



Hukum Pidana Adat dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia: Paradigma Baru Asas Legalitas

Ahmad Baihaki,¹ Muhammad Haikal Ghiffari²

¹Fakultas Hukum Universitas Airlangga, E-mail: ahmad.baihaki-2023@fh.unair.ac.id

²Fakultas Hukum Universitas Airlangga, E-mail: muhammad.haikal.ghiffari-2023@fh.unair.ac.id

Info Artikel

Masuk : 11 Desember 2023

Diterima : 16 April 2024

Terbit : 30 April 2024

Keywords :

Principle of Legality, A New Paradigm of Criminal Law, Customary Criminal Law

Kata kunci :

Asas Legalitas, Paradigma Baru Hukum Pidana, Hukum Pidana Adat.

Corresponding Author:

Ahmad Baihaki, E-mail: ahmad.baihaki-2023@fh.unair.ac.id

DOI :

10.24843/KP.2024.v46.i01.p03

Abstract

The position of the principle of legality in the realm of criminal law is very important, the principle of legality serves to determine whether an act can be punished or not. However, over time, the provisions of the principle of legality in the new paradigm of criminal law have been softened by accommodating laws that still apply in people's lives or customary law to determine whether someone should be punished. Then what becomes interesting to discuss in this article is the urgency of softening the principle of legality in the new paradigm of criminal law and the application of customary criminal law in the National Criminal Code. This article uses legal research by using a statutory approach, conceptual approach, and historical approach. The results of the study concluded that the softening of the principle of legality in the new paradigm of criminal law is a form of realization of protection for victims of criminal acts, the criminal acts in question are criminal acts that are not regulated by law but are contrary to the principles that still apply and develop in community life. The application of customary criminal law in the National Criminal Code will be compiled through regional regulations in accordance with the function of the regional regulation itself so that regional regulations can specifically regulate customary criminal provisions that apply in the region.

Abstrak

Kedudukan asas legalitas dalam ranah hukum pidana merupakan hal yang sangat penting, asas legalitas berfungsi untuk menentukan apakah suatu tindakan dapat dijatuhi pidana atau tidak. Namun, seiring perkembangan waktu, ketentuan asas legalitas dalam paradigma baru hukum pidana diperlunak rumusannya dengan cara mengakomodir hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat atau hukum adat untuk menentukan apakah seseorang patut dipidana. Kemudian yang menjadi menarik untuk dibahas dalam artikel ini adalah urgensi perlunakan asas legalitas dalam paradigma baru hukum pidana serta penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional. Penelitian artikel ini menggunakan penelitian hukum dengan memakai pendekatan perundang-undangan, pendekatan konseptual, serta pendekatan historis. Hasil penelitian menyimpulkan bahwa perlunakan asas legalitas dalam paradigma baru hukum pidana adalah sebagai bentuk perwujudan perlindungan bagi korban tindak pidana, tindak pidana yang

dimaksud adalah tindak pidana yang tidak diatur oleh undang-undang namun bertentangan dengan prinsip-prinsip yang masih berlaku dan berkembang di kehidupan masyarakat. Penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional akan di kompilasi melalui peraturan daerah sesuai dengan fungsi peraturan daerah itu sendiri sehingga peraturan daerah dapat mengatur secara spesifik ketentuan pidana adat yang berlaku pada daerah tersebut.

1. Pendahuluan

Dalam ranah hukum pidana, asas legalitas menduduki posisi yang sangat penting. Selain itu, terdapat juga prinsip lain, yakni asas culpabilitas, atau yang dalam bahasa Belanda dikenal dengan *geen straf zonder schuld*. Kedua prinsip tersebut berfungsi untuk memastikan apakah sebuah tindakan atau perbuatan dapat dikenakan pidana atau tidak. Khususnya untuk memastikan apakah pelaku melakukan tindak pidana yang secara bersamaan menetapkan pertanggungjawabannya.¹ Asas legalitas mencerminkan bahwa adanya penghormatan terhadap hak asasi manusia yang diberikan oleh konstitusi.² Walaupun tidak disebutkan secara jelas dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, namun Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 281 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memberikan tempat untuk asas legalitas.³ Dalam kerangka perlindungan hak asasi manusia, prinsip legalitas tersebut sebagai pembatas kesewenang-wenangan penguasa.

Paradigma baru dalam hukum pidana dapat didefinisikan sebagai adanya upaya perubahan konsep atau konsep dasar, tidak hanya mengubah tekstualnya saja. Walaupun paparan tekstualnya tidak dapat diabaikan, nilai dasar dibalik tekstual itulah yang menjadi prioritas dalam perubahan hukum pidana.⁴ Menurut Muladi yang dikutip oleh Tongat et al., telah memberikan setidaknya lima gagasan dalam upaya reformasi hukum pidana nasional. Reformasi hukum pidana pertama-tama harus didasarkan pada beberapa hal seperti alasan sosiologis, politis dan praktis, serta harus sesuai dengan ideologi nasional Pancasila. Selain itu, reformasi hukum pidana tidak diperkenankan menghapuskan segi-segi yang terkait dengan keadaan manusia, lingkungan dan ketradisionalitas Indonesia, serta harus menyadari keberadaan hukum yang masih berlaku di masyarakat menjadi sebuah sumber hukum yang positif maupun negatif. Selanjutnya, reformasi hukum pidana harus mengikuti perkembangan tren dalam masyarakat beradab. Pencegahan juga harus menjadi pertimbangan penting dalam reformasi ini, mengingat sifat peradilan pidana sangat keras dan tujuan pemidanaannya adalah pencegahan. Terakhir, reformasi hukum pidana harus responsif

¹ Anjari, W. (2019). Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 Dan 025/PUU-XIV/2016. *Jurnal Konstitusi*, 16 (1), 1-22, h. 6.

² Putri, N.S. (2021). Memikirkan Kembali Unsur "Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat" Dalam Pasal 2 RKUHP Ditinjau Perspektif Asas Legalitas. *Indonesia Criminal Law Review*, 1 (1), 60-72, h. 64-65.

³ Lihat Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 281 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁴ Tongat, T, et al. (2020). Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional. *Jurnal Konstitusi*, 17 (1), 158-177, h. 158.

terhadap kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi untuk meningkatkan efektivitasnya di masyarakat,⁵ pada intinya reformasi hukum pidana harus mengikuti perkembangan zaman karena maraknya modus operandi baru.

Makna dari paradigma baru hukum pidana mencerminkan usaha untuk mereformasi hukum pidana berdasarkan pertimbangan sosial politik, sosial filosofis, dan sosial budaya. Reformasi ini menekankan pengembangan segi-segi tertentu yang perlu diperbaharui dalam hukum pidana. Dengan ungkapan lain, reformasi hukum pidana harus berakar pada implementasi konsep perubahan dan pembaharuan dalam berbagai hal, termasuk perubahan dan pembaharuan terhadap kebijakan yang menjadi dasarnya.⁶ Oleh karena itu, reformasi hukum pidana bertujuan untuk menyesuaikan kembali hukum pidana agar sejalan dengan prinsip-prinsip sosial politik, sosial filosofis, dan kultur masyarakat Indonesia yang menjadi dasar kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum. Pada dasarnya reformasi hukum pidana ialah merupakan pendekatan kebijakan yang memperhatikan nilai-nilai, dan pendekatan ini perlu diimplementasikan dalam usaha reformasi hukum pidana. Suatu pembaharuan hukum dapat dikatakan sebagai pembaharuan apabila mewujudkan cita-cita dan nilai-nilai dasar bangsa Indonesia.

Jika membaca Pasal 2 RKUHP yang kini telah diundangkan menjadi Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 yang selanjutnya disebut KUHP Nasional, dapat dijelaskan bahwa di samping hukum positif yang diakui oleh sistem hukum Indonesia terdapat juga hukum lain yaitu hukum tidak tertulis. Pengakuan terhadap hukum yang tidak tertulis dalam sistem hukum Indonesia memunculkan perdebatan yang sampai saat ini belum mencapai kesimpulan. Bagi kalangan orang yang menghendaki keberadaan Pasal 2 KUHP Nasional mempertahankan keberlakuan hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat didasarkan pada pandangan bahwa di wilayah-wilayah tertentu Indonesia masih mengakui eksistensi hukum tidak tertulis dan dianggap lebih memuaskan masyarakat karena menciptakan keadilan. Argumen tambahan yang disampaikan oleh kalangan ini adalah bahwa hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat melambangkan corak bangsa Indonesia. Sedangkan pandangan dari kalangan yang tidak menghendaki Pasal 2 KUHP Nasional di latar belakang atas penempatan ketentuan hukum yang masih berlaku dalam kehidupan masyarakat bertolak belakang dengan Pasal 1 KUHP Nasional dan Pasal 1 KUHP Kolonial, serta terjadinya pelanggaran terhadap kepastian hukum,⁷ dikarenakan asas legalitas sangat khas dengan ciri atau sifatnya yang positivistik yang tentunya akan menjamin kepastian hukum. Berdasarkan latar belakang diatas, terdapat dua rumusan masalah yang akan dibahas dalam artikel ini yaitu urgensi perlunakan asas legalitas dalam paradigma baru hukum pidana serta penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional. Adapun tujuan penelitian ini adalah untuk menganalisis urgensinya perlunakan asas legalitas dalam paradigma baru hukum pidana, serta untuk menganalisis penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional. Telah ada beberapa penelitian terdahulu yang menulis tentang perlunakan asas legalitas ataupun keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana tercantum dalam KUHP Nasional, diantaranya adalah:

⁵ *Ibid.*

⁶ Arief, B.N. (2010). *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, h. 29.

⁷ Putri, N.S. (2021). *Op.Cit.* h. 61.

1. Artikel yang berjudul *Memikirkan Kembali Unsur "Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat" Dalam Pasal 2 RKUHP Ditinjau Perspektif Asas Legalitas*, yang ditulis oleh Nella Sumika Putri. Dalam penelitian tersebut menolak secara tegas perlunakan asas legalitas sebagaimana tercantum dalam Pasal 2 ayat 1 KUHP Nasional karena dipandang akan bertentangan dengan asas legalitas itu sendiri.
2. Artikel yang berjudul *Hukum yang Hidup dalam masyarakat dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, yang ditulis oleh Tongat, Said Noor Prasetyo, Nu'man Aunuh, Yaris Adhial Fajrin. Dalam penelitian tersebut membenarkan keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat dalam KUHP Nasional baik secara ilmiah maupun secara yuridis karena memiliki landasan yang kuat.
3. Artikel yang berjudul *Pergeseran Asas Legalitas Formal Ke Formal Dan Material Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, yang ditulis oleh I Dewa Made Suartha. Dalam penelitian tersebut secara tegas menyatakan bahwa paham individualisme liberalistis yang dalam hal ini asas legalitas formal sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP Kolonial sudah tidak sesuai lagi dengan konsep dan pemikiran bangsa Indonesia sehingga secara tidak langsung penelitian ini membenarkan pergeseran asas legalitas.

Meskipun telah ada beberapa penelitian terdahulu sebagaimana disebutkan diatas, namun penelitian tersebut ditulis sebelum diundangkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang selanjutnya disebut KUHP Nasional sehingga pada penelitian-penelitian terdahulu yang disebutkan diatas belum secara tegas menganalisis ataupun menguraikan penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional yang dimana hal ini adalah yang menjadi salah satu kebaruan dalam tulisan penulis yakni penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional. Akan tetapi tidak hanya itu, dalam tulisan ini juga diuraikan tentang urgensi atau pentingnya paradigma baru asas legalitas.

2. Metode Penelitian

Penelitian artikel ini menggunakan penelitian hukum (*legal research*), yaitu penelitian yang fokus pada pencarian kebenaran koherensi⁸ untuk menjawab isu hukum yang ada berupa urgensi perlunakan asas legalitas dalam paradigma baru hukum pidana dan penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional. Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer yang bersifat otoritas berupa peraturan perundang-undangan, disertai bahan hukum sekunder berupa buku hukum dan jurnal hukum. Pendekatan yang digunakan mencakup pendekatan perundang-undangan dengan menggunakan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Kolonial, dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang selanjutnya disebut KUHP Nasional, pendekatan historis dilakukan dengan cara meneliti latar belakang dan perkembangan terkait asas legalitas, dan pendekatan konseptual didasarkan pada pandangan para ahli hukum dan doktrin ilmu hukum.

⁸ Marzuki, P.M. (2023). *Penelitian Hukum Edisi Revisi*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, h. 47.

3. Hasil dan Pembahasan

3.1 Urgensi Perlunakan Asas Legalitas Dalam Paradigma Baru Hukum Pidana

Asas legalitas yang termuat dalam KUHP, berasal dari Bahasa latin yang seringkali diucapkan sebagai *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, yang pertama kali diungkapkan oleh Anselm von Fuerbach yang merupakan sarjana hukum pidana asal Jerman. Anselm von Fuerbach memperkenalkan teorinya di bidang ilmu hukum pidana, yang dikenal sebagai *psyhologische zwang* atau ajaran tentang paksaan psikologis. Anselm von Fuerbach menguraikan pandangannya yang dikutip oleh P.A.F Lamintang dan Franciscus Theojunior Lamintang, menyatakan bahwa asas legalitas ini didirikan bukan sebagai dukungan terhadap individualisme, melainkan untuk lebih menjamin kebaikan bersama dan hak-hak semua warga negara. Menurutnya, landasan umum mengenai perlu atau tidaknya hukuman dijatuhkan dan keberadaannya adalah untuk menjaga kebebasan bersama dengan mencegah niat individu melakukan perbuatan salah. Dalam konteks hukum pidana, Fuerbach menekankan pentingnya asas legalitas dalam memberikan ancaman hukuman, dalam artian bahwa setiap hukuman yang dijatuhkan oleh hakim harus berupa suatu implikasi hukum dari undang-undang, hal ini bertujuan untuk melindungi hak-hak dasar setiap individu. Oleh karena itu, suatu undang-undang harus memuat ancaman hukuman agar mereka mengetahui hukuman apa yang akan dijatuhkan apabila mereka melanggar hukum, hal ini juga ditujukan untuk melindungi hak-hak dasar setiap individu.⁹

Secara umum, asas legalitas memiliki tiga konsep. Pertama, suatu tindakan hanya dapat dianggap sebagai tindak pidana jika sudah diatur sebelumnya dalam perundang-undangan. Kedua, penggunaan analogi untuk menetapkan adanya suatu tindak pidana tidak diizinkan. Ketiga, ketentuan pidana tidak dapat diterapkan secara surut (*retroaktif*). Makna yang pertama menekankan perlunya adanya aturan hukum terlebih dahulu, hal ini jelas tertulis dalam rumusan Pasal 1 ayat 1 KUHP yang dalam bahasa belandanya berbunyi *wettelijke strafbepaling* yang dapat diartikan sebagai ketentuan pidana haruslah berada dalam undang-undang. Namun dengan adanya ketentuan Pasal 1 KUHP ini menimbulkan konsekuensi, dimana tindakan-tindakan menurut hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat tidak dapat dijangkau oleh hukum pidana.¹⁰

Fungsi asas legalitas pada hakikatnya hanya memiliki dua fungsi, yaitu fungsi protektif dan fungsi restriktif.¹¹ Fungsi protektif ditujukan untuk melindungi masyarakat dari kesewenang-wenangan penguasa dan/atau melindungi masyarakat dari kesewenang-wenangan hakim. Sementara fungsi restriktif ditujukan untuk membatasi kekuasaan penguasa dan/atau membatasi kesewenang-wenangan hakim. Dalam konteks melindungi dan membatasi masyarakat dari kesewenang-wenangan hakim dapat dimaknai sebagai suatu upaya untuk menghindari masyarakat dari peradilan sesat (*rechterlijk dwaling*). Namun pada kenyataannya, fungsi perlindungan hanya berlaku untuk pelaku. Dalam hal demikian, pelaku tidak dapat dituntut kecuali tindakan atau perbuatan tersebut dilarang oleh undang-undang, meskipun suatu tindakan tersebut

⁹ Lamintang, P.A.F., & Lamintang, F.T. (2016). *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika, h. 131.

¹⁰ Moeljatno. (2008). *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: Rineka Cipta, h. 27.

¹¹ Yuherawan, D. (2012). Kritik Ideologis Terhadap Dasar Kefilsafatan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana. *Jurnal Dinamika Hukum*, 12 (2), 221-235, h. 222.

menyebabkan kerugian besar bagi korban dan masyarakat pada umumnya. Begitu pula dengan fungsi pembatasan yang hanya berlaku untuk pelaku. Sebab, negara tidak dapat menuntut seseorang yang melakukan tindakan atau perbuatan yang tidak dilarang oleh undang-undang, sekalipun tindakan atau perbuatan itu menimbulkan kerugian besar bagi korban dan masyarakat umum. Akibatnya, suatu tindakan atau perbuatan tercela menurut hukum adat tidak dapat dihukum karena tidak diatur dalam KUHP.

Beranjak dari hal di atas, menyebabkan munculnya kritik dan gagasan perubahan dari para ahli hukum sebagai akibat dari prinsip-prinsip dasar asas legalitas yang masih kaku seperti ini. Deni Setyo Bagus dalam Ateng Sudibyo dan Aji Halim Rachman,¹² berpendapat bahwa sudah waktunya untuk mengembangkan gagasan tentang dekonstruksi asas legalitas menggunakan paradigma yang lebih modern. Ia menyatakan bahwa prinsip dasar asas legalitas menjadikan posisi pelaku dan korban secara tidak seimbang. Hal ini dikarenakan bahwa prinsip dasar asas legalitas cenderung hanya memperhatikan kepentingan hak dasar individu (pelaku), sementara mengabaikan kepentingan hak dasar dari pihak yang menjadi korban.

Barda Nawawi Arief dalam Ateng Sudibyo dan Aji Halim Rahman, mengemukakan pandangan yang serupa terkait eksistensi prinsip legalitas dalam KUHP.¹³ Menurutnya, Dengan adanya ketentuan ini, menjadikan hukum tidak tertulis tidak dapat diakui keberadaannya sebagai sumber hukum positif. Menurutnya, hal itu dapat dimaklumi apabila hukum pidana tidak tertulis diabaikan atau ditinggalkan pada masa penjajahan Belanda, karena sesuai dengan politik hukum Belanda pada masa itu. Akan tetapi penerapan kebijakan yang seperti itu setelah kemerdekaan akan sangat disayangkan. Dengan tetapnya ketentuan asas legalitas seperti ini, hukum tidak tertulis menjadi tidak berlaku di kehidupan masyarakat sehingga tidak dapat terungkap sepenuhnya, terutama dalam proses peradilan pidana.

Penerapan asas legalitas formal tentu juga berdampak pada hakim, karena mereka selalu terikat pada aturan tertulis dan harus mendasarkan keputusannya pada aturan tertulis dalam menjatuhkan putusan. Dalam artian, hakim tidak mempunyai kebebasan untuk menafsirkan hukum atau dapat dikatakan bahwa hakim hanya sebagai corong undang-undang. Di satu sisi asas ini menguntungkan kepentingan perseorangan, namun kepentingan kelompok tidak terlindungi karena ketentuan asas legalitas yang masih kaku seperti ini. Sebab asas ini menerangkan mereka yang dapat dikenakan hukuman adalah orang-orang yang melakukan tindakan atau perbuatan yang telah lebih dahulu ditentukan oleh undang-undang. Indonesia adalah negara yang menerapkan hukum pidana warisan Belanda yang berorientasi pada paham individualisme (hanya menguntungkan individu). Dengan tetap berlakunya asas legalitas yang demikian berpotensi menimbulkan pengaruh yang signifikan terkait dengan eksistensi dan evolusi hukum di Indonesia, khususnya yang berkaitan dengan eksistensi hukum adat yang masih berlaku di masyarakat. Hal ini menunjukkan bahwa

¹² Sudibyo, A., & Rahman, A.H. (2021). Dekonstruksi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana. *Journal Presumption of Law*, 3 (1), 55-79, h. 57.

¹³ *Ibid.* h. 58

prinsip legalitas formal tersebut mempunyai kelemahan karena bersifat kaku dan kurang dinamis.¹⁴

Masalah ketidakpastian hukum memang selalu muncul dari hukum tidak tertulis karena kebiasaan yang menjadi dasarnya dapat berlainan dari satu daerah ke daerah yang lain dan selalu adaptif terhadap perubahan zaman. Meskipun tidak menjamin kepastian hukum secara universal, hukum tidak tertulis mencerminkan keadilan melalui kebiasaan dan praktik yang berkembang dalam masyarakat.¹⁵ Dalam artian keadilan lah yang menjadi tujuan utama.

Sehingga dalam upaya reformasi hukum nasional, yang perlu ditingkatkan adalah pemikiran alternatif terkait sistem hukum yang masih berlaku di masyarakat. Sistem hukum nasional harus mampu memajukan pembangunan negara dan memenuhi kebutuhan dalam pergaulan internasional, sambil tetap berpegang pada prinsip-prinsip dan aspirasi hukum yang masih aktif di kehidupan masyarakat. Dalam perubahan hukum pidana, asas legalitas formal akan tetap dipertahankan, namun rumusannya diperlunak secara signifikan dengan menggunakan landasan atau dasar hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat untuk memastikan dapat atau tidak dipidananya suatu tindakan atau perbuatan.¹⁶

Pengakuan terhadap ketentuan hukum yang masih berlaku di masyarakat dalam paradigma baru hukum pidana sejalan dengan doktrin melawan hukum secara materiil dengan fungsi positifnya maupun negatifnya. Dalam fungsi positifnya, sebuah tindakan dianggap pasti sebagai tindak pidana meskipun undang-undang tidak melarangnya, asalkan suatu tindakan itu dianggap sebagai tindak pidana menurut hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat. Dalam hal demikian ketentuan pidana adat menjadi sumber hukum positif. Sedangkan dalam fungsi negatifnya, ketentuan pidana adat menjadi sumber hukum negatif, dalam artian ketentuan pidana adat dapat menjadi pembenaran suatu perbuatan atau tindakan, dapat juga sebagai hal yang meringankan, atau alasan yang memberatkan suatu tindakan atau perbuatan tersebut.¹⁷ Menurut Moeljatno sebagaimana yang dikutip oleh Yuber Lago et al., mengatakan bahwa untuk dianggap melawan hukum secara materiil, suatu perbuatan atau tindakan harus memenuhi semua unsur-unsur delik (*delictsomchrijving*) yang berada dalam sebuah Pasal, tetapi juga harus bertentangan dengan hukum yang masih berlaku di masyarakat, termasuk norma-norma dasar atau kenyataan-kenyataan yang masih berlaku di masyarakat. Norma-norma dasar dan kenyataan ini tidak lain tidak bukan adalah *living law* yang biasanya tidak terkodifikasi. Dari ketentuan ajaran sifat melawan hukum materiil diatas berkatalah Van Bammelen dan Van Hattum sebagaimana dikutip oleh Yuber Lago et al., perancang undang-undang pidana (saat itu) tidak mempertimbangkan sifat melawan hukum hingga sejauh artian materiil. Akibatnya,

¹⁴ Pristiwati, E. (2014). Konsekuensi Yang Timbul Dari Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Materiil. *Syariah: Jurnal Hukum Dan Pemikiran*, 13 (2).

¹⁵ Marzuki, P.M. (2022). *Teori Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group. h. 21.

¹⁶ Suartha, I.D.M. (2015). Pergeseran Asas Legalitas Formal Ke Formal Dan Material Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional. *Jurnal Yustisia*, 4 (1), 235-244, h. 239.

¹⁷ Pujiyono, P. (2011). Hukum Pidana Adat Sub-Culture Kehidupan Hukum Di Indonesia. *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, 40 (2), 148-157, h. 154.

pada tahun 1875, hukum tidak tertulis hampir tidak diakui bahkan tidak diizinkan di Belanda.¹⁸

Diperlunakkan asas legalitas dengan cara mengakomodir hukum yang masih berlaku di masyarakat atau hukum tidak tertulis untuk menentukan bahwa seseorang dapat dipidana didasarkan pada hasil seminar hukum nasional 1963 pada butir dua dan empat. Butir dua menyatakan “setelah mempelajari dan mengamati evolusi ketentuan pidana umum dalam KUHP di negara lain, asas legalitas sebaiknya disesuaikan dengan karakteristik Indonesia dan perkembangan revolusi”. Sedangkan butir empat menyatakan “yang dimaksud sebagai tindakan jahat tersebut adalah tindakan-tindakan yang unsur-unsur deliknya dapat ditemukan dalam KUHP ini maupun di undang-undang yang lain. Tentu ini tidak menghalangi pelarangan tindakan-tindakan menurut ketentuan hukum adat yang masih berlaku serta tidak mencegah pengembangan masyarakat yang diharapkan tersebut, dengan hukuman adat yang masih relevan dengan kehormatan bangsa”.¹⁹

3.2 Penerapan Hukum Pidana Adat Dalam KUHP Nasional

Keberagaman di Indonesia menimbulkan berbagai implikasi, salah satunya adalah banyaknya suatu kebiasaan yang diterapkan disetiap daerah sehingga dijadikan sebuah tradisi. Suatu hal yang diterapkan disetiap daerah ini selalu dipatuhi oleh masyarakat setempat dan memiliki sanksi apabila dilanggar. Hal yang dipatuhi oleh masyarakat dan dilaksanakan secara turun temurun menjadikannya sebagai peraturan meskipun tidak tertulis. Suatu kebiasaan yang dilaksanakan secara turun temurun serta memiliki sanksi bagi pelanggarnya inilah merupakan pengertian dari hukum adat. Hukum adat dilandasi kepada moral sehingga dapat diterapkan oleh masyarakat. Adanya sanksi dalam hukum adat memiliki tujuan berupa pengendalian sosial bagi masyarakat yang menganutnya.²⁰ Penerapan hukum adat di Indonesia masih belum banyak diterapkan dalam jalannya sistem hukum Indonesia. Penegak hukum lebih memilih menerapkan pendekatan hukum konvensional dalam menyelesaikan suatu permasalahan. Hal ini terjadi karena hukum adat belum bisa menjangkau perkembangan yang terjadi. Melihat lebih jauh dalam praktiknya, seringkali terjadi sebuah permasalahan yang mengharuskan penegak hukum menerapkan pendekatan berdasarkan hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat, tepatnya adalah hukum adat.

Sebagaimana telah dikatakan bahwa perkembangan hukum pidana menunjukkan adanya upaya reformasi hukum pidana yang didasarkan pada sosial politik, sosial filosofis, dan sosial budaya masyarakat Indonesia.²¹ Hal tersebut bermakna bahwa ada beberapa aspek yang harus diperhatikan dalam perkembangan hukum pidana dan harus sesuai dengan tujuan hukum pidana. Adapun Menurut Mardjono Reksodiputro dalam Didik Endro Purwoleksono, terdapat tiga poin yang menjadi tujuan utama hukum pidana. Pertama, melindungi masyarakat untuk mencegah agar mereka tidak

¹⁸ Lago, Y., et al. (2023). Dilema Keadilan Hukum antara Hukum Tidak Tertulis yang Hidup (*Ongeschreven Recht*) dan Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia Ditinjau dari Aspek Filosofis. *DiH: Jurnal Ilmu Hukum*, 19 (1), 71-84, h. 79-80.

¹⁹ Prodjodikoro, W. (2003). *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia*. Bandung: Reflika Aditama, h. 20-21.

²⁰ Hajati, S, et.al. (2018). *Buku Ajar Hukum Adat*. Jakarta: Prenada Media Group. p. 4.

²¹ Arief, B.N. (2010). *Loc. Cit.*

jatuh menjadi korban kejahatan. Kedua, menangani kasus kejahatan di tengah masyarakat sehingga menciptakan keadilan di kalangan masyarakat. Ketiga, pelaku kejahatan tidak mengulangi kejahatannya (efek jera).²² Berdasarkan tujuan hukum pidana tersebut, terdapat beberapa aspek yang menjadi vital. Pertama adalah segi sosial, reformasi hukum pidana sejatinya untuk mengatasi masalah sosial di lingkup masyarakat. Kedua adalah segi kriminal, hukum pidana harus menjadi sarana perlindungan masyarakat dari kejahatan. Ketiga adalah segi penegakan hukum, reformasi hukum pidana lebih berfokus pada *legal substance* untuk keefektifan hukum pidana.²³ Beberapa hal diatas adalah aspek-aspek penting yang harus dibenahi dan diperhatikan dalam reformasi hukum pidana.

Pembaharuan yang signifikan dapat dilihat pada penambahan materi muatan tentang hukum adat dalam KUHP Nasional. Sejatinya, hukum adat telah diakui oleh sistem hukum Indonesia, tepatnya pada masa Hindia-Belanda. Ketentuan Pasal 131 ayat (6) *Indische Staatsregeling* menyatakan bahwa hukum yang berlaku bagi kaum bumi putera adalah hukum bangsa Indonesia. Maksud dari hukum bangsa Indonesia adalah hukum adat. Ketentuan tersebut menunjukkan bahwa hukum adat telah diakui oleh sistem hukum Hindia-Belanda. Ketentuan adat dalam sistem hukum Indonesia secara eksplisit terdapat pada Pasal 18B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa negara mengakui adanya hukum adat selama tidak bertolak belakang dengan prinsip-prinsip dasar yang dianut oleh negara. Lebih lanjut, ketentuan mengenai hukum adat juga dimuat dalam rumusan Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang menyatakan bahwa dalam rangka penghormatan terhadap hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan masyarakat hukum adat harus mendapat perhatian dan perlindungan dari aspek hukum, aspek masyarakat, juga dari aspek pemerintah.²⁴ Lebih lanjut lagi, dalam pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman mengatur bahwa hakim diwajibkan untuk mencari, mengikuti, serta memahami nilai-nilai hukum yang masih aktif berkembang di tengah-tengah masyarakat. Ketentuan tersebut memiliki makna bahwa hakim dalam memutuskan sebuah perkara tidak hanya bersumber dari hukum positif, namun juga perlu memperhatikan prinsip-prinsip hukum yang masih berlaku di masyarakat. Berdasarkan beberapa aturan hukum diatas, dapat dikatakan bahwa perlu adanya pengaturan secara khusus terhadap hukum adat dalam hukum positif Indonesia. Sayangnya keberadaan hukum adat dalam sistem hukum Hindia-Belanda tidak diwariskan dalam sistem hukum Indonesia. Ketentuan KUHP Kolonial tidak mencantumkan ketentuan hukum pidana adat, karena rezim hukum pidana Indonesia menganut satu asas penting, yaitu asas legalitas. Asas legalitas disebutkan bahwa dapat dikenakan pidana apabila suatu tindakan atau perbuatan tersebut telah diatur oleh undang-undang, sedangkan ketentuan hukum adat atau hukum yang masih berlaku dalam kehidupan masyarakat tidak diatur dalam KUHP Kolonial.

²² Purwoleksono, D.E. (2019). *Hukum Pidana Untaian Pemikiran*. Surabaya: Airlangga University Press, h. 76.

²³ Arief, B.N. (2010). *Op.Cit.* h. 30.

²⁴ Sukma, D.P. (2023). Pemberlakuan Delik Adat Dalam Hukum Pidana Nasional. *Jurnal Inovasi Penelitian*, 3 (10), 7937-7950, h. 7940.

Prinsip legalitas memiliki pengertian bahwa apabila sebuah tindakan seseorang tersebut tidak diatur terlebih dahulu oleh undang-undang, maka orang tersebut tidak dapat dikenakan pidana. Prinsip legalitas tersebut ditujukan untuk menjamin kepastian hukum.²⁵ Rezim hukum pidana Indonesia yang menganut asas legalitas memiliki landasan berpikir yang bertolak belakang dengan hukum pidana adat, sebab pada dasarnya asas legalitas dalam rezim hukum pidana Indonesia didasarkan pada rumusan pasal yang mengatur sebuah tindakan dan sanksi yang diancamkan, hal ini berbeda dengan tujuan hukum pidana adat. Hukum pidana adat lebih mendasarkan kepada moral masyarakat. Hadirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP Nasional) berhasil mengeliminasi perbedaan yang mendasar tersebut. Pasal 2 KUHP telah berhasil mengakomodir berlakunya hukum pidana adat dalam rezim hukum pidana Indonesia. Pasal 2 KUHP Nasional menyatakan:

1. Aturan sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) tidak menghilangkan keberadaan hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat sebagai tolak ukur untuk memastikan bahwa seseorang patut dikenakan pidana meskipun tindakan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini.
2. Hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat yang dimuat dalam ayat (1) berlaku di daerah hukum itu hidup dan selama tidak diatur dalam KUHP ini.
3. Aturan mengenai prosedur dan standar untuk menetapkan hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat diatur melalui Peraturan Pemerintah.²⁶

Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional memiliki pengertian bahwa asas legalitas telah mengalami perubahan sifat, yang awalnya bersifat kaku menjadi lunak, karena asas legalitas dalam KUHP Nasional tidak lagi hanya bertumpu pada hukum yang tertulis, melainkan didasarkan juga pada hukum yang hidup di masyarakat. Pengertian "hukum yang hidup di masyarakat" pada Pasal 2 KUHP Nasional diatas adalah dapat dimaknai sebagai hukum yang masih berlaku dan berkembang di kehidupan masyarakat, yaitu hukum adat. Diakomodirnya hukum pidana adat dalam KUHP Nasional menimbulkan sebuah isu hukum, yaitu penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional. Isu hukum ini muncul karena pengaturan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional hanya sebatas ketentuan umum dan tidak spesifik, sedangkan hukum adat di Indonesia sangatlah beragam.

Pasal 2 KUHP Nasional menjadi fondasi berlakunya hukum pidana adat dalam rezim hukum pidana Indonesia. Bisa disimpulkan bahwa penerapan hukum pidana adat dalam rezim hukum pidana Indonesia ialah dengan merumuskannya ke dalam peraturan daerah di tempat keberadaan hukum pidana adat tersebut.²⁷ Ide perumusan ketentuan hukum pidana adat ke dalam peraturan daerah dilatar belakangi oleh Pasal

²⁵ Manarisip, M. (2012). Eksistensi Pidana Adat Dalam Hukum Pidana Nasional. *Jurnal Lex Crimen*, 1 (4), 24-40, h. 25.

²⁶ Lihat Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

²⁷ Purwoleksono, D.E. (2023). *Perkembangan 3 Pilar Hukum Pidana Di Indonesia*. Malang: Litnus, h. 43.

15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 sebagaimana telah diperbaharui oleh Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Pasal tersebut menyatakan bahwa materi mengenai ketentuan pidana hanya dapat disertakan dalam undang-undang, peraturan daerah provinsi, dan peraturan daerah kabupaten/kota. Dengan merujuk pada pasal tersebut maka tiada pilihan lain kecuali mengakomodir ketentuan pidana adat ke dalam peraturan daerah.²⁸ Peraturan daerah dapat mengatur ketentuan hukum pidana adat berdasarkan hukum yang masih berlaku di masyarakat yang didasarkan oleh masyarakat hukum adat. Dirumuskannya ketentuan pidana adat ke dalam peraturan daerah, juga dilatarbelakangi oleh fungsi peraturan daerah itu sendiri. Ketentuan pidana adat dalam peraturan daerah merupakan bentuk dari penerapan otonomi daerah, persamaan hak dan kewajiban masyarakat hukum adat, dan sebagai wadah kekhasan dan ragam budaya setiap daerah. Ketentuan pidana adat dalam peraturan daerah dapat diatur secara lebih spesifik sesuai dengan hukum adat yang berlaku pada daerah tersebut.

4. Kesimpulan

Perlunakan asas legalitas dalam paradigma baru hukum pidana adalah sebagai bentuk perwujudan perlindungan bagi korban tindak pidana, tindak pidana yang dimaksud adalah tindak pidana yang tidak diatur oleh undang-undang namun bertentangan dengan prinsip-prinsip yang masih berlaku dan berkembang di kehidupan masyarakat. Perlunakan asas legalitas dengan cara mengakomodir hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat sebagai tolak ukur untuk menentukan apakah seseorang patut dipidana juga sejalan dengan cita-cita seminar hukum nasional tahun 1963 pada butir dua dan empat. Diakomodirnya ketentuan hukum yang masih berlaku di masyarakat atau hukum adat dalam KUHP Nasional menjadikan suatu hal yang tidak diatur dalam undang-undang namun bertentangan dengan prinsip-prinsip yang masih hidup dan berkembang di kehidupan masyarakat dapat ditindak secara hukum. Ketentuan pidana adat dalam KUHP Nasional terdapat dalam Pasal 2 yang menyatakan bahwa ketentuan sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) tidak menghilangkan keberadaan hukum yang masih berlaku di kehidupan masyarakat sepanjang tidak diatur dalam undang-undang ini. Tentunya hal itu harus sejalan dengan nilai-nilai dasar Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab. Penerapan hukum pidana adat dalam KUHP Nasional akan di kompilasi melalui peraturan daerah sesuai dengan fungsi peraturan daerah itu sendiri sehingga peraturan daerah dapat mengatur secara spesifik ketentuan pidana adat yang berlaku pada daerah tersebut.

Daftar Pustaka

Buku

- Arief, B.N. (2010). *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Hajati, S, et.al. (2018). *Buku Ajar Hukum Adat*. Jakarta: Prenada Media Group.

²⁸ Zain, M.A. (2023). Peran Desa Adat Dalam Merumuskan Dan Mengimplementasikan Ketentuan Pidana Berasal Dari Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Sebagaimana Diatur Dalam KUHP Baru. *Jurnal Rechtsvinding: Media Pembinaan Hukum Nasional*, 12 (1), 1-25, h. 15.

- Marzuki, P.M. (2023). *Penelitian Hukum Edisi Revisi*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group
- Marzuki, P.M. (2022). *Teori Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Moeljatno. (2008). *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: Rineka Cipta
- Lamintang, P.A.F., & Lamintang, F.T. (2016). *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Prodjodikoro, W. (2003). *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia*. Bandung: Reflika Aditama.
- Purwoleksono, D.E. (2019). *Hukum Pidana Untaian Pemikiran*. Surabaya: Airlangga University Press.
- Purwoleksono, D.E. (2023). *Perkembangan 3 Pilar Hukum Pidana Di Indonesia*. Malang: Litnus.

Jurnal

- Anjari, W. (2019). Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 Dan 025/PUU-XIV/2016. *Jurnal Konstitusi*, 16 (1), 1-22.
- Lago, Y., et al. (2023). Dilema Keadilan Hukum antara Hukum Tidak Tertulis yang Hidup (*Ongeschreven Recht*) dan Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia Ditinjau dari Aspek Filosofis. *DiH: Jurnal Ilmu Hukum*, 19 (1), 71-84.
- Manarisip, M. (2012). Eksistensi Pidana Adat Dalam Hukum Pidana Nasional. *Jurnal Lex Crimen*, 1 (4), 24-40.
- Pristiwati, E. (2014). Konsekuensi Yang Timbul Dari Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Materiil. *Syariah: Jurnal Hukum Dan Pemikiran*, 13 (2).
- Pujiyono, P. (2011). Hukum Pidana Adat Sub-Culture Kehidupan Hukum Di Indonesia. *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, 40 (2), 148-157.
- Putri, N.S. (2021). Memikirkan Kembali Unsur "Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat" Dalam Pasal 2 RKUHP Ditinjau Perspektif Asas Legalitas. *Indonesia Criminal Law Review*, 1 (1), 60-72.
- Suartha, I.D.M. (2015). Pergeseran Asas Legalitas Formal Ke Formal Dan Material Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional. *Jurnal Yustisia*, 4 (1), 235-244
- Sudiby, A., & Rahman, A.H. (2021). Dekonstruksi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana. *Journal Presumption of Law*, 3 (1), 55-79.
- Sukma, D.P. (2023). Pemberlakuan Delik Adat Dalam Hukum Pidana Nasional. *Jurnal Inovasi Penelitian*, 3 (10), 7937-7950.
- Tongat, T, et al. (2020). Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional. *Jurnal Konstitusi*, 17 (1), 158-177.
- Yuherawan, D. (2012). Kritik Ideologis Terhadap Dasar Kefilsafatan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana. *Jurnal Dinamika Hukum*, 12 (2), 221-235.
- Zain, M.A. (2023). Peran Desa Adat Dalam Merumuskan Dan Mengimplementasikan Ketentuan Pidana Berasal Dari Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Sebagaimana Diatur Dalam KUHP Baru. *Jurnal Rechtsvinding: Media Pembinaan Hukum Nasional*, 12 (1), 1-25.

Peraturan Perundang-Undangan

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana.
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.