

## PEMBANGUNAN HUKUM PIDANA ; PLURALISME HUKUM DALAM RKUHP

Yana Sahyana

Fakultas Hukum Tata Pemerintahan IPDN

yanasahyana59@gmail.com

### Abstract

*The objective of this transcription is to elaborate informal law of criminal (law which living into society and natural law) which apparently acknowledge pluralism of law in system developmental of Indonesia's law of criminal. The opportunity is which given by RKUHP to the judge for implementing informal law in the fact opposite whit legality principles and the interest create law assurance and non-discrimination prohibition. The another alternative which offered is adopting informal law norms into formal law of criminal, that is used whole citizen, the judge obligation is excavate, follow, and understand law values and justice sense which live in the society, it should be entered in jurisprudential developmental frame work.*

**Keywords:** *Informal law of criminal, law assurance, jurisprudential.*

### Abstrak

Tujuan transkripsi ini adalah untuk menguraikan hukum pidana informal (hukum yang hidup dalam masyarakat dan hukum kodrat) yang tampaknya mengakui pluralisme hukum dalam pengembangan sistem hukum pidana Indonesia. Peluang yang diberikan oleh RKUHP kepada hakim untuk menerapkan hukum informal ternyata bertentangan dengan prinsip-prinsip legalitas dan kepentingannya menciptakan jaminan hukum dan larangan non-diskriminasi. Alternatif lain yang ditawarkan adalah mengadopsi norma-norma hukum informal menjadi hukum pidana formal, yang digunakan seluruh warga negara, kewajiban hakim adalah menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, itu harus dimasukkan dalam pengembangan kerangka yurisprudensi .

**Kata kunci:** Hukum pidana informal, kepastian hukum, yurisprudensi.

## PENDAHULUAN

Dari wawancara dengan para pemuka adat dalam sebuah penelitian di sebuah kawasan adat di Lombok Utara (masyarakat pegunungan/hutan dan pantai), terungkap sejumlah fakta tentang hukum adat.<sup>1</sup> Fakta tersebut terungkap dari ilustrasi sejumlah kasus pelanggaran norma adat yang pernah terjadi dan diselesaikan lewat mekanisme adat.

Kasus pertama adalah seorang pejabat negara (pejabat PU) yang bukan anggota masyarakat adat, mengeluarkan suatu pernyataan yang dirasakan menyinggung perasaan masyarakat adat. Pejabat negara ini mengomentari upacara yang dijalankan masyarakat adat untuk mensyukuri keberhasilan suatu kegiatan penyediaan air bersih. Disebutkan bahwa upacara/

---

Melalui Putusan Pengadilan dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia, Penelitian Andalan Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Dana BLU U Universitas Padjadjaran, 2014.

---

1 Sigit Suseno dkk, Penerapan Hukum Pidana Adat Terhadap Suatu Tindak Pidana

ritual yang dijalankan masyarakat adat sebenarnya tidak perlu, bahkan dianggap syirik (bertentangan dengan norma agama Islam). Pemuka adat (atas nama masyarakat) kemudian menjatuhkan sanksi adat berupa denda adat yang kemudian dipenuhi oleh pejabat yang bersangkutan. Pembayaran denda adat tersebut dilaksanakan dengan upacara adat.

Kasus berikutnya, seorang pendatang melanggar larangan adat yang menebang pohon yang berada didalam hutan adat, pelaku tertangkap dan dihukum membayar denda adat yang dilaksanakan dengan upacara adat. Pelaku harus mengikuti rangkaian ritual adat untuk membersihkan diri, dan juga memenuhi hukuman berupa kewajiban mengganti kerugian dengan membayar denda adat berupa uang, hewan ternak, beras dan sebagainya.

Kasus lainnya terjadi diwilayah pantai, adalah pelanggaran aturan adat perihal zonasi penangkapan ikan dan penggunaan alat tangkap serta kelestarian lingkungan laut. Hukuman adat yang dijatuhkan kepada nelayan (bukan anggota masyarakat adat) adalah penyitaan hasil tangkapan dan denda sejumlah uang.

Lebih lanjut dikemukakan bahwa pengulangan pelanggaran akan mendapatkan sanksi yang lebih berat, yaitu diancam dengan pembayaran denda dan penyitaan alat tangkap dan perahu untuk dimusnahkan/dibakar. Sedangkan untuk pengulangan pelanggaran adat yang ketiga kalinya akan dipukuli beramai-ramai oleh anggota warga masyarakat adat. Namun, sanksi yang terakhir dalam kenyataan belum pernah dilaksanakan juga terhadap anggota masyarakat adat itu sendiri.

Dari wawancara yang dilakukan dijelaskan pula bahwa pelanggaran (norma) adat dianggap sebagai gangguan terhadap keseimbangan (keselarasan) dalam masyarakat. Mekanisme penyelesaian ideal dari setiap pelanggaran adat, dengan upacara adat yang dipimpin langsung oleh tetua

adat sendiri. Sanksi yang dijatuhkan dan yang harus dilaksanakan dalam ritual adat ditujukan untuk memulihkan keseimbangan atau penyucian kembali yang tercemar oleh pelanggaran adat. Oleh karena itu, sanksi yang dijatuhkan oleh negara melalui pengadilan pidana atas perbuatan melawan hukum pidana dan sekaligus pelanggaran adat tidak menghilangkan kewajiban untuk memulihkan keseimbangan adat lewat pemenuhan kewajiban adat (sanksi adat), yang artinya, adat tidak menghendaki sanksi diluar pemenuhan sanksi adat.

Dari uraian singkat diatas dapat diambil sejumlah kesimpulan umum. Pertama, bahwa hukum adat (dalam bentuk tertulis maupun tidak tertulis) sampai dengan sekarang masih menjadi realita-konkrit bagi masyarakat adat. Aturan adat berlaku dan mengikat bagi masyarakat (adat) di dalam wilayah tersebut dan dalam situasi kondisi tertentu, ternyata dapat pula diperlakukan terhadap orang asing . Dengan kata lain, keberlakuan adat ternyata dapat juga berlaku keluar.

Selanjutnya bahwa norma-norma adat – setidaknya di Lombok Utara, tidak mengenal pemilahan tegas antara hukum pidana/perdata/tata usaha negara, materil-formil.

Bahkan tidak ada pemisahan tegas antara norma kesusilaan, agama/kepercayaan maupun “hukum” sebagaimana ilmu hukum modern memahaminya. Singkat kata adat sebagai realita sosial sebenarnya tidak mengenal konsep hukum pidana adat atau delik adat. Keduanya adalah konsep yang diberikan orang luar pada fenomena yang ada dengan meminjam konsep hukum modern (bukan tradisional). Dari uraian diatas, dapat dimengerti pula mengapa norma-norma adat sebagaimana dinyatakan dalam kepustakaan bersifat magis-religius dan konkrit. Selain itu tampak pula bahwa mekanisme penyelesaian pelanggaran adat tidak mengandalkan sistem peradilan seperti yang kita kenal dan juga sanksi adat memiliki tujuan yang lebih dari sekedar prevensi umum atau khusus, yaitu pemulihan keseimbangan dan/atau penyucian kembali. Pengecualikan terhadap

itu adalah pembentukan peradilan adalah pemerintah swapraja (kesultanan Yogya antara lain) dan peradilan desa (bentukan pemerintah kolonial).<sup>2</sup>

Apa yang dapat dipelajari pemerhati hukum pidana (modern) Indonesia dan juga hukum adat di Indonesia dari uraian singkat diatas ? Pertanyaan ini muncul karena Hakim Indonesia, berdasarkan ketentuan Pasal 5 (1) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman (48/2009) wajib “menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Hakim, dengan kata lain, diwajibkan mencari dan menemukan hukum yang hidup dan mempertimbangkannya dalam putusan yang akan dijatuhkan.

Alasan kedua, mengapa perhatian pada adat (atau hukum adat) menjadi penting, fakta bahwa Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia (*ius constituendum*) secara tegas mengakui hukum pidana adat sebagai salah satu dasar dapat dipidanya suatu perbuatan. Ketentuan Pasal 2 (1) RKUHP 2012 menyatakan bahwa ketentuan tentang berlakunya asas legalitas “tidak mengurangi berlakunya asas legalitas “ tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”. Artinya, masyarakat secara umum dalam kehidupan sehari-hari, dengan memperhatikan bahwa setiap orang dianggap mengetahui hukum, harus dicegah dilanggarnya ketentuan-ketentuan pidana yang dibuat melalui perundang-undangan formal (hukum negara) dan juga memperhatikan berlakunya delik adat. Untuk terakhir, delik-delik adat itu berbeda dengan delik dalam hukum pidana nasional, tidak berlaku dalam wilayah kedaulatan teritorial Indonesia, namun terbatas pada wilayah masyarakat adat yang bersangkutan.

2 R. Soepomo, 1997, Sistem Hukum di Indonesia Sebelum Perang Dunia II, cetakan ke lima belas, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, hlm 88-103.

Baik menurut hukum positif (Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman) maupun *ius constituendum* (RKUHP), hakim wajib mencari dan menemukan hukum yang hidup dalam masyarakat. Apakah kewajiban ini sekaligus juga mencakup kewajiban untuk memberlakukan hukum yang hidup ? Apa yang dimaksud dengan hukum yang hidup dalam masyarakat dan masyarakat manakah ? Apakah hanya masyarakat adat atau mencakup pula kelompok masyarakat ? Berkaitan dengan keberlakuan asas legalitas juga muncul kekhawatiran tentang kemungkinan penyalahgunaannya, yakni apabila kelompok orang yang mengatasnamakan kelompok masyarakat mendesak penegakan hukum pidana atas perbuatan yang tidak diatur dalam undang-undang, namun menurut kelompok tersebut diyakini sebagai pelanggaran hukum (dari kelompok yang bersangkutan).<sup>3</sup> Disamping itu, muncul pula kekhawatiran potensi penerapan hukum yang diskriminatif akibat dari pengetahuan tentang norma adat yang tidak sama dikalangan penegak hukum.<sup>4</sup> Seberapa jauh ketentuan tersebut menyimpangi asas legalitas dan berdampak pada tidak adanya jaminan kepastian hukum?

Tulisan jurnal ini akan menjelaskan asas legalitas yang dianut dalam RKUHP dalam kaitannya dengan persoalan batasan dan pengertian hukum yang hidup dalam masyarakat. Pada bagian pertama akan ditelaah batasan pengertian hukum adat akan ditelaah sebagai bagian dari politik hukum nasional. Disini akan dipersoalkan pula persamaan dan perbedaan hukum yang hidup dalam masyarakat dengan hukum pidana adat. Bagian selanjutnya akan menelaah lebih lanjut pilihan hakim untuk memberlakukan delik adat sebagaimana

3 Elsam, 2005, *Asasa Legalitas Dalam Rancangan KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri 1.

4 Pernyataan Harkristuti Harkrisnowo dalam dialog “Akses Perempuan Dalam Keadilan” 8 Juni 2012.

diatur dalam RKUHP (versi 2012). Penelaahan pada bagian ini akan bersifat normatif. Akan ditelaah apa tepatnya sikap dan pandangan pembuat undang-undang (RKUHP) terhadap keberlakuan hukum adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat. Pilihan sadar untuk mengakomodasi pluralisme hukum (pidana) akan dikritisi dari sudut pandang pemahaman asas legalitas dalam ilmu hukum pidana. Pada bagian akhir akan diberikan sejumlah kesimpulan.

## METODE PENELITIAN

Penelitian hukum merupakan seluruh upaya untuk mencari dan menemukan jawaban yang benar (right answer) dan/atau jawaban yang sekali-kali keliru (true answer) mengenai suatu permasalahan, untuk menjawab segala macam permasalahan hukum diperlukan hasil penelitian yang cermat, berketrandalan, dan sah untuk menjelaskan serta menjawab persoalan yang ada.

Penelitian ini termasuk penelitian normatif, yang menggunakan metode doktrin-doktrin, dan asas-asas dalam ilmu hukum yaitu bertolak dari kaidah sebagai ajaran yang memberi aturan terhadap perilaku<sup>5</sup>. Penelitian ini dikategorikan sebagai penelitian deskriptif analitis, yaitu memberikan paparan secara sistematis dan logis, mengenai persoalan pembangunan hukum pidana. Oleh karena dalam penelitian ini yang digunakan sebagai dasar pemikiran dan kerangka acuan adalah bertitik tolak pada disiplin ilmu hukum khususnya hukum pidana. Sedangkan pendekatan yang digunakan pada penelitian ini adalah pendekatan *yuridis normatif*.

---

5 Bernard Arif Sidharta, *Refleksi Tentang Fondasi dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional*, Bandung; Press Universitas Padjadjaran, 1996, hlm. 189-190

## PEMBAHASAN

### Hukum yang Hidup dalam Masyarakat dan Hukum Adat

#### 1. Hukum yang hidup dalam masyarakat dan hukum adat.

Apabila kita berbicara hukum yang hidup (*the living law*) maka kita akan segera teringat pada *Frierich Von Savigny* yang mengatakan hukum hidup dan berkembang bersama masyarakat. Hukum dengan demikian tidak dapat dipikirkan terpisah dari bangsa. Dengan pemikirannya itu, Savigny sebenarnya menentang rencana pemerintah Jerman saat itu untuk seperti dilakukan sebelumnya di Perancis dengan *code penal* dan *code sivil* juga melakukan modifikasi hukum. Bagi Savigny ide modifikasi menafikan karakter dari hukum yang pada kenyataannya terus menerus berkembang bersama budaya dalam kehidupan masyarakat (*volk*). Legislasi dalam pandangannya harus disubordinasikan terhadap "*demands of the comman consciousness*".<sup>6</sup> Dalam pengertian ini pula kita pahami "*the unwitten (customary law)*" yang berubah menjadi "*the comman law of england*" yang tumbuh kembang bersama masyarakat Inggris.

Eugen Ehrlich yang dipengaruhi oleh pemikiran Savigny diatas, tidak memandang hukum sebagai aturan yang berada di luar anggota masyarakat, melainkan diwujudkan dan diungkapkan dalam perilaku mereka sendiri. Hukum lahir dari rahim kesadaran masyarakat akan kebutuhannya. Sebagaimana dikutip oleh David Nelken.<sup>7</sup>

*"the living law is the law dominates itself eventhough it has not been posited in legal propositions. The source of knowledge of this law is, first the modern legal*

---

6 Roger Cotterell, 2003, *The Politics of Jurisprodence A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 2nd edition, Oxford University Press. Oxford, p. 36-39.

7 David Nelken, Eugen Ehrlich, *Living Law, and Plural Legalities*, Theoretical Inquiries in law : 9.2. 2008.

*document, secondly, direct observation of life, of commerce, of customs and usage, and of all associations, not only those that the law has recognized but also of those it has overlooked and passed by, indeed even of those that it has disapproved”.*

Hukum yang hidup, dalam pandangan Ehrlich, tidak dipusatkan di negara, melainkan pada kehidupan masyarakat (*actual practice*), maka untuk living law tentu bersifat pluralistik dan bukan wujud monolit dari kekuasaan negara. Dalam pandangan Ehrlich, sekalipun ia juga menyatakan bahwa *law cannot be imprisoned in code*, titik tolaknya bukan jiwa bangsa seperti yang ditekankan Savigny, melainkan apa yang secara nyata dipraktikkan oleh masyarakat sebagai hukum. Terlepas dari itu kedua teoritis di atas memandang hukum sebagai cerminan dari (jiwa atau praktek kehidupan) masyarakat (*mirror theory*) yang dalam pandangan Tamanaha tidak lagi tepat untuk menggambarkan perkembangan hukum kontemporer baik di negara maju maupun negara berkembang.<sup>8</sup>

## 2. Hukum yang hidup dalam masyarakat non-barat: Pengakuan atas hukum adat

Selain itu konsep hukum yang hidup dalam masyarakat sering kali pula dikaitkan dengan hukum (tidak tertulis) dari masyarakat non-barat. Beranjak dari konsep hukum sebagai jiwa (tumbuh, berkembang dan mati bersama) bangsa, R. Soepomo mengkontraskan sistem hukum kolonial dengan sistem hukum bumiputra. Dalam pandangannya hukum kolonial mencerminkan jiwa dan semangat masyarakat barat, yang bersifat individual-liberal, sekuler dan Abstrak. Hal ini bertolak belakang dari jiwa (sistem) hukum masyarakat bumiputra (adat) yang bersifat kolektif, religius-magis dan konkrit.<sup>9</sup>

Berangkat dari pemikiran R. Soepomo, maka ditegaskan bahwa pembaharuan hukum nasional yang dicanangkan sejak 1960 haruslah berasaskan hukum adat, TAP MPRS II/MPRS/1960 dalam lampiran A Paragraf 402 menetapkan garis-garis besar politik di bidang hukum adat :

- a. Asas-asas pembinaan hukum nasional supaya sesuai dengan haluan negara dan berlandaskan pada hukum adat yang tidak menghambat perkembangan masyarakat adil dan makmur.
- b. Di dalam usaha kearah homogenitas dalam bidang hukum supaya diperhatikan kenyataan-kenyataan yang hidup di Indonesia,
- c. Dalam penyempurnaan undang-undang hukum perkawinan dan hukum waris supaya diperhatikan adanya faktor-faktor Agama, Adat dan lain-lain.

Dari ketetapan tersebut dapat kita cermati kemudian pergeseran dari pengertian hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia sebagai asas-asas yang mencerminkan jiwa bangsa Indonesia. Pertama hukum yang hidup dalam masyarakat diabstraksikan menjadi hukum adat (bangsa-nation), namun bukan hukum yang secara faktual berlaku dan mengikat masyarakat tertentu. Wujud dari Abstraksi hukum adat (itupun yang tidak menghambat perkembangan masyarakat adil dan makmur) ke dalam asas-asas yang memandu pembaharuan hukum nasional dapat kita cermati dalam UUPA/5/1960 yang menyatakan bahwa hak yang menguasai negara adalah hak ulayat (bangsa). Dengan itu pula dianggap lebur klaim hak ulayat dari setiap masyarakat lokal.

Pada saat yang sama, sikap dan pengakuan resmi negara terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat sangat ambivalen. Sebagaimana tampak dalam TAP MPRS di atas, sistem hukum nasional tampaknya akan mengarah pada homogenitas (uniformitas) dengan sekedar syarat “diperhatikan kenyataan-kenyataan yang hidup di Indonesia”. Hukum yang

8 Brian Z. Tamanaha. *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford Universitas Press, Oxford, 2001, hlm, 51-76, 107-132.

9 R. Soepomo, op. Cit, hlm 1-35

hidup dalam masyarakat begitu beragam, karenanya akan ditenggang sepanjang tidak mengganggu pembaharuan/pembangunan sistem hukum nasional yang dibangun atas asas-asas yang diambil dari hukum adat (yang diAbstraksikan). Politik pembaharuan hukum ini kembali muncul secara tegas dalam ide hukum (perundang-undangan) sebagai sarana pembaharuan masyarakat.<sup>10</sup>

Tidak mengherankan bahwa dalam lingkup hukum agraria, pengakuan negara atas keabsahan/legitimitas klaim masyarakat adat atas penguasaan tanah, hutan atau perairan laut (dan keberlakuan aturan adat dalam wilayah teritorial masyarakat adat) selalu dikaitkan pada syarat : sepanjang masyarakat tersebut masih ada dan tidak menghambat pembangunan nasional. Maria Soemardjono mengaitkannya dengan tiga syarat bagi penetapan wilayah adat, pertama masih adanya anggota masyarakat, kedua ada suatu wilayah dengan batas-batas yang jelas dan ketiga ada pranata sosial yang masih hidup/berlangsung.<sup>11</sup> Dalam kenyataan pengakuan ini tampaknya secara tegas harus diberikan oleh pemerintah dan tidak otomatis muncul.

Pengakuan bersyarat seperti dalam hukum agraria dan atau kehutanan tidak berlaku dalam pemberlakuan hukum pidana (materi/formil). Untuk seluruh wilayah Indonesia dan untuk setiap warganegara Indonesia seharusnya berlaku satu sistem hukum pidana. Dalam hal ini baik pemerintah Hindia Belanda maupun Pemerintah Indonesia Merdeka (beranjak dari Pasal 27 ayat (1) UUD 1945; setiap orang berkedudukan sama dihadapan hukum dan pemerintahan dan wajib

menjungjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya), kiranya sepakat untuk memberlakukan satu sistem hukum pidana di seluruh kedaulatan negara, dengan tidak jelasnya apakah masyarakat hukum adat mengenal dan memberlakukan hukum pidana adat (lokal) yang berbeda dan bersifat eksklusif terhadap anggota masyarakatnya. Sebagaimana penulis menyatakan bahwa sistem hukum adat berbeda dari sistem hukum modern dan tidak mengenal pemisahan antara hukum privat dan hukum publik (termasuk didalamnya hukum tata negara, hukum administrasi dan hukum pidana). Sedangkan yang dimaksud dengan pidana adat adalah pelanggaran aturan adat yang diancamkan dengan tindakan kolektif masyarakat adat.

Artinya hukum pidana adat tidaklah dapat dipersandingkan atau dipersamakan dengan sistem hukum pidana modern, baru setelah tahun 2012, Mahkamah Konstitusi membalikkan situasi yang digambarkan di atas berkenaan dengan pengakuan masyarakat adat. Dalam putusan Nomor 35/PUU-X/2012, Mahkamah Konstitusi dengan tegas mengakui klaim penguasaan hutan adat oleh masyarakat adat. Ditegaskan bahwa hutan adat bukanlah bagian dari hutan negara.<sup>12</sup> Sekaligus berarti negara (setidaknya Mahkamah Konstitusi) secara resmi mengakui eksklusifkeberlakuan adat dalam wilayah tersebut. Satu persoalan ialah bahwa pengakuan resmi negara terhadap klaim masyarakat adat terhadap sumber daya (tanah/perairan laut) belum tentu sekaligus, berarti bahwa negara akan mengakui eksklusivitas hukum adat dalam menangani pelanggaran adat yang sekaligus merupakan pelanggaran hukum pidana nasional.

---

10 Hukum Sebagai Sarana Pembaharuan Masyarakat dituangkan dalam tulisan sebagai berikut: Muchtar Kusumaatmadja, 1970, Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional, Binacipta Bandung, 1975

11 Maria Soemardjono, 2008, Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, Kompas, Yogyakarta.

---

12 Keputusan Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Pengujian Undang-Undang No 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan Terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945, No 35/PUU-X/2012.

### 3. Nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Pengertian lain dari hukum yang hidup dalam perkaitan dengan kewajiban hakim dalam sistem peradilan Indonesia : “*Menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”

Hakim dengan kata lain, diwajibkan mencari dan menemukan hukum yang hidup dan mempertimbangkannya dalam putusan yang akan dijatuhkan. Dapat dibayangkan bahwa hukum yang hidup disini tidak serta merta identik dengan konsep hukum (masyarakat) adat yang diperdebatkan diatas. Hukum yang hidup (dan rasa keadilan) dalam masyarakat tidak identik dengan hukum adat yang berlaku bagi dan dalam lingkup terbatas (masyarakat hukum adat tertentu).

Hukum adat kadangkala justru dipandang tidak selayaknya dianggap mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup (berkembang) dalam masyarakat Indonesia. Bahkan hukum adat dianggap kuno/tradisional dalam arti menghambat pembangunan atau justru memuat dan mempertahankan nilai-nilai yang bertentangan dengan rasa keadilan yang hidup (dan berkembang dalam masyarakat Indonesia kontemporer).

### 4. Kewajiban hakim untuk menggali dan menemukan hukum yang hidup.

Kemudian apa makna dan ruang lingkup pengertian nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat yang harus digali dan ditemukan oleh hakim ? Dikaitkan dengan hakim perdata, maka kewajiban diatas dapat kita kaitkan dengan pengertian terbuka dari konsep perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 BW). Hakim dalam setiap perkara harus menelaah (menggali dan menemukan) apakah pokok perkara yang melandasi tuntutan betul merupakan perbuatan melawan hukum dan memunculkan hak untuk menuntut

ganti rugi, juga berkaitan dengan kontrak perdata, ketentuan Pasal 1339 BW menyatakan suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang. Dalam menilai keabsahan kontrak dan ruang lingkup hak kewajiban bertimbal balik para pihak, dengan demikian hakim wajib menggali, menemukan dan memberlakukan apa yang diharuskan menurut kepatutan, kebiasaan. Singkat kata, para pihak tidak hanya diatur terbatas pada apa yang secara tegas termuat dalam kontrak, namun juga diatur dalam kebiasaan yang harus di gali, ditemukan dan ditegaskan oleh hakim tatkala memutus perkara.

Apakah kewajiban serupa berlaku bagi hakim pidana? Ketika Indonesia mengadopsi dan memberlakukan WvS menjadi bagian dari sistem hukum nasional, maka hukum adat sebenarnya tidak mendapat tempat lagi dalam sistem hukum pidana Indonesia.<sup>13</sup> Tetapi sejak tahun 1951 dengan diberlakukannya Undang-Undang No 1 Drt Tahun 1951, pemerintah (kekuasaan kehakiman) berwenang memberlakukan aturan/norma hukum pidana adat sepanjang perbuatan terkait tidak diatur (tidak ada bandingannya) dalam KUHP. Ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b UU 1 Drt 1951 menyatakan :

*“Hukum materil sipil dan untuk sementara waktu pun hukum materil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah Swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh Pengadilan Adat, ada tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang itu, dengan pengertian : Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus*

---

13 Bandingkan dengan zaman kolonial lihat R. Soepomo, Loc.cit. Ia menyatakan bahwa hukum pidana adat diberlakukan hanya di wilayah swapraja (daerah petalukan) untuk masyarakat pedesaan otonom melalui peradilan adat, itu pun dengan rationae materiae sangat terbatas.

*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 pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan yang terhukum, bahwa bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut fikiran hakim melampaui padanya dengan hukuman kurungan atau denda yang dimaksud di atas, maka atas kesalahan terdakwa dapat dikenakan hukumannya pengganti setiap 10 tahun penjara dengan pengertian bahwa adat yang menurut paham hakim tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa mesti diganti seperti tersebut diatas, dan bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat”*

Berdasarkan ketentuan diatas hakim memiliki opsi untuk menerapkan norma hukum adat (berlaku di wilayah swapraja dan pedesaan yang tunduk pada peradilan adat). Bahwa pilihan ini dibuat dalam rangka memudahkan proses transisi dari sistem hukum dan peradilan kolonial yang pluralistik ke arah pemberlakuan satu sistem hukum dan peradilan nasional. Dalam konteks ini, hakim pidana dianggap berhadapan dengan hukum adat (tradisional) yang sudah ketinggalan zaman dan sebenarnya tidak lagi sesuai dengan cita-cita negara kesatuan Republik Indonesia. Sebaliknya, dinyatakan pula hakim hanya akan memperhatikan dan memberlakukan norma pidana adat sepanjang “suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana” Pengakuan akan delik yang diambil dari hukum yang hidup ini (hukum adat), namun demikian, ditundukan pada persyaratan yang ketat. Bila perbuatan yang sama-sama diatur dalam KUHP (ada bandingannya).

Singkat kata, sikat dan pandangan pembuat undang-undang sangatlah jelas bahwa delik adat hanya akan diakui dan diberlakukan dengan mengikuti persyaratan ketat, apa yang harus diprioritaskan pada akhir adalah penegakan hukum pidana (modern yang dikobtraskan dengan hukum (pidana) adat. Selain itu pada akhirnya, hukum (pidana) adat. Selain itu pada akhirnya, hukum pidana adat harus dikesampaingkan bahkan senantiasa diganti apa bila “menurut penilaian hakim tidak selaras lagi dengan perkembangan zaman.

Penelitian yang dilakukan oleh Mardjono 1994 menunjukkan hanya ada sedikit kasus di mana delik adat diperhatikan. Sejumlah 5 kasus dimana delik adat diganti dengan padanan dalam KUHP dan hanya 2 kasus di mana hakim memberlakukan delik adat yang tidak ada padanannya dalam KUHP, yaitu menyangkut kasus salah ucap dan kasus menghamili wanita namun tidak bersedia mengawininya.<sup>14</sup> Dapat pula dibayangkan bahwa lebih jauh lagi hakim akan menerapkan persyaratan serupa dengan pengakuan hukum adat dalam lingkup hukum agraria : sepanjang masyarakat yang bersangkutan betul masih ada dan hukum (pidana) adat tersebut tidak bertentangan dengan norma-norma pidana modern (tidak menghambat pembangunan nasional).

Sebaliknya bila kita bertolak bukan dari hukum (delik) adat yang dianggap tidak lagi sesuai dengan zaman, namun dari hukum yang hidup dalam masyarakat maka akan lebih mudah membayangkan bahwa juga hakim pidana akan dapat memenuhi kewajiban menggali dan menemukan hukum dan rasa keadilan yang hidup. Dalam konteks ini, Satjipto Rahardjo berbicara tentang hakim progresif dan hukum progresif yang menekankan bahwa hukum, melalui putusan hakim, sejatinya dibuat dan

---

14 Mardjono Reksodiputro, 1995, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 104-107

diabdikan pada kepentingan manusia (rasa keadilan).<sup>15</sup>

Kerap kali Satjipto merujuk pada kasus-kasus dimana hakim (pidana) melalui metode penemuan hukum, memperluas lingkup pengertian unsur dalam ketentuan pidana (misalnya benda dalam penipuan yang dianggap juga mencakup "kehormatan/keperawanan") untuk melakukan penerobosan hukum. Putusan hakim yang dilandasi kepentingan memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Pada lain pihak dapat kita pertanyakan apakah putusan menghukum pelaku kasus "video porno Ariel" lebih dilandaskan pada niat untuk menghukum hubungan seks bebas yang sekalipun tidak/belum diancam pidana dalam hukum pidana Indonesia, dapat dipandang menurut "tuntutan" hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai perbuatan tercela yang hukum) dari larangan dalam KUHP karena hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat sekarang ini cenderung menerima kebenaran dan kepatutan poligami, bahkan lebih jauh lagi, orang kemudian mempertanyakan kewenangan negara (untuk mencatat dan mengesahkan perkawinan ataupun pembatalan/perceraian) karena "keyakinan dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat" berpihak pada pemenuhan persyaratan agama dalam pengesahan serta pembatalan perkawinan.

### **Pengakuan dan Keberlakuan Hukum Adat dan/atau Hukum yang Hidup dalam Masyarakat di dalam RKUHP.**

#### **1. Tempat dan kedudukan hukum adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat di dalam hukum pidana menurut RKUHP**

Tidak dapat dipungkiri bahwa perancang RKUHP menghendaki agar negara (melalui hakim pidana dalam sistem peradilan pidana) mengakui dan turut menegakan larangan

atau kewajiban adat - delik adat - yang berlaku dalam masyarakat (hukum) adat. Ketentuan Pasal 100 RKUHP menegaskan :

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

### **Pidana pengganti sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dapat juga berupa pidana ganti kerugian.**

Masuknya delik adat atau delik (menurut hukum yang hidup dalam masyarakat) ke dalam proses peradilan pidana nasional dapat terjadi dengan sejumlah pola, antara lain ; Sudah ada putusan ketua adat atau penjatuhan sanksi tetapi tidak dilaksanakan. Masyarakat atau ketua adat meminta bantuan negara melalui sistem peradilan pidana untuk menegaskan keberlakuan hukum adat dan sanksi yang sudah dijatuhkan. Dalam hal terpidana menolak, hakim pidana dapat menjatuhkan pidana pengganti untuk pidana denda. Kemungkinan kedua, masyarakat adat atau kelompok masyarakat mengadukan pelanggaran aturan (adat atau hukum yang hidup) kepada polisi-jaksa. Perkara ini yang

15 Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, 2006, hlm 54-58, 118-119

kemudian diperiksa langsung oleh hakim pidana.

Rumusan ketentuan di atas tampaknya masih sejalan dengan UU No 1 Drt 1951, hakim pidana dapat menetapkan pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dan penjatuhan pidana dikonstruksikan sebagai alat paksa agar terpidana memenuhi kewajiban yang dibebankan masyarakat adat/hukum yang hidup dalam masyarakat.

Satu hal yang mungkin berbeda berkenaan dengan derajat penghormatan atau pengakuan terhadap hukum adat, dari sudut pandang UU No 1 Drt 1951, hukum adat (yang berlaku di swapraja dan peradilan adat) pada akhirnya akan dikesampingkan untuk diganti oleh hukum pidana nasional (yang modern). Tidak demikian halnya dengan RKUHP yang seolah-olah memandang hukum adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat sederajat dengan ketentuan-ketentuan pidana dalam hukum negara. Hal ini tampak dalam penjelasan Pasal 2 (1) RKUHP.

*“Hukum yang hidup maksudnya hukum yang hidup dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Bentuk hukum yang hidup dalam masyarakat hukum Indonesia, antara lain dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian terdapat juga dalam lapangan hukum pidana yaitu yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat. Untuk memberikan dasar hukum yang mantap mengenai berlakunya hukum pidana adat, maka hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ini. Ketentuan pada ayat ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Diakuinya tindak pidana adat tersebut*

*untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu”*

Tersirat dari ketentuan diatas adanya dua mekanisme penyelesaian sengketa dimana sistem peradilan pidana dikonstruksikan lebih sebagai alat pemaksa terakhir (sejalan dengan asas subsidiaritas). Pertama adalah mekanisme adat (dengan atau tanpa proses peradilan) yang menjatuhkan kewajiban hukum tertentu kepada pelaku yang melanggar hukum adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat. Kedua adalah sistem peradilan pidana, dimana hakim pidana mengukuhkan keberlakuan kewajiban yang dibebankan kepada terdakwa dengan cara menjatuhkan denda sepanjang terdakwa tidak menjalankan kewajiban tersebut.

Maka yang menjadi pertanyaan adalah seberapa jauh hakim pidana harus mengakui dan mengakomodasi hukum yang hidup dalam masyarakat setempat (bukan hukum adat masyarakat setempat) ? Apakah yang dimaksud dengan masyarakat setempat juga mencakup pemerintah daerah yang melalui peraturan daerah mengkualifikasikan perbuatan tertentu sebagai perbuatan tercela yang dapat dikenakan sanksi. Terbayangkan di sini, misalnya larangan khusus bagi perempuan keluar malam hari dan peraturan-peraturan daerah lainnya yang bersifat diskriminatif. Sebagaimana muncul dalam praktek, ternyata larangan keluar rumah pada malam hari bagi perempuan mendapat kecaman di berbagai pihak terutama kaum buruh itu sendiri, sehingga dirasakan ketidakadilan bagi seorang gorok perempuan.

Terkait dengan fenomena ini timbul pertanyaan apakah masyarakat yang mewakili *opinio iuris* (hukum yang hidup) akan pula mencakup organisasi formal (misalnya MUI) atau organisasi masyarakat (partai politik dll) pendukung mereka lainnya ? Khususnya MUI, dalam lintas waktubanyak menerbitkan fatwa yang tidak saja berisikan himbuan umum, namun memuat perintah larangan yang terhadap umat Islam. Satu yang kontroversial menyangkut pelarangan

menganut dan pengkategorian aliran Ahmaddiyah sebagai aliran sesat. Fatwa ini kemudian seolah-olah membenarkan perlakuan diskriminatif yang menimpa mereka dan memberikan landasan hukum bagi sikap perilaku masyarakat (setempat atau yang berkepentingan) untuk merusak, membakar mesjid dan mengusir masyarakat penganut Ahmaddiyah.<sup>16</sup>

Kesemua persoalan yang diangkat di atas pada tataran teori bersentuhan dengan kewajiban negara untuk menghormati dan menegakan asas legalitas dalam penegakan hukum pidana. Betul bahwa dalam semua sistem hukum (tidak terkecuali hukum nasional) semua orang akan dianggap mengetahui hukum dan sebab itu tidak dapat membela diri dengan berdalih tidak mengetahui hukum untuk meloloskan diri dari pertanggungjawaban hukum (pidana). Pada saat sama pengandaian ini harus dibarengi dengan penghormatan terhadap asas legalitas. Bagaimana sebenarnya RKUHP, tatkala mengakui keberlakuan hukum adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat, memandang keberlakuan asas legalitas ?

### ASAS LEGALITAS DALAM RKUHP

Berangkat dari apa yang diuraikan di atas dapat dipahami mengapa RKUHP mengatur asas Legalitas secara berbeda dengan KUHP. Di dalam KUHP asas Legalitas berlaku mutlak dan sebab itu sebenarnya tidak ada tempat bagi pengakuan atas keberlakuan hukum tidak tertulis (hukum adat atau hukum yang berlaku dalam masyarakat) di dalam sistem peradilan pidana nasional. Hukum tidak tertulis dianggap tidak memberikan kepastian hukum (*lex certa*). Berbeda dengan RKUHP dengan mengakomodasi keberlakuan hukum adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat, keduanya hukum tidak tertulis (dalam arti bukan hukum

formal), memberlakukan prinsip Legalitas yang berbeda.

Ketentuan Pasal 1 (1) RKUHP menyatakan :

“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”

Namun kemudian ketentuan Pasal 2 (2) RKUHP menyatakan bahwa penerapan asas Legalitas :

“(....) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. 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 dan negara”

Dalam hal ini hukum pidana formal (tertulis) dikontraskan dengan hukum informal bukan buatan negara (tidak tertulis).<sup>17</sup> Keduanya dianggap berlaku dan mengikat warga. Artinya hukum formal (tertulis) dan hukum informal (tidak tertulis) dianggap memiliki kekuatan berlu yang setara oleh hakim pidana. Hakim pidana dalam memeriksa perkara, kemudian harus memperhatikan apakah dalam kasus tersebut bersentuhan dengan pelanggaran norma adat.

Terlepas dari itu, berkenaan dengan hukum adat maupun hukum yang hidup dalam masyarakat dikaitkan persyaratan (*conditionality*) bahwa keberlakuannya hanya akan diakui oleh masyarakat.

Ukuran ini berbeda dengan apa yang diterapkan dalam UU No 1 Drt 1951

16 Fatwa dan Kekerasan Terhadap Ahmaddiyah, Freedom Institute, <http://www.freedom-institute.org/id/indek.php.page=artikel&id=316>

17 Dengan mengikuti pemilahan pada tradisi common law . Lihat Marry Ann Glendon et

atau secara umum dalam hukum agraria, sepanjang masyarakat yang bersangkutan masih ada dan tidak bertentangan dengan kepentingan pembangunan/pembaharuan hukum nasional.

Dapat kita bayangkan bahwa hakim pidana (*judex factii*) sebelum mengakuidan menerapkan norma adat (delik pidana adat) atau delik pidana dalam hukum yang berlaku dalam masyarakat akan menguji terlebih dahulu terhadap nilai-nilai Pancasila, hak asasi manusia dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat. Menjadi pertanyaan dalam hal *Judicial review*,<sup>18</sup> ini diperadilan tingkat pertama, apa tepatnya yang dimaksud dengan nilai-nilai Pancasila, hak asasi manusia dan prinsip hukum umum yang diakui masyarakat (*general principles of international law as recognized by civilized nations*) dan apakah *judicial review* ini hanya dapat dilakukan oleh Mahkamah Agung, apakah hakim pidana memiliki kewenangan untuk melakukan *judicial review* terhadap hukum adat dan/atau hukum yang hidup dalam masyarakat, dan kemudian memuat pertimbangan tentang itu dalam penjatuhan pidana?

Dengan kata lain, hakim pidana berdasarkan ketentuan Pasal 100 RKUHP di atas sebenarnya dapat menetapkan pemenuhan kewajiban adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat maupun sebaliknya (dapat) membatalkan keberlakuan norma tidak tertulis tersebut. Lebih jauh lagi, putusan ketua adat perihal penjatuhan sanksi adat atau keberlakuan larangan/perintah adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat oleh hakim pidana dalam putusannya dapat saja dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum karena dinilai bertentangan dengan nilai—nilai Pancasila,

hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui oleh seluruh masyarakat bangsa.

### ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA (TINJAUAN UMUM)

Umumnya dikatakan bahwa sistem hukum pidana modern (nasional bahkan Internasional) wajib dibangun dan mulai dari prinsip legalitas, itu sebabnya mengapa baik KUHP maupun RKUHP di bagian umum langsung memuat asas legalitas, juga statuta Mahkamah Pidana Internasional secara tegas memuat asas legalitas.<sup>19</sup> Bahkan semua ketentuan pidana (nasional-internasional) yang termuat di dalam perundang-undangan pidana sejatinya merupakan pengejawantahan dari asas ini. Oleh sebab itu sangat penting memahami apa cakupan makna asas ini.

Dapat dikatakan bahwa asas legalitas atau *nulum crimen, nulla poena sine lege* sebenarnya memuat prinsip-prinsip.<sup>20</sup> *Pertama*, adalah prinsip *non-retroactivity (nulum crimen sine lege praevia)*, berdasarkan prinsip ini, maka suatu perbuatan tidak dipidana *terkecuali atas kekuatan aturan pidana menurut undang-undang yang telah ada sebelumnya*. *Kedua*, adalah prinsip larangan penggunaan analog (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), ketentuan dalam perundang-undangan pidana tidak boleh diterapkan terhadap suatu kasus konkret tertentu berdasarkan analog. *Ketiga*, prinsip bahwa pemidanaan haruslah dijatuhkan berdasarkan ketentuan perundang-undangan bukan berdasarkan kebiasaan. *Keempat*, prinsip rumusan undang-undang harus jelas (*lex certa*) sehingga dapat dijadikan pegangan oleh

al, 1994, Comparative Legal Tradition, Text, Materials and Cases, Second edition, West Publishing, St Paul MN, hlm 671

18 Judicial Review, UU no 5 tahun 2004 tentang Perubahan atas UU No 14 tahun 1985, tentang Mahkamah Agung, diubah lsgi dengan UU No3 tahun 2009, tentang Mahkamah Agung.

19 Yudi Latif, 2011, Negara Paripurna; Rasionalitas dan Aktualitas Pancasila, cetakan ke-4 Kompas Gramedia, Jakarta, hlm, 245-246

20 Prinsip Legalitas diatur dalam art. 22,23,24 Rome Statute of the International Criminal Court.

masyarakat mengenai perbuatan apa yang boleh/tidak boleh dilakukan. *Kelima*, prinsip tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan oleh undang-undang. *Keenam*, penuntutan pidana hanya diperbolehkan menurut cara yang ditentukan oleh undang-undang (proses yang ditetapkan dalam hukum acara pidana dan yang dijalankan dalam sistem peradilan pidana).

Prinsip-prinsip sebagaimana muncul dari asas legalitas di atas, merupakan jaminan perlindungan bagi individu dari kesewenang-wenangan negara, melalui penerapan asas ini, negara (*otoritas publik*) dilarang membuat dan memberlakukan ketentuan pidana yang membatasi-mengurangi hak asasi manusia dari masyarakat secara sewenang-wenang. Perlindungan tersebut, terwujud dalam keharusan dibuatnya ketentuan pidana secara tertulis (*lex scripta*), melalui prosedur yang demokrasi dan kemudian diundangkan secara layak dan tidak memberlakukannya surut, ini berkaitan dengan fiksi hukum, setiap orang diandaikan mengetahui hukum, yakni seketika larangan/perintah yang termuat dalam hukum tertulis telah diundangkan (dan disosialisasikan), apa yang ditekankan di sini adalah kepastian hukum bagi warga dan juga perlakuan non-diskriminatif.

Asas legalitas tidak saja merupakan bagian dari prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat secara nasional, bahkan dinyatakan sebagai *jus cogens (fundamental principles<sup>21</sup>) namun juga dirumuskan sebagai hak asasi manusia, yakni hak untuk tidak diadili dengan ketentuan pidana yang berlaku surut. Asas ini dimuat juga dalam Universal Declaration of Human Rights (UDHR) dan dalam International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).<sup>22</sup>*

Didalam kedua instrumen terpenting hak asasi manusia tersebut dinyatakan bahwa asas legalitas mewujudkan hak asasi manusia yang sepenuhnya tidak dapat dikurangi atau ditunda (*non-derogable right*).

Pertanyaan disini, apakah pengenyampingan RKUHP atas asas legalitas kemudian dapat dibenarkan dari sudut pandang pemahaman asas legalitas diatas? Jawabannya cepat ialah bahwa perancang RKUHP telah melakukan kesalahan tatkala memungkinkan pembaerlakuan hukum (pidana) adat dan/ atau hukum pidana yang hidup dalam masyarakat bukanlah hukum tertulis yang dibuat berdasarkan prosedur tertentu dan dituangkan dalam wujud peraturan perundang-undangan formal.<sup>23</sup> Konsekuensi logisnya ialah memberlakukannya (juga secara terbatas dengan mengkaitkan pada sejumlah persyaratan), yang kemungkinan idaklah dimungkinkan karena bertentangan dengan hak asasi manusia dan asas-asas hukum umum yang diakui oleh masyarakat, bangsa-bangsa

Namun tetap terbuka kemungkinan lain, dalam hal ini pemberlakuan hukum adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat tidak perlu dibenturkan terhadap asas legalitas. Kita bisa belajar dari tumbuh kembangnya *The Common Law of England*. Peraturan atau norma didalamnya berasal dari local costum (tidak tertulis namun dipraktekkan di daerah-daerah) yang dikumpulkan, ditulis dan diterapkan secara konsisten dan dikembangkan melalui putusan pengadilan (*judge made law*).<sup>24</sup>

Kita dapat argumentasikan lagi bahwa setiap orang termasuk pendatang, sudah seharusnya peka dan tau diri (sadar hukum) terhadap norma-norma tidak tertulis yang tumbuh kembang dalam masyarakat

21 Principles of Legality dikategorikan sebagai salah satu *fundamental principles* dalam hukum pidana, Gabriel Hallevy, 2010, *A Modern Treatise on The Principle of Legality in Criminal Law*, Springer, Heidelberg.

22 Art 15 ICCPR : No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal

offence, under national or international law, at the time it was committed.

23 Asas Legalitas Formal dari Materil dan Merujuk pada pengertian Undang-Undang dalam arti Foemal dan undang-undang dalam arti Materiil

24 Marry Ann Lendon et al, Op cit, hlm 709-710.

sebagaimana terefleksi dalam putusan-putusan pengadilan.

## KESIMPULAN

Bagaimanapun jawabannya terhadap persoalan diatas kiranya inti persoalan yang masih akan terus diperdebatkan dalam ilmu hukum umum maupun ilmu hukum pidana adalah seberapa jauh hukum tidak tertulis baik dalam wujud hukum adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat harus diakui kekuatan mengikatnya oleh negara. Bagaimana negara harus menyikapi pluralisme sistem hukum ? Perintah umum dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman adalah bahwa hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Peluang ini sebenarnya terbuka lebar bagi hukum keperdataan yang memuat norma-norma yang bersifat terbuka dan banyak hal diatur lebih khusus dalam praktik. Sebaliknya, kewajiban hakim pidana untuk mencari, menemukan dan memberlakukan hukum tidak tertulis akan berbenturan dengan kepentingan kepastian hukum dan larangan non-diskriminasi. Kebutuhan nyata adalah mengembangkan hukum pidana tertulis yang berlaku bagi seluruh warga tanpa kecuali (non-diskriminasi) demi kepentingan umum (public order). Dikaitkan dengan asas legalitas, sistem hukum pidana nasional (modern) akan tetap cenderung mengedepankan unifikasi dan kodifikasi.

Dilain pihak mengakomodasi tuntutan masyarakat adat atau masyarakat hukum (non adat) akan pengakuan keabsahan sistem norma mereka secara faktual tidak dapat diabaikan begitu saja oleh negara. Hal ini kiranya cukup diilustrasikan oleh hasil wawancara yang disampaikan pada bagian awal tulisan ini. Bahkan sebagaimana diindikasikan di atas juga hakim pidana wajib menggali, dan menemukan hukum yang hidup dalam masyarakat. Kompromi yang tercapai dapat dilihat dalam ambivalensi negara ketika merumuskan pengertian hukum yang

hidup (dalam arti luas mencakup pula hukum masyarakat adat dalam arti sempit ; hukum non adat yang hidup dalam masyarakat) serta batasan kapan hukum yang hidup tersebut wajib diakui oleh hakim pidana. Satu peluang untuk menghindari sikap ambivalen demikian ialah bagi negara (pembuat undang-undang) untuk mengadopsi norma-norma hukum adat atau hukum yang hidup dalam peraturan perundang-undangan, mengAbstraksikan atau pilihan terakhir adalah mengkristalisasikan norma-norma yang hidup dalam masyarakat hukum adat atau non-adat ke dalam putusan pengadilan (*yurisprudensi*).

## DAFTAR PUSTAKA

- Cotterrell, R, 2003, *The Politics of Jurisprodence A Critical Introduction to Legal Philosophy 2* edition, Oxford University Press, Oxford.
- Elsam, *Asas Legalitas Dalam Rancangan KUHP, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #1*, 2005.
- Fatwa dan Kekerasan Terhadap Ahmadiyah*, Freedom Institute, <http://www.freedom-institute.org/id/index.php?page=artikel&id=316>
- Glendon M, A, et al, 1994, *Comparative Legal Traditions, Text, Materials and Cases, Second edition*, West Publishing, St Paul MN.
- Hallevy, G, 2010, *A Modern Treatise on The Principle of Legallityin Criminal Law*, Springer, Heidelberg.
- International Covenant on Civil and Political Rights* J E Sahetapy, 2003, (ed), *Hukum Pidana* , Liberty Yogyakarta, cet. Ke-2.
- Keputusan Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Pengujian Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 No. 35/PUU-X/2012*.
- M Soemardjono, 2008, *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, Kompas, Yogyakarta.
- Mardjono Reksodiputro, 1999, *Pembaharuan Hukum Pidana (kumpulan karangan buku keempat)*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas

- Indonesia, Jakarta.
- Mochtar Kusumatmadja, 1970, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Binacipta, Bandung.
- , *Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Binacipta, Bandung, 1975.
- , *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Binacipta, Bandung, 1976.
- Nelken, D, Eugen Ehrlich, *Living Law, and Plural Legalities, Theoretical Inquiries in Law* : 9.2 2008, (leading on-line Journal) - article 6 <http://www.bepress.com/til/default/vol9/iss2/art.6>.
- R Soepomo, 1997, *Sistem Hukum di Indonesia Sebelum Perang Dunia II*, cetakan ke  
limabelas, PT. Pradnya Paramita, Jakarta.
- Rome Statute of the International Criminal Court* 1998.
- S Rahardjo, 2007, *Membedah Hukum Progresip*, Kompas.
- Suseno S dkk, *Penerapan Hukum Pidana Adat Terhadap Suatu Tindak Pidana Melalui Putusan Pengadilan Dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Laporan Penelitian Andalan Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Dana BLU Universitas Padjadjaran, 2012.
- Tumanaha, B, Z, 2001, *A General Jurisprodence of Law and Society*, Oxford University Press, Oxford.
- Y Latif, 2011, *Negara Paripurna : Historitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*, Cetakan ke-4, Kompas Gramedia, Jakarta.