

# KEBERADAAN HUKUM ADAT DALAM PENEGAKAN HUKUM PIDANA INDONESIA

F.H. Edy Nugroho

Dosen Fakultas Hukum Unika Atma Jaya Jakarta

## ABSTRACT

*Adat law or local ethnic law commonly is in unwritten form, which it is result of interaction process in society, and it has an important function to regulate of society. Although in the development of society, adat law have side by side position toward written law to regulate many aspects of society. In criminal law, the existence of adat law is placed as a positive law, although in the applied it must attend the principles of criminal law, so that it can to reach equality and fairness.*

**Key-words :** *adat law, criminal law, principle of legality*

## ABSTRAKSI

Hukum adat pada umumnya dalam bentuk tidak tertulis merupakan hasil proses interaksi yang terjadi dalam masyarakat, dan memiliki fungsi yang penting dalam mengatur kehidupan masyarakat. Sekalipun dalam perkembangan kehidupan masyarakat, hukum adat harus berdampingan dengan peraturan perundang-undangan yang tertulis dalam mengatur berbagai aspek kehidupan masyarakat. Dalam lingkup hukum pidana, keberadaan hukum adat masih mendapat tempat sebagai bagian dari hukum positif, sekalipun dalam penerapannya perlu dilakukan dengan memperhatikan asas-asas dalam hukum pidana, agar dapat dicapai keadilan dan kepastian hukum.

**Kata kunci :** hukum adat, hukum pidana, asas legalitas

## I. PENDAHULUAN

Indonesia adalah negara yang menggunakan dan menganut sistem hukum campuran dengan sistem hukum utama yaitu sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law system*). Selain sistem hukum Eropa Kontinental, di Indonesia juga berlaku sistem hukum adat dan sistem hukum agama, khususnya hukum (syariah) Islam. Dalam perkembangan selanjut-

nya beberapa bidang hukum yang berkaitan dengan hukum ekonomi dan hukum bisnis berasal dari sistem hukum *anglo saxon (common law system)*, dan terbuka kemungkinan untuk masuknya sistem hukum lainnya dalam hukum di Indonesia untuk masa yang akan datang.<sup>1</sup>

Berkaitan dengan keberadaan sistem hukum adat, dimana merupakan seperangkat

norma dan aturan adat/kebiasaan yang berlaku di suatu wilayah, yang sebagian besar dalam bentuk aturan yang tidak tertulis dan tersebar di berbagai masyarakat di Indonesia, sebenarnya merupakan suatu kekhasan dan kekayaan dari kemajemukan bangsa Indonesia. Upaya untuk melestarikan budaya dan tradisi dengan sendirinya tidak akan lepas dari upaya mempertahankan norma dan aturan adat atau kebiasaan tersebut.<sup>2</sup>

Keberadaan hukum adat dan hukum pidana sebagai hukum positif, akan memunculkan permasalahan, mengenai bagaimana penegakan hukum harus dilakukan terhadap pelanggaran norma dan aturan adat atau kebiasaan dalam kaitannya dengan berlakunya hukum pidana. Terlebih lagi jika dikaitkan dengan asas legalitas yang menentukan bahwa hukum pidana harus didasarkan pada hukum yang tertulis agar dapat dicapai suatu kepastian hukum, sedangkan hukum (pidana) adat sebagian besar tidak tertulis.

## **II. PEMBAHASAN**

### **A. HUKUM ADAT SEBAGAI HUKUM**

#### **POSITIF**

Pada saat penjajah Belanda pertama kali menginjakkan kaki di bumi Indonesia, sebenarnya di Indonesia telah ada hukum yang lahir dari masyarakat tradisional sendiri yang kemudian dikenal sebagai hukum adat.

Pada umumnya masyarakat primitif tidak membedakan antara hukum privat dengan hukum publik. Hukum Acara Perdata tidak terpidah dengan Hukum Acara Pidana, baik di

Indonesia maupun dinegara lain termasuk Belanda. Gugatan perdata dan tuntutan pidana merupakan satu kesatuan termasuk juga lembaga-lembaganya.<sup>3</sup>

Terdapat berbagai pengertian dan definisi tentang hukum adat yang dikemukakan oleh para sarjana. Salah satu diantara para sarjana tersebut adalah Soepomo, dimana ia memberi makna yang luas tentang apa yang dimaksud dengan "aturan-aturan hukum yang tidak tertulis", diantaranya hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan dan dipertahankan di dalam pergaulan hidup baik di kota-kota maupun di desa-desa". Dengan demikian maka "aturan-aturan hukum yang tak tertulis" tersebut yang kita fahami sebagai "hukum adat", khusus bagi masyarakat Indonesia asli adalah sama kuatnya dengan hukum undang-undang (hukum yang tertulis). Perasaan masyarakat tentang keadilan tidak membeda-bedakan atau tidak tahu menahu tentang "hukum yang tertulis" dan "hukum yang tidak tertulis".

Sarjana lainnya yaitu Hasairin menegaskan bahwa bagi rakyat biasa "hukum adat" adalah hukum, baik dalam arti sopan santun maupun dalam arti "hukum". Dengan demikian tidak ada pemisahan antara hukum (yang tertulis) dan kesusilaan (adat, kelaziman, kebiasaan).

Apabila mengacu pada pendapat dari Soepomo dan Hazairin, maka dapat disimpulkan, bahwa hukum adat adalah hukum yang mengatur terutama tingkah laku manusia Indonesia dalam hubungan satu sama lain, baik yang merupakan keseluruhan kelaziman dan

kebiasaan (kesusilaan) yang benar-benar hidup di masyarakat itu, maupun yang merupakan keseluruhan peraturan-peraturan yang mengenai sanksi atas pelanggaran dan yang ditetapkan dalam keputusan-keputusan para penguasa adat, yaitu mereka yang mempunyai kewibawaan dan berkuasa memberi keputusan dalam masyarakat adat itu, yang terdiri dari lurah, penghulu agama, pembantu lurah, wali tanah, kepala adat, dan hakim.<sup>4</sup>

Melihat kenyataan tersebut Soepomo mengemukakan pendapatnya, bahwa pandangan rakyat Indonesia terhadap alam semesta merupakan suatu totalitas. Manusia beserta makhluk yang lain dengan lingkungannya merupakan kesatuan. Alam gaib dan alam nyata tidak dipisahkan. Jika suatu bagian dirusak atau menjadi tidak seimbang, maka yang lain akan turut merasakan. Menurut alam pikiran tersebut, yang paling utama ialah menjaga keseimbangan atau hubungan harmonis yang satu dengan yang lain. Segala perbuatan yang mengganggu keseimbangan merupakan pelanggaran hukum (adat). Pada setiap pelanggaran hukum, para penegak hukum mencari bagaimana mengembalikan keseimbangan yang terganggu itu. Mungkin hanya berupa pembayaran sejumlah uang yang sama dengan pelunasan uang atau ganti kerugian. Bentuk-bentuk sanksi hukum adat (dahulu) yang lain, sebagaimana dihimpun dalam *Pandecten van het Adatrecht bagian X*, antara lain meliputi :

1. Pengganti kerugian "*immaterial*" dalam pelbagai rupa seperti paksaan menikahi

- gadis yang telah dicemarkan.
2. Bayaran "uang adat" kepada orang yang terkena, yang berupa benda yang sakti sebagai pengganti kerugian rohani.
3. Selamatan (korban) untuk membersihkan masyarakat dari segala kotoran gaib.
4. Penutup malu, permintaan maaf.
5. Pelbagai rupa hukuman badan, hingga hukuman mati.
6. Pengasingan dari masyarakat serta meletakkan orang di luar tata hukum.<sup>5</sup>

Setelah Indonesia merdeka, khususnya mulai tahun 1951 setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951, terdapat pengakuan kembali bahwa "hukum yang hidup" (hukum adat yang tidak tertulis) dapat menjadi sumber hukum pidana tertulis, dalam hal mana tidak ada padanannya dalam *Wetboek van Strafrecht (WvS)*. Dalam Pasal 5 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951 menunjukkan telah diakui adanya "perbuatan pidana menurut hukum yang hidup" (selanjutnya disebut "delik-adat") dan "hukuman adat" (selanjutnya disebut "pidana-adat"), sekalipun hal tersebut tidak mudah untuk dipahami.

Pada Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan, bahwa "Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat". Selanjutnya dalam Penjelasan Pasal 28 ayat (1) disebutkan bahwa, "Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan

masyarakat". Dari pasal tersebut dapat diketahui, bahwa hakim dilarang menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya, serta berkewajiban untuk menggali nilai-nilai hukum yang hidup. Hal ini menjadikan hukum adat yang hidup dapat menjadi sumber hukum pidana bagi hakim dalam mencari keadilan. Hakim harus memberikan hukuman kepada orang yang terbukti bersalah melakukan perbuatan yang dicela oleh masyarakat, dimana ketercelaan tersebut dapat berdasarkan pada undang-undang yang tertulis maupun hukum adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*).

Keinginan untuk memperoleh kepastian hukum, secara keliru telah dikaitkan dengan kebutuhan akan peraturan perundang-undangan yang tertulis. Sekalipun dapat dibenarkan bahwa peraturan tertulis dapat memberikan perasaan kepastian hukum yang lebih kuat, namun kepastian hukum terutama berasal dari kepercayaan bahwa hukum pidana tidak diterapkan secara sewenang-wenang.

Dimungkinkannya hukum pidana adat mempengaruhi hukum pidana tertulis, seharusnya dapat pula memperkuat rasa kepastian hukum, karena hal ini akan mendekatkan hukum pidana tertulis dengan rasa keadilan dalam masyarakat. Hakim sebagai "penegak keadilan" mempunyai tugas dan kewajiban untuk selalu menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup menurut adat setempat.<sup>6</sup>

Dalam kenyataan di masyarakat Indonesia terdapat suatu permasalahan berkaitan

dengan hukum tertulis, dimana setiap undang-undang setelah diundangkan akan berlaku fictie hukum, bahwa undang-undang tersebut mengikat setiap orang. Namun jika ditinjau dari sudut pandang yang lain, tidak sedikit masyarakat Indonesia yang tinggal di daerah pedalaman yang masih sangat kuat pengaruh hukum adat setempat, serta adanya anggapan atau keyakinan bahwa hukum adat dapat memenuhi perasaan keadilan bagi masyarakat tersebut.

Keberadaan hukum adat termasuk di dalamnya hukum pidana adat terhadap hukum yang tertulis, diuraikan oleh Soetandyo Wignyosoebroto sebagai berikut :

Perubahan dan perkembangan dari masyarakat lokal atau sederhana yang ditata berdasarkan adat kebiasaan rakyat yang tak tertulis ke masyarakat negara atau kompleks yang ditata berdasarkan hukum negara yang tertulis. Adat kebiasaan dipatuhi terutama karena kuatnya kesadaran rakyat mengenai apa yang pantas atau adil dan apa yang tidak pantas atau tak adil. Sementara itu hukum negara tegak dan menuntut kepatuhan terutama karena kuat, berkuasa, dan berwajibnya aparat-aparat pemerintahan pengadanya (disebut aparat legislatif), pelaksana dan penegaknya (disebut aparat legislatif), dan penerapnya (yudisial). Adat kebiasaan adalah hukumnya rakyat, dipatuhi (atau harus dipatuhi) untuk tertibnya pergaulan masyarakat sipil. Hukum negara adalah tata aturan yang dibangun dan direka oleh aparat negara dan dipatuhi (atau harus

dipatuhi) demi tertibnya kehidupan bernegara. Dalam kenyataan sejarah, sekalipun masyarakat lokal dapat saja berkembang menjadi bagian dari masyarakat negara, sering terjadi hukum rakyat itu masih juga bisa lestari dan bertahan untuk memenuhi kebutuhan lokal tanpa diganggu atau mengganggu (malah acapkali justru memperkaya) hukum negara.<sup>7</sup>

**B. HUKUM ADAT DITINJAU DARI ASAS LEGALITAS DALAM KUHP**

Dalam hukum pidana Indonesia asas legalitas dapat dijumpai pada Pasal 1 ayat (1) KUHP (WvS), yang menyebutkan :

- (1) Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.
- (2) Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa.

Asas-asas hukum pidana yang terkandung dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yaitu :

1. Bahwa hukum pidana harus bersumber pada peraturan perundang-undangan pidana yang tertulis.
2. Peraturan perundang-undangan pidana tidak boleh berlaku surut.
3. Dilarang menggunakan analogi.<sup>8</sup>

Penjelasan tentang asas legalitas dalam hukum pidana Belanda sebagaimana yang dikemukakan oleh Peter J.P. Tak, dinyatakan

sebagai berikut :

The statutory elements of a criminal offence play an important role in substantive criminal law, due to the legality principle.

The principle of legality is established in the Criminal Code. Section 1 reads "No conduct constitutes a criminal offence unless previously statutorily defined in criminal statutes". The legality principle is a guarantee against arbitrary administration of criminal justice and offer a high degree of legal certainty. The principle guarantees that no court may create new criminal offences by an analogous interpretation of criminal law provisions.

The principle furthermore guarantees that new criminal law provisions may not be retroactive. The prohibition of retro-activity is not applied if new criminal provisions replace old ones, and the re-definition of the criminal offence is to the advantage of the offender or the reduction of the maximum sentence to be imposed is the result of a change of the legislators views on the punishability of the offence.

The principle of legality, furthermore, requires that only penalties specified by statutes may be imposed.<sup>9</sup>

Asas pertama menyebutkan bahwa pembedaan harus berdasarkan undang-undang, dimana yang dimaksud dengan undang-undang adalah dalam pengertian luas, yaitu bukan saja yang secara tertulis telah dituangkan dalam bentuk undang-undang yang

dibuat oleh Pemerintah dengan DPR, akan tetapi juga produk perundang-undangan lainnya. Penguasa dalam melaksanakan tugasnya (peradilan) terikat kepada ketentuan perundang-undangan, maka akan terhindar kesewenang-wenangan atau penilaian pribadi secara subyektif. Hal ini berarti dapat diarahkan menuju kepada kepastian hukum bagi setiap pencari keadilan.

Hukum pidana dalam penerapannya sebenarnya merupakan senjata pamungkas (*ultimum remedium*) dalam menegakkan hukum. Hal ini mengandung makna bahwa penentuan pidana dalam undang-undang untuk suatu tindakan tertentu harus sedemikian rupa perlunya, karena alat penegak hukum (sanksi) lainnya sudah tidak efektif lagi.

Tujuan hukum pidana secara umum adalah untuk melindungi kepentingan orang perseorangan (individu) atau hak-hak asasi manusia dan melindungi kepentingan-kepentingan masyarakat dan negara dengan pertimbangan yang serasi dari kejahatan atau tindakan tercela di satu pihak dan dari tindakan penguasa yang sewenang-wenang di lain pihak.

Era sebelum kedatangan penjajah Belanda, daerah-daerah di wilayah Indonesia masa itu pada umumnya memiliki dan menggunakan hukum adat tidak tertulis. Seluruh lapangan hidup menjadi batu ujian perihal apa yang dilarang dan apa yang dibolehkan. Tiap-tiap perbuatan atau tiap-tiap situasi yang tidak selaras dengan atau yang memperkosa keselamatan masyarakat, keselamatan golongan, famili, dan sebagainya dapat merupakan pelanggaran hukum. Sedangkan reaksi atau

koreksi terhadap pelanggaran hukum adat di berbagai lingkungan hukum antara lain berupa : mengganti kerugian immaterial, pembayaran uang adat, selamatan, permintaan maaf, berbagai macam hukuman badan hingga hukuman mati, pengasingan dari masyarakat, dll. Sekalipun tidak terdapat pembedaan hukum perdata dan hukum pidana dalam hukum adat, namun dapat tergambarkan bahwa tujuan hukum pidana adalah untuk menjamin keselamatan orang dan masyarakat.<sup>10</sup>

Hukum adat di Indonesia pada umumnya tidak tertulis dan tidak dibedakan atau dipisahkan antara hukum pidana, hukum perdata dan hukum tata negara secara tegas seperti dikenal dalam hukum Barat. Apakah ketentuan hukum pidana yang terdapat dalam hukum adat termasuk dalam undang-undang menurut Pasal 1 ayat 1 KUHP. Sebagaimana diatur dalam Pasal 15 AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*) yang menentukan bahwa "selain daripada pengecualian-pengecualian mengenai orang-orang Indonesia dan yang dipersamakan, maka kebiasaan tidak merupakan hukum, kecuali jika undang-undang menyatakan demikian". Timbul persoalan, apakah "hukum (pidana) adat" dapat mempengaruhi ketentuan undang-undang hukum pidana ?. Bagi penduduk Indonesia, hukum pidana adat dan kebiasaan-kebiasaan walaupun hanya berlaku setempat, tidak kurang nilainya untuk dipertimbangkan sebagai hal-hal atau fakta yang turut mempengaruhi pertimbangan hakim dalam menjatuhkan putusannya.

Tegasnya hukum adat dan kebiasaan-

kebiasaan yang dapat digolongkan dalam hukum pidana atau ada hubungannya, tidak sama derajatnya dengan undang-undang hukum pidana, walaupun harus diakui bahwa ia turut mempengaruhi pertimbangan hakim. Jika terdapat perbedaan antara "kedua macam hukum pidana" tersebut, maka undang-undang hukum pidana yang akan lebih diutamakan atau mempunyai peranan yang lebih menentukan. Perhatikan antara lain Undang-Undang No. 1 Drt Tahun 1951 yang pada Pasal 5 ayat (3) b ke-4 yang berbunyi: "Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingannya dalam kitab hukum pidana sipil, maka dianggap diancam dengan hukum yang sama dengan hukuman bandingannya yang paling mirip kepada perbuatan pidana itu."<sup>11</sup>

Sebagaimana diketahui, asas legalitas dalam KUHP Indonesia bertolak dari ide atau nilai dasar "kepastian hukum". Namun dalam kenyataannya, asas legalitas ini mengalami berbagai bentuk pelunakan/penghalusan/pergeseran/perluasan dan menghadapi berbagai tantangan, antara lain, dalam hukum positif dan perkembangannya di Indonesia (dalam Undang-Undang Dasar Sementara 1950; Undang-Undang Nomor 1 Drt. 1951; Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999; Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 dan Konsep RUU KUHP), asas legalitas tidak semata-mata diartikan sebagai "*nullum delictum sine lege*", tetapi juga sebagai "*nullum delictum sine ius*" atau tidak semata-mata dilihat sebagai asas legalitas formal, tetapi juga

legalitas materiil, yaitu dengan mengakui hukum pidana adat, hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum.<sup>12</sup>

Dengan berpedoman pada pasal 1 KUHP, sebenarnya tidak dikenal lagi hukum pidana tidak tertulis, karena sebagai asas legalitas atau juga disebut dalam bahasa latin "*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*". Artinya suatu norma hukum pidana (dalam hal ini tindak pidana) dan sanksi pidana sudah terlebih dahulu ada pada suatu perundang-undangan sebelum suatu tindakan dilakukan. Kata perundang-undangan menunjukkan bahwa ketentuan-ketentuan tersebut harus sudah tertulis lebih dahulu. Akan tetapi seperti telah diutarakan, hukum adat yang beraneka ragam di Indonesia masih diakui berlakunya sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila.

Sedangkan hukum adat pada umumnya merupakan hukum tidak tertulis dan bukan dibuat oleh badan legislatif. Ada perbedaan pendapat antara para sarjana mengenai berlaku atau tidaknya delik adat. Sebagaimana dikemukakan oleh Roeslan Saleh bahwa semasa di bawah kekuasaan Undang-Undang Dasar Sementara (1950), hal ini tidak menjadi persoalan. Dalam Pasal 14 ayat (2) UUDS 1950 ditentukan, bahwa "tidak seorang juapun boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi hukuman, kecuali karena suatu aturan hukum yang sudah ada dan berlaku terhadapnya. Disini aturan hukum diberikan pengertian meliputi aturan hukum tertulis dan aturan hukum tidak tertulis. Dengan demikian untuk berlakunya hukum pidana adat atau delik-delik adat diberikan

dasar hukumnya. Tetapi bagaimana ketika berada di bawah kekuasaan Undang-Undang Dasar 1945 yang berlaku hingga sekarang. Dr. Wirjono antara lain mengemukakan, bahwa "tidaklah ada hukum adat kebiasaan atau *gewoonterecht* dalam rangkaian hukum pidana. Ini resminya menurut pasal 1 KUHP, tetapi sekiranya di desa-desa daerah pedalaman di Indonesia ada sisa-sisa dari peraturan kepidanaan yang berdasar atas kebiasaan dan yang secara konkrit mungkin sekali berpengaruh dalam menafsirkan pasal-pasal dari KUHP.<sup>13</sup>

Dengan keluarnya Undang-Undang Pokok Kekuasaan Kehakiman Nomor 14 Tahun 1970, kiranya pandangan mengenai masih dapat diterapkannya hukum adat (pidana) walaupun dalam arti yang terbatas, lebih mendapat dukungan lagi. Dalam Pasal 27 (1) dari Undang-Undang tersebut antara lain ditentukan: "Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat". Tegas disebutkan kata-kata penegak hukum dan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan ini mengingatkan adanya hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat yang wajib diikuti oleh hakim.

Dengan demikian dapat disimpulkan sistem hukum pidana Indonesia mengenal adanya hukum pidana tertulis sebagai diamanatkan pada Pasal 1 KUHP, akan tetapi dengan tidak mengesampingkan asas legalitas dikenal juga hukum pidana tidak tertulis sebagai

akibat dari masih diakuinya hukum yang hidup dalam masyarakat yaitu berupa hukum adat. Disamping itu, penggunaan interpretasi secara luas (intensif) bahkan juga analogi, walaupun dalam pengertian yang sangat terbatas membenarkan kesimpulan tersebut. Demikian juga penggunaan penafsiran secara membalik (*redenering a contrario*) membantu membenarkan kesimpulan tersebut.<sup>14</sup>

### C. HUKUM ADAT DITINJAU DARI ASAS LEGALITAS DALAM RUU KUHP

Asas legalitas dalam RUU KUHP diatur dalam Pasal 1 yang dirumuskan sebagai berikut

- (1) Tiada seorangpun dapat dipidana atau dikenakan tindakan kecuali perbuatan yang dilakukannya atau tidak dilakukannya telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
- (2) Untuk menetapkan adanya tindak pidana tidak dapat digunakan penafsiran undang-undang secara analogi.
- (3) Ketentuan dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan itu tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- (4) Terhadap pembuat yang memenuhi ketentuan ayat (3) berlaku ketentuan pidana dalam pasal 93.

Salah satu prinsip pokok dalam penerapan

hukum pidana adalah adanya larangan menggunakan analogi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (2) RUU KUHP yang menyebutkan, "untuk menetapkan adanya tindak pidana tidak dapat digunakan penafsiran undang-undang secara analogi", dimana larangan menggunakan analogi yang selama ini dianut KUHP yang sekarang berlaku. Namun dengan masuknya hukum adat dalam RUU KUHP justru dipandang akan mementahkan larangan penggunaan analogi (*gezetzes analogie*), karena sebagian besar hukum adat tidak dalam bentuk hukum yang tertulis, sehingga tidak jarang digunakan analogi.

Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP menyebutkan sebagai berikut :

"tidak seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan".

Namun larangan tersebut ternyata dapat diterobos dengan dirumuskannya Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP yang berbunyi sebagai berikut :

Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Prof. Schaffmeister, ahli hukum pidana dari Belanda memberikan kritik terhadap

dimasukkannya hukum adat pada Pasal 1 ayat 3 RUU KUHP dengan menyatakan bahwa Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP sebagai pasal akrobatik, karena dapat menimbulkan resiko ketidakpastian hukum.

Asas legalitas pada dasarnya juga dianut dalam RUU KUHP sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1), namun Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP dengan tegas disebutkan bahwa ketentuan *nullum delictum* pada Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum adat. Meskipun belum diatur dalam undang-undang tertulis, namun jika hukum adat telah mengatur tentang tindak pidana yang dilakukan oleh pelaku, maka menurut RUU KUHP pelaku tersebut patut untuk dipidana. Jika dalam keadaan demikian, maka menurut Pasal 1 ayat (4) akan berlaku ketentuan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 93 RUU KUHP.

Pasal 93 RUU KUHP merumuskan sebagai berikut :

- (1) Dalam putusan dapat ditetapkan kewajiban adat setempat yang harus dilakukan oleh terpidana;
- (2) Pemenuhan kewajiban adat sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) merupakan pidana pokok atau yang diutamakan, jika tindak pidana yang dilakukan memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 1 ayat (3);
- (3) Kewajiban adat sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dianggap sebanding dengan pidana denda Kategori I dan dapat dikenakan pidana pengganti untuk

pidana denda, jika kewajiban adat itu tidak dipenuhi atau tidak dijalani oleh terpidana;

- (4) Pidana pengganti sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) dapat berupa pidana ganti kerugian.

Jika dibandingkan dengan KUHP (*WvS*), sebenarnya RUU KUHP membawa perubahan besar dalam hal pemidanaan, penerapan asas legalitas mengalami perluasan, dimana hakim dapat menjatuhkan pidana pokok berupa hukum adat. Hakim dalam menjatuhkan putusannya selain mendasarkan kepada undang-undang yang tertulis, juga dapat mendasarkan putusannya kepada hukum adat. Jika terhadap suatu delik ternyata belum diatur dalam undang-undang, tetapi telah diatur dalam hukum adat masyarakat setempat, maka hakim dapat menjatuhkan pidana kepada terdakwa berdasarkan hukum adat tersebut. Sebagaimana hal tersebut diatur dalam Pasal 1 jo Pasal 93 RUU KUHP, yang mana ketentuan pasal tersebut perlu diberikan penjelasan lebih lanjut, mengenai jenis tindak pidana yang dapat diputus oleh hakim dengan berdasarkan pada hukum adat atau hukum yang hidup, agar batasan tentang "hukum yang hidup" lebih jelas sehingga tidak terdapat keragu-raguan atau kesulitan di dalam penerapannya.

Perlu ketelitian dan kehati-hatian dalam menggunakan istilah hukum yang hidup dalam masyarakat. Hukum yang hidup dalam masyarakat sering diidentikkan dengan hukum yang tidak tertulis atau hukum adat. Ada juga yang

menganggap hukum agama pun termasuk dalam hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*).

Pengakuan terhadap *living law* memang dimuat dalam RUU KUHP. Pasal 1 ayat (3), yang menyebutkan sebagai berikut :

Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Kalimat senada dapat dilihat pada Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, dimana pada Pasal 28 menyebutkan, "Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat". dalam penjelasan pasal tersebut disebutkan, bahwa ketentuan itu dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat. Tidak diatur tentang bagaimana cara hakim menemukan hukum dan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Oleh karena itu, untuk menafsirkan hukum yang hidup dalam masyarakat, hakim harus melakukannya dengan cermat dan penuh kehati-hatian.

Masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam RUU KUHP dikhawatirkan akan menabrak larangan menggunakan analogi yang selama ini dianut. Bahkan dalam RUU KUHP, larangan tersebut dipertegas dalam Pasal 1 ayat (2), yang disebutkan bahwa, "dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi".

Oleh karena itu harus ada pembatasan yang ketat terhadap *living law*. Sebagai pengecualian dari asas legalitas, maka *living law* harus dibatasi sedemikian rupa. Tidak semua hukum yang hidup dalam masyarakat bisa dijadikan dasar pengecualian terhadap asas legalitas. Hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut harus telah menentukan larangan melakukan suatu perbuatan tertentu.

Beberapa hal dapat dikemukakan berkaitan dengan pidana tambahan dalam RUU KUHP (Pasal 102 jo Pasal 5 ayat (2)) yang disebutkan sebagai berikut :

1. Dalam putusan dapat ditetapkan pemenuhan adat setempat, utamanya jika tindak pidana yang dilakukan menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
2. Kewajiban adat tersebut dianggap sebanding dengan pidana denda kategori I dan dapat dikenakan pidana pengganti jika kewajiban adat itu tidak dipenuhi atau tidak dijalani oleh terpidana yang dapat berupa pidana ganti kerugian.<sup>15</sup>

#### D. KEBIJAKAN KRIMINAL DALAM MEMBERANTAS KEJAHATAN

Salah satu obyek studi kriminologi adalah mengenai reaksi masyarakat terhadap kejahatan dan pelaku. Studi mengenai reaksi masyarakat terhadap "kejahatan" bertujuan untuk mempelajari pandangan serta tanggapan masyarakat terhadap perbuatan-perbuatan atau gejala yang timbul di masyarakat yang

dipandang sebagai merugikan atau membahayakan masyarakat luas, akan tetapi undang-undang belum mengaturnya. Berdasarkan studi ini antara lain akan dapat dihasilkan apa yang disebut sebagai kriminalisasi.

Studi mengenai reaksi masyarakat terhadap kejahatan ini bagi masyarakat di Indonesia sangat penting, antara lain karena KUHP yang masih berlaku hingga sekarang merupakan peninggalan pemerintah kolonial, masyarakat kita yang terdiri dari berbagai suku dengan nilai-nilai sosialnya yang berbeda-beda, wilayah yang sangat luas dengan tingkat kemajuan yang berbeda-beda, serta pengaruh industrialisasi dan perdagangan pada dasawarsa terakhir ini telah memunculkan fenomena atau kejahatan yang baru.

Studi mengenai reaksi masyarakat terhadap pelaku (penjahat) bertujuan untuk mempelajari pandangan-pandangan dan tindakan-tindakan masyarakat terhadap pelaku kejahatan.<sup>16</sup>

Dalam Sosiologi kriminal, obyek utamanya adalah mempelajari hubungan antara masyarakat dengan anggotanya, antara kelompok dengan anggotanya, antara kelompok dengan kelompok, sepanjang hubungan tersebut dapat menimbulkan kejahatan.

Suatu masyarakat dapat dimengerti dan dinilai melalui latar belakang kultural yang dimilikinya, norma-norma dan nilai-nilai yang berlaku. Apakah kultur, norma dan nilai tersebut dipandang baik atau buruk, seberapa jauh konflik yang timbul antara norma atau nilai yang

satu dengan yang lainnya, dan karenanya dipandang dapat meningkatkan atau paling tidak ikut membantu timbulnya kejahatan, akan berbeda-beda menurut pandangan masing-masing pengamat.

Hal ini berarti bahwa untuk memahami dan menjelaskan kejahatan yang ada perlu dipelajari bagaimana aspek-aspek budaya tertentu dapat mempengaruhi timbulnya kejahatan.<sup>17</sup>

Adakalanya kebiasaan merupakan sumber dari hukum dan juga seringkali kebiasaan kemudian ditarik menjadi perbuatan yang dilarang oleh hukum. Politik kriminal merupakan bagian dari kriminologi, dimana tugasnya adalah untuk menemukan cara-cara memberantas kejahatan. Setelah menemukan penyebab-penyebab dari suatu kejahatan, maka hasil penemuan itu digunakan untuk menemukan cara pemberantasannya, atau pencegahannya. Cara pemberantasan dapat dilakukan melalui dua cara, yaitu cara "kemasyarakatan" dan cara "perorangan".

Pemberantasan dengan cara kemasyarakatan pada dasarnya adalah memperbaiki masyarakat. Antara lain dilakukan dengan mengadakan atau memperbaiki jaminan sosial, memberantas pengangguran, membangun perumahan rakyat yang layak, memberantas pemadatan, mabok-mabokan, lokalisasi pelacuran, mengaktifkan kegiatan olah raga, kebudayaan dan mengusahakan pendidikan.

Pemberantasan dengan cara perseorangan dilakukan secara langsung untuk memperbaiki seseorang. Antara lain dengan pembedaan yang bertujuan untuk memperbaiki dan mendidik,

menganjurkan kepada masyarakat agar aktif berperan untuk memperbaiki seseorang yang asosial dan membina generasi muda.<sup>18</sup>

Prof. Sudarto mengemukakan tiga (3) arti mengenai kebijakan kriminal, sebagai berikut:

1. dalam arti sempit, ialah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dan reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana;
2. dalam arti luas, ialah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi;
3. dalam arti paling luas (yang beliau ambil dari Jorgen Jepsen), ialah keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat..

Ia juga mengemukakan definisi singkat yang diambil dari definisi Marc Ancel, bahwa yang dimaksud dengan politik kriminal adalah, "*the rational of the control of crime by society*". Bertolak dari pengertian yang dikemukakan Marc Ancel, selanjutnya G. Peter Hoefnagels mengemukakan, "*criminal policy is the rational organization of social reaction to crime*". Berbagai definisi lainnya yang dikemukakan G. Peter Hoefnagels ialah :

1. Criminal policy is the science of responses;
2. Criminal policy is the science of crime prevention;
3. Criminal policy is a policy of designating

human behavior as crime;

4. *Criminal policy is a rational total of the responses to crime.*<sup>19</sup>

### III. PENUTUP

Dalam rangka menanggulangi kejahatan selain dengan upaya melalui sarana penal (hukum pidana) juga perlu dilakukan melalui sarana non penal, dimana keduanya dilaksanakan secara bersama-sama, agar dapat dicapai efektivitas di dalam memberantas kejahatan. Jika hanya mengandalkan pada sarana penal saja dengan mengesampingkan sarana non penal, maka akan menemui masalah yang disebabkan oleh keterbatasan hukum pidana dalam menanggulangi berbagai macam kejahatan yang terjadi dalam masyarakat.

Sebagai hukum positif, hukum (pidana) adat masih mendapat tempat dalam hukum pidana Indonesia sebagaimana hal itu diatur dalam beberapa peraturan perundang-undangan, dan juga dalam RUU KUHP. Hal ini semakin memperjelas keberadaan hukum adat untuk dapat diakomodir ke dalam hukum pidana Indonesia, sekalipun peraturan perundang-undangan hukum pidana tertulis lebih diutamakan daripada hukum adat yang tidak tertulis. Keadaan ini menimbulkan perbedaan pendapat dan penilaian dikalangan para ahli hukum pidana maupun para pemerhati hukum pidana dari berbagai sudut pandang, dalam rangka untuk mencapai keadilan dan kepastian hukum. ❖

**(Endnotes) :**

- <sup>1</sup> <http://id.wikipedia.org>, Larangan Menggunakan Analogi dalam RUU KUHP Terus Diperdebatkan, 8 November 2007
- <sup>2</sup> <http://id.wikipedia.org>, Dalam Revisi KUHP Hukum Adat Bisa Jadi Pidana Pokok, 8 November 2007
- <sup>3</sup> Andi Hamzah, Hukum Acara Pidana Indonesia, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 44-46
- <sup>4</sup> Bushar Muhammad, Asas-asas Hukum Adat, Pradnya Paramita, Jakarta, 2006, hlm 18-19
- <sup>5</sup> Andi Hamzah, Loc.cit
- <sup>6</sup> Mardjono Reksodiputro, Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Lembaga Kriminologi UI, Jakarta, 1997
- <sup>7</sup> Soetandyo Wignjosebroto, Hukum Paradigma Metode dan Dinamika Masalahnya, Elsam Huma, Jakarta, 2005, hlm. 283-284
- <sup>8</sup> E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya, Storia Grafika, Jakarta, 2002, hlm. 70
- <sup>9</sup> Peter J.P. Tak, The Dutch Criminal Justice System, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, 1999, hal. 30-31
- <sup>10</sup> E.Y. Kanter dan SR. Sianturi, Op.cit., hlm. 54-55.
- <sup>11</sup> Ibid., hlm. 73, 80-81
- <sup>12</sup> Barda Nawawi Arief, Kapita Selekta Hukum Pidana, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 9-10
- <sup>13</sup> E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, Op.cit., hlm. 17-18
- <sup>14</sup> Ibid., hlm. 17
- <sup>15</sup> Bambang Waluyo, Pidana dan Pemidanaan, Sinar Grafika Offset, 2004, hal. 23
- <sup>16</sup> IS. Susanto, Kriminologi, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1998, hlm. 24
- <sup>17</sup> Ibid., hlm. 47
- <sup>18</sup> Arief, Barda Nawawi, Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm. 50-51
- <sup>19</sup> Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm.2

**DAFTAR PUSTAKA**

**A. Buku**

- Arief, Barda Nawawi, Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998
- Arief, Barda Nawawi, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002
- Arief, Barda Nawawi, Kapita Selekta Hukum Pidana, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006
- Hamzah, Andi, Hukum Acara Pidana Indonesia, Sinar Grafika, Jakarta, 2006
- Kanter, E.Y., dan S.R. Sianturi, Asas-asas Hukum Pidana Indonesia dan Penerapannya, Storia Grafika, Jakarta, 2002
- Moeljatno, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Bumi Aksara, Jakarta, 1999
- Muhamad, Bushar, Asas-asas Hukum Adat, Pradnya Paramita, Jakarta, 2006
- Reksodiputro, Mardjono, Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Lembaga Kriminologi UI, Jakarta, 1997
- Susanto, I.S., Kriminologi, Fakultas Hukum Undip, Semarang 1998
- Tak, Peter J.P., The Dutch Criminal Justice System Organization and Operation, Wetwenschappelijk Onderzoek-en Documentatiecentrum, 1999
- Tak, Peter J.P., Essay on Dutch Criminal Policy, Wolf Legal Production (WLP), Nijmegen, 2002
- Waluyo, Bambang, Pidana dan Pemidanaan, Sinar Grafika Offset, 2004
- Wilson, William, Criminal Law Doctrin and Theory, Second Edition, Pearson Education, 2003
- Soetandyo Wignjosoebroto, Hukum Paradigma Metode dan Dinamika Masalahnya, Elsam Huma, Jakarta, 2005

**B. Pustaka Non Buku**

- <http://id.wikipedia.org>, Larangan Menggunakan Analogi dalam RUU KUHP Terus Diperdebatkan, 8 November 2007
- , Rancangan Undang-Undang (RUU) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, BPHN, 2002