempengaruhi berlakunya suatu sistem hukum. Usaha pembaharuan hukum pidana sampai saat ini dilakukan dengan satu tujuan utama, yakni menciptakan suatu kodifikasi hukum pidana materiil untuk menggantikan kodifikasi hukum pidana yang merupakan warisan kolonial, yakni *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* 1915, yang merupakan turunan dari *Wetboek van Strafrecht Negeri Belanda* 1886.¹

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka perlu adanya kajian akademik yang berkaitan dengan posisi hukum (sanksi) pidana adat dalam pembaharuan hukum pidana nasional. Guna memudahkan pemahaman, maka pembahasan akan didasarkan pada permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah landasan yuridis berlakunya hukum pidana adat?
2. Bagaimanakah keterkaitan antara asas legalitas, sifat melawan hukum dan hukum pidana adat?
3. Bagaimanakah RUU KUHP merumuskan ketentuan terkait dengan hukum (sanksi) pidana adat?

B. Pembahasan

1. Landasan Yuridis Berlakunya Hukum Pidana Adat

Sumber hukum pidana Indonesia adalah hukum pidana tertulis dan hukum pidana tidak tertulis. Sumber hukum pidana tertulis adalah KUHP yang berasal dari *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie*, yang mulai berlaku 1 Januari 1918. Sebelum 1 Januari 1918 di Hindia Belanda berlaku 2 WvS, ialah WvS untuk golongan Eropa berdasarkan K.B 1866 No.55 dan WvS untuk orang Bumiputra dan yang dipersamakan berdasarkan *Ordinantie* 6 Mei 1872. Dengan demikian, secara formal hukum pidana adat saat itu tidak diberlakukan oleh pemerintah penjajah Belanda di Hindia Belanda, walaupun secara materiil tetap berlaku dan tetap diterapkan dalam praktek peradilan.

Di era kemerdekaan pemberlakuan hukum pidana adat, mendapat landasan hukum dengan dikeluarkannya UU. No. 1 Drt 1951, khususnya Pasal 5 ayat (3) sub b, yang pada intinya memuat tiga hal:

- a. Tindak pidana adat yang tidak ada bandingnya/padanannya dalam KUHP yang sifatnya tidak berat atau yang dianggap tindak pidana adat yang ringan ancaman pidananya adalah pidana penjara paling lama tiga bulan dan/atau denda lima ratus rupiah (setara dengan kejahatan ringan), sedangkan untuk tindak pidana adat yang berat ancaman pidananya paling lama 10 tahun, sebagai pengganti dari hukuman adat yang tidak dijalani oleh terdakwa.
- b. Tindak pidana adat yang ada bandingannya dalam KUHP, maka ancaman pidananya sama dengan ancaman pidana yang ada dalam KUHP. Misalnya : Tindak Pidana Adat Drati Kerama di Bali yang sebanding dengan zinah menurut Pasal 284 KUHP.
- c. Sanksi adat menurut UU Darurat No.1 Tahun 1951 di atas, dapat dijadikan pidana pokok atau pidana utama oleh hakim dalam memeriksa dan mengadili perbuatan yang menurut hukum yang hidup dianggap sebagai tindak pidana yang tidak ada bandingannya dalam KUHP, sedang yang ada bandingannya

¹Muladi, 1985, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Bandung, Alumni, hlm. 14.

harus dikenai sanksi sesuai dengan KUHP.

Otje Salman Soemadinigrat sebagaimana dikutip Lilik Mulyadi mengemukakan bahwa hukum pidana adat berikut sanksi-sanksi adat diupayakan untuk dihapus dari sistem hukum di Indonesia dan diganti oleh peraturan perundang-undangan sehingga prosedur penyelesaian perkara-perkara pidana pada umumnya disalurkan melalui peradilan umum. Akan tetapi, kenyataannya sampai sekarang masih terdapat hakim-hakim yang mendasarkan putusannya pada hukum adat atau setidaknya pada hukum yang dianggap sebagai hukum adat dengan penafsirannya atas Pasal 5 ayat 3 UU No. 1/Drt/1951 tersebut.² Pengakuan atau pemberian tempat bagi hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum itu, bahkan ditegaskan pula dalam aturan yang bersifat umum, yaitu dalam :

- a. Pasal 18 B (2) UUD 1945 (amandemen ke-2).
Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.
- b. UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
 - 1) Pasal 5 ayat (1) : Hakim dan Hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.
 - 2) Pasal 50 ayat (1) : Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.
- c. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia.

- 1) Putusan Nomor 1644K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991, antara lain menentukan :

“Seseorang yang telah melakukan perbuatan yang menurut hukum yang hidup (hukum adat) di daerah tersebut adalah merupakan suatu perbuatan yang melanggar hukum adat, yaitu “delict adat”. Kepala dan para pemuka adat memberikan reaksi adat (sanksi adat) terhadap si pelaku tersebut. Sanksi adat itu telah dilaksanakan oleh terhukum. Terhadap si terhukum yang sudah dijatuhi “reaksi adat” oleh Kepala Adat tersebut, maka ia tidak dapat diajukan lagi (untuk kedua kalinya) sebagai terdakwa dalam persidangan Badan Peradilan Negara (Pengadilan Negeri) dengan dakwaan yang sama, melanggar hukum adat dan dijatuhi hukuman penjara menurut KUHP (Pasal 5 ayat (3) b Undang-undang Nomor 1 Drt 1951). Dalam keadaan yang demikian itu, maka pelimpahan berkas perkara serta tuntutan Kejaksaan di Pengadilan Negeri, harus dinyatakan “tidak dapat diterima” (*Niet Ontvankelijk Verklaard*)”.³

- 2) Putusan Nomor 984 K/Pid/1996 tanggal 30 Januari 1996, antara lain berpendirian :

“Perbuatan perselingkuhan suami isteri dengan pihak lain yang selama ini dikenal dengan kualifikasi delik perzinahan ex Pasal 284 KUHP, dan kasus ini ternyata bahwa bilamana si pelaku (*dader*) telah dijatuhi sanksi adat atau mendapat reaksi adat oleh para pemangku desa adat, dimana hukum adat masih dihormati dan hidup subur di dalam masyarakat adat yang bersangkutan, maka penuntutan jaksa terhadap para pelaku (*dader*) ex Pasal 284 KUHP secara yuridis harus dinyatakan tidak dapat diterima”.⁴

Dengan demikian Mahkamah Agung mengakui eksistensi hukum pidana adat beserta reaksi adatnya yang

². Lilik Mulyadi, “Eksistensi Hukum Pidana Adat Di Indonesia : Pengkajian Asas, Norma, Teori, Praktik dan Prosedurnya”, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Vol. 2, No. 2, Juli 2013, hlm. 232.

³. Mahkamah Agung, *Varia Peradilan*, Tahun ke VI, No. 72, September 1991

⁴. Mahkamah Agung, *Varia Peradilan*, Tahun ke XII, No. 151, April 1998

masih hidup dalam masyarakat Indonesia.

2. Asas Legalitas, Sifat Melawan Hukum dan Hukum Pidana Adat

Menurut Muladi, mengkaitkan asas legalitas dengan hukum pidana adat secara serampangan, jelas tidak akan cocok. Hukum pidana adat dilandasi falsafah harmoni dan *communal morality* akan bertentangan dengan asas legalitas (*principle of legality*) yang berporos pada : (1) *legal definition of crime*, (2) *punishment should fit the crime*, (3) *doctrine of free will*, (4) *death penalty for some offences*, (5) *no empirical research*, dan (6) *definite sentence*, yang merupakan karakteristik dari aliran klasik. Asas legalitas dalam arti kontemporer dengan spirit yang berbeda dari aslinya, akan lebih demokratis, spirit tersebut adalah : (a) *Forward Looking*, (b) *Restoratif Justice*, (c) *Natural Crime*, (d) *Integratif*⁵

Hukum pidana adat, apabila akan direkriminalisasi (mencakup “*law making*” dan “*law enforcement*”) harus dapat merumuskan secara jelas empat hal di atas, yang apabila dijabarkan lebih lanjut akan mencakup persyaratan sebagai berikut :

- a. Tidak semata-mata untuk tujuan pembalasan dalam arti tidak bersifat *ad hoc*.
- b. Harus menimbulkan kerugian atau korban yang jelas (bisa aktual dalam delik materiil dan bisa potensial dalam delik formal).
- c. Apabila masih ada cara yang lain yang lebih baik dan lebih efektif jangan digunakan hukum pidana.
- d. Kerugian yang ditimbulkan karena pembedaan harus lebih kecil daripada akibat kejahatan.
- e. Harus didukung masyarakat, dan
- f. Harus dapat diterapkan secara efektif.⁶

Diakuinya, hukum pidana adat sesuai dengan ajaran sifat melawan hukum materiil baik dalam fungsinya yang negatif maupun yang positif. Ajaran sifat melawan hukum

formil menentukan suatu perbuatan itu melawan hukum apabila bertentangan dengan hukum tertulis atau undang-undang. Ajaran sifat melawan hukum materiil menentukan suatu perbuatan melawan hukum tidak hanya bertentangan dengan hukum tertulis/ undang-undang tetapi juga bertentangan dengan asas-asas hukum yang hidup di dalam masyarakat. Hukum pidana adat termasuk hukum yang hidup atau *The Living Law* dapat menjadi : Sumber hukum positif; dan, Sumber hukum yang negatif dalam arti ketentuan-ketentuan hukum pidana adat/*The Living Law* dapat menjadi alasan pembenar, memperingan atau alasan memperberat pidana

3. Hukum (sanksi) Pidana Adat dalam RUU KUHP

Kebijakan yang ditempuh oleh bangsa Indonesia dalam rangka melaksanakan pembaharuan hukum pidana, melalui dua jalur, yaitu:

- a. Pembentukan Perundang-undangan pidana yang maksudnya mengubah, manambah, dan melengkapi KUHP yang berlaku sekarang.
- b. Pembuatan Konsep Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional guna menggantikan KUHP yang berlaku sekarang.

Usaha membuat draft RUU KUHP yang maksudnya menggantikan KUHP yang berlaku sekarang sudah dimulai Tahun 1968 sampai dengan sekarang telah tersusun terakhir yaitu Konsep KUHP tahun 2015.

Pasal yang berkaitan dengan hukum (sanksi) Pidana Adat ataupun *The Living Law* dalam RUU KUHP tahun 2015 adalah Pasal 1 dan Pasal 2, yang semula diatur dalam Pasal 1 RUU KUHP sebelumnya.

Pasal 1 Konsep KUHP 2015 menentukan:

- (1) Tiada seorangpun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
- (2) Dalam menetapkan adanya tindak

5. Muladi, “Hukum Pidana Adat dalam Kontemplasi tentang Asas Legalitas”, *Makalah dalam seminar “Reliefungsi Hukum Pidana Adat dan Implementasinya dalam Hukum Pidana Nasional”*, Fakultas Hukum Universitas Udayana, Denpasar, 16 – 17 Desember 1994, hlm. 2

6. *Ibid*, hlm. 3

pidana dilarang menggunakan analogi.

Pasal 2 Konsep KUHP 2015 menentukan :

- (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 perundang-undangan.
- (2) Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, hak asasi manusia dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Berdasarkan Konsep 2015, sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, tidak hanya didasarkan pada asas legalitas formal berdasarkan UU (Pasal 1), tetapi juga didasarkan pada asas legalitas materiil yaitu dengan memberi tempat kepada “hukum yang hidup/hukum tidak tertulis” (Pasal 2). Jadi asas kepastian hukum formal diimbangi juga dengan kepastian hukum secara materiil. Dengan kata lain, sifat melawan hukumnya perbuatan harus didasarkan pada landasan formal (legalitas formal), namun tidak mengurangi eksistensi sifat melawan hukum secara materiil (legalitas materiil).

Perluasan asas legalitas materiil yang memberi tempat kepada hukum yang hidup sebagai sumber hukum ini, didasarkan pada : (a) adanya berbagai kebijakan produk legislatif nasional setelah kemerdekaan ; (b) kajian sosiologis mengenai karakteristik sumber hukum/ asas legalitas menurut pandangan dan pemikiran orang Indonesia yang tidak terlalu formalistik dan terpisah-pisah/parsial ; (c) berbagai hasil penelitian hukum adat ; (d) kesepakatan ilmiah/ seminar nasional; dan (e) berbagai hasil kajian dan dokumen/ statmen pertemuan internasional.

Dalam Konsep walaupun memberi tempat kepada hukum yang hidup sebagai sumber hukum, namun konsep juga memberi batas-batas berlakunya hukum yang hidup sebagai berikut :

- a. Pasal 2 ayat (1) : perbuatan tersebut tidak diatur dalam perundang-

undangan.

- b. Pasal 2 ayat (2) : sepanjang hukum yang hidup dalam masyarakat itu sesuai dengan (1) nilai-nilai Pancasila, (2) hak asasi manusia, dan/atau (3) prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Dengan demikian, berdasarkan perumusan Pasal 2 ayat (2) tersebut, diharapkan dapat menjadi kriteria atau rambu-rambu/pedoman hukum bagi hakim dalam menetapkan “hukum yang hidup dalam masyarakat” atau “*the living law*” sebagai sumber hukum (legalitas materiil). Kriteria ke-1 dan ke-2 bertolak dari rambu-rambu nasional (nilai-nilai Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945) dan kriteria ke-3 bertolak dari “rambu-rambu internasional” (mengacu pada istilah “*the general principles of law recognized by the community of nations*” dalam Pasal 15 ayat (2) ICCPR).

Berdasarkan perspektif kajian perbandingan dan kajian keilmuan, pengakuan terhadap eksistensi hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum bukanlah sesuatu yang asing. Hal ini dapat dijelaskan sebagai berikut :

- a. Hukum kebiasaan atau hukum yang hidup mendapat tempat sebagai sumber hukum dalam tradisi *common law system* maupun dalam sistem hukum adat (*traditional system law*).
- b. Adanya teori/doktrin/ajaran “SMH (sifat melawan hukum) materiil”, teori “perbuatan fungsional” atau pengertian “perbuatan dari sudut ilmiah”, adanya doktrin “tiada pidana tanpa kesalahan”, dan diakuinya “pendapat ahli/pakar” atau “ilmu pengetahuan” dalam praktek penegakan hukum, pada dasarnya mengandung arti bahwa yang dapat menjadi sumber hukum (sumber kepastian) tidak hanya kepastian formal menurut UU (Hukum tertulis), tetapi juga “kepastian yang bersifat materiil/substansial”. Jadi tidak hanya ada “*certainty of law*” atau “*formal certainty*” tetapi juga ada “*certainty of (by/in) unwritten law*” atau “*substantive/material certainty*”.
- c. Sewaktu menjelaskan KUHP Belanda,

Lesing mengemukakan pada intinya, bahwa secara formal memang “*case law/unwritten law/ongeschreven recht*” bukanlah sumber hukum. Namun dalam praktek *case law* itu merupakan sumber hukum yang amat penting, antara lain dengan diakuinya alasan penghapus pidana di luar UU berupa “tidak adanya sifat melawan hukum” (*absence of blameunlawfulness*) dan “tidak adanya kesalahan/sifat pencelaan” (*absence of blameworthiness*).⁷

Dokumen-dokumen internasional juga memberi peluang diterapkannya “prinsip-prinsip” hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa atau “hukum kebiasaan internasional”, seperti :

- a. Artikel 15 ayat (2) Konvensi Internasional tentang Hak-Hak Politik dan Sipil. Tidak sesuatupun dalam pasal ini yang akan menghambat hak pengadilan dan pidanaan terhadap perbuatan seseorang (tidak berbuat), yang pada saat dilakukan merupakan kejahatan menurut prinsip-prinsip hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa.
- b. Artikel 15 Konvensi Internasional tentang Hak-Hak Politik dan Sipil. Pasal ini memuat sumber hukum yang dapat dijadikan dasar untuk mempertanggungjawabkan seseorang secara pidana, yaitu :
 1. Hukum nasional atau internasional dan
 2. Prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.
- c. Pembentukan :
 1. *The International Military* (IMT) yang berkedudukan di Nurenberg;
 2. *The International Military Tribunal for the far East* (IMTFE) yang berkedudukan di Tokyo ;
 3. *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* di Den Haag ; dan
 4. *The International Criminal Tribunal* untuk Rwanda di Arusha yang mengadopsi hukum kebiasaan

International guna mengadili dan memidana para pelaku kejahatan perang atau para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan sehingga mereka tidak diuntungkan dengan adanya praktik impunity.

Di samping merumuskan asas legalitas sebagai “landasan yuridis” untuk menyatakan kapan suatu perbuatan “*feit*” merupakan “tindak pidana” (*strafbaar feit*). Konsep juga merumuskan “batasan/pengertian yuridis” tentang sifat/hakikat tindak pidana, dalam Pasal 12 Konsep. Alur pemikiran yang melatarbelakangi perumusan pasal tersebut, merupakan kelanjutan asas legalitas materiil (sifat melawan hukum materiil) dalam Pasal 2 Konsep. Dengan adanya batasan/ pengertian yuridis diatas suatu perbuatan yang sudah memenuhi rumusan delik dalam Undang-undang, tidak otomatis (tidak serta merta) dapat dinyatakan sebagai tindak pidana. Untuk dapat dinyatakan sebagai tindak pidana (sebagai salah satu syarat dapat dijatuhi pidana) perbuatan yang telah memenuhi rumusan delik dalam UU itu (melawan hukum secara formal), harus juga bersifat melawan hukum secara materiil (Pasal 12 ayat 2) dengan menegaskan bahwa setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum (Pasal 12 ayat 3).

Konsep berpendirian bahwa sifat melawan hukum merupakan unsur mutlak dari tindak pidana. Artinya walaupun dalam perumusan delik tidak dirumuskan secara tegas adanya unsur melawan hukum, namun suatu perbuatan yang telah dirumuskan sebagai tindak pidana dalam undang-undang harus selalu dianggap bersifat melawan hukum. Jadi perumusan formal dalam undang-undang harus dilihat sebagai faktor atau ukuran obyektif untuk menyatakan suatu perbuatan melawan hukum. Ukuran Formal atau objektif itupun masih harus diuji secara materiil, apakah ada alasan pembenar atau tidak dan apakah perbuatan itu betul-betul bertentangan dengan kesadaran hukum bermasyarakat.⁸

Penulis dalam pidato pengukuhan jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum UNDIP, berpendirian harus ada pergeseran

7. Barda Nawawi Arief, 2008, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia (Perspektif Perbandingan Hukum)*, Semarang, Penerbit Pustaka Magister, hlm. 24 – 25.

8. *Ibid*, hlm. 31 – 32.

wawasan atau paradigma dalam memaknai Asas Legalitas dan Asas Keadilan sehubungan dengan Pemberlakuan Hukum Pidana secara Retroaktif sebagai berikut :

Pertama, Asas Legalitas hanya memberikan perlindungan kepada individu pelaku tindak pidana dan kurang memberikan perlindungan kepada masyarakat/kelompok masyarakat yang menjadi korban tindak pidana, sehingga akses untuk memperoleh keadilan bagi korban terutama korban kolektif terhambat. Kedua, Meskipun asas legalitas diakui sebagai asas yang fundamental, namun berlakunya tidak secara mutlak ketika perbuatan tersebut bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa. Ketiga, Pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif merupakan pengecualian dari asas legalitas atas dasar “*extra ordinary crimes*”, seperti pelanggaran HAM yang berat. Keempat, Pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif merupakan penyeimbang asas legalitas yang semata-mata berpatokan pada “kepastian hukum” dan “asas keadilan untuk semuanya”. Kelima, pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif dengan kondisi-kondisi tertentu dapat diterima guna memenuhi tuntutan moral pembalasan masyarakat.⁹

Dalam kenyataan atau fenomena dalam penegakan hukum pidana, sering terjadi adanya pertentangan/ perbenturan antara tegaknya hukum (kepastian hukum) dan keadilan. Jika terjadi pertentangan antara kepastian hukum dan keadilan, maka Konsep KUHP memberikan jalan keluar sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 13. Pasal 13 Konsep KUHP 2015 menentukan :

- (1) Hakim dalam mengadili suatu perkara pidana mempertimbangkan tegaknya hukum dan keadilan.
- (2) Jika dalam mempertimbangkan tegaknya hukum dan keadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdapat pertentangan yang tidak dapat dipertemukan, hakim dapat mengutamakan keadilan.

Disamping itu terdapat satu Pasal yang diatur dalam Buku II Bab XXXVII tentang Tindak Pidana Berdasarkan Hukum Yang Hidup dalam masyarakat pada konsep KUHP 2015 dan dirumuskan dalam Pasal 775. Pasal 775 Konsep KUHP 2015 menentukan :

- (1) Setiap orang yang melakukan perbuatan yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang, diancam dengan pidana.
- (2) Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ancaman pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 68 ayat (1) huruf e jo Pasal 102.

Pasal 68 ayat (1) huruf e Konsep KUHP 2015 mengatur tentang pidana tambahan berupa : pemenuhan kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pasal 102 Konsep KUHP 2015 menentukan :

- (1) Dengan memperhatikan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (2) hakim dapat menetapkan pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat.
- (2) Pemenuhan kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan pidana pokok atau yang diutamakan, jika tindak pidana dilakukan memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1).
- (3) Kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dianggap sebanding dengan pidana denda Kategori I dan dapat dikenakan pidana pengganti untuk pidana denda, jika kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat itu tidak dipenuhi atau tidak dijalankan oleh terpidana.
- (4) Pidana pengganti sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dapat juga

⁹Nyoman Serikat Putra Jaya, 2013, *Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan (Suatu Pergeseran Paradigma dalam Ilmu Hukum Pidana)*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Semarang, hlm. 47 – 48.

berupa pidana ganti kerugian.

Berdasarkan ketentuan Pasal 102 konsep tersebut, dapat diketahui untuk tindak pidana yang didasarkan pada hukum yang hidup dalam masyarakat atau “*the living law*”, maka pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat berfungsi sebagai pidana pokok atau pidana yang diutamakan dan dipandang setara dengan pidana denda Kategori I. Jika si terpidana tidak memenuhi atau melaksanakan pidana pemenuhan kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat, maka disediakan pidana pengganti berupa pidana kerja sosial, pidana pengawasan, atau pidana penjara, atau dapat juga ganti kerugian. Sudarto¹⁰ mengemukakan bahwa bagian terpenting dari suatu KUHP adalah stelsel pidananya. Stelsel pidana yang ada tersebut dapat dijadikan ukuran seberapa jauh peradaban bangsa yang bersangkutan.

Dengan demikian, hukum pidana adat dan *The Living Law* termasuk Sanksi adatnya mendapat tempat dalam pembaharuan perkembangan hukum pidana nasional baik sebagai sumber hukum pidana yang positif maupun sumber hukum pidana yang negatif serta sangat beralasan atau mendapat pembenaran tidak hanya berdasarkan praktik hukum kebiasaan nasional tetapi juga di dunia internasional.

C. Simpulan

Dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia khususnya RUU KUHP, hukum pidana adat dijadikan salah satu sumber untuk menentukan suatu perbuatan dapat dipidana atau tidak, baik sebagai sumber yang positif maupun negatif. Sanksi adat berupa pemenuhan kewajiban adat, disamping sebagai pidana tambahan, dapat juga menjadi pidana yang diutamakan, semata-mata terhadap pelanggaran hukum adat.

Daftar Pustaka

Nawawi Arief Barda, 2008, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia (Perspektif Perbandingan Hukum)*, Semarang, Penerbit Pustaka Magister.

Mahkamah Agung, *Varia Peradilan*, Tahun ke VI, No. 72, September 1991

Mahkamah Agung, *Varia Peradilan*, Tahun ke XII, No. 151, April 1998

Muladi, 1985, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Bandung, Alumni.

Muladi, “Hukum Pidana Adat dalam Kontemplasi tentang Asas Legalitas”, *Makalah dalam seminar “Relefunsi Hukum Pidana Adat dan Implementasinya dalam Hukum Pidana Nasional”*, Fakultas Hukum Universitas Udayana, Denpasar, 16 – 17 Desember 1994

Mulyadi Lilik, “Eksistensi Hukum Pidana Adat Di Indonesia : Pengkajian Asas, Norma, Teori, Praktik dan Prosedurnya”, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Vol. 2, No. 2, Juli 2013.

Serikat Putra Jaya Nyoman, 2013, *Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Reroaktif sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan (Suatu Pergeseran Paradigma dalam Ilmu Hukum Pidana)*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Semarang.

Sudarto, “Pemidanaan, Pidana dan Tindakan”, *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Tahun XVII – 1987.

Konsep KUHP Tahun 2015

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

¹⁰. Sudarto, “Pemidanaan, Pidana dan Tindakan”, *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Tahun XVII – 1987, hlm. 21.