

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Indonesia adalah negara hukum, dimana secara tegas dinyatakan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Konsekuensi Indonesia sebagai negara hukum adalah terdapat produk hukum yang dijadikan aturan dalam bernegara. Hukum di Indonesia tidak terlepas dari sejarah perkembangan dan masyarakatnya. Hukum tidak dapat dipisahkan dengan masyarakatnya, seperti andagium *Ubi societas ibi ius* yaitu dimana ada masyarakat disana ada hukum, sehingga hukum tidak lahir dari suatu tindakan bebas (*arbitrary act of a legislator*), tetapi dibangun dan dapat ditemukan di dalam jiwa masyarakat. Hukum secara hipotesis dapat dikatakan berasal dari kebiasaan dan selanjutnya dibuat suatu aktivitas hukum (*juristic activity*) (Maladi,2010:452). Aktivitas hukum diciptakan manusia untuk menciptakan tertib sendiri. Tertib itu ada dan dikehendaki atas kesepakatan masyarakat atau kelompok manusia. Muncul secara alamiah sebagai kebutuhan bersama, dalam hal ini hukum dijadikan sebagai pranata sosial. Realisasi tertib bersama diwujudkan dalam pranata-pranata hukum, baik substansi, kelembagaan (struktur), maupun budaya hukum. Keberadaannya bersifat *rooted, pacuierdan base on society* artinya hukum itu hidup dan berkembang sesuai dengan nilai-nilai masyarakatnya (Pujiyono, _:148).

Setiap negara memiliki ciri khas tersendiri dalam mengatur masyarakatnya. Peraturan yang ada baik tertulis maupun tidak tertulis

mencerminkan peradaban suatu masyarakat. Permasalahan yang ada dihadapi oleh tiap-tiap negara dengan pengaturan yang mencirikan masyarakatnya (kebiasaan). Bahkan jauh sebelum Belanda datang dan menjajah Indonesia, bangsa ini sudah memiliki hukumnya sendiri yang sekarang lebih dikenal dengan hukum adat. Hukum adat adalah hukum asli Indonesia yang secara legal diakui dalam konstitusi negara, tertuang dalam Pasal 18B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Deskripsi di atas dapat menggambarkan bangsa Indonesia tetap mempertahankan eksistensi hukum adat dalam tataran hukum nasional (Undang-Undang). Hal ini menunjukkan tidak lain untuk menjamin adanya kepastian hukum dan keadilan hukum serta menjaga dari kekosongan hukum bagi masyarakat Indonesia. Adanya jaminan konstitusi dan pengakuan negara terhadap eksistensi hukum adat dan masyarakat hukumnya dituangkan dalam konstitusi Indonesia yang dinyatakan dalam Pasal 18A ayat (1) UUD 1945 yang pada intinya mengamanatkan pemerintah untuk memperhatikan kekhususan dan keragaman daerah. Pasal 18B ayat (1) dan ayat (2) menyatakan:

- (1) Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintah daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.
- (2) Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

Isi Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 pada frasa “sepanjang masih hidup” mengamanatkan bahwa negara Indonesia menganggap hukum adat sebagai sumber hukum yang perlu dijadikan sebagai sumber pedoman hidup bermasyarakat (Maladi,2010:456). Pengakuan tersebut tidak serta merta membawa hukum adat dalam kedudukan yang kuat di dalam hukum pidana nasional, bahkan dapat dikatakan menjadi polemik hukum.

Polemik yang dimaksud adalah hukum adat membuat penerapan asas legalitas menjadi terdegradasi kekuatan mengikatnya. Degradasi asas legalitas karena adanya hukum adat dijadikan dasar pembedaan yang dinyatakan dalam Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 Tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil. Padahal asas legalitas merupakan asas sentral dan fundamental yang dijadikan gerbang utama dalam hukum pidana, untuk menentukan ada atau tidaknya perbuatan pidana serta pertanggungjawaban pidana bagi pelaku atau pelanggarnya. *Het legaliteitbeginsel is een van de meest fundamentele beginselen van het strafrecht* (Asas legalitas adalah asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana) (Christianto,2007:348).

Keberadaan asas legalitas yang dinyatakan sangat fundamental ternyata mengalami pergeseran dalam pemahamannya seiring dengan perkembangan kehidupan masyarakat. Asas legalitas tidak lagi dipahami sesuai dengan pemahaman awal dibentuk yang dilatarbelakangi oleh runtuhnya absolutisme penguasa (raja), namun disesuaikan dengan konteks saat asas legalitas ini diberlakukan. Melunaknya asas legalitas saat ini jelas terlihat dari

adanya Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, khususnya Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 10 ayat (1) yang dimana masing-masing menyatakan sebagai berikut:

Pasal 5 ayat (1) : “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Pasal 10 ayat (1) : “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”

Pemahaman mengenai makna asas legalitas sebenarnya sudah selesai dan sudah didapat kesamaan pendapat di antara ahli hukum pidana yang pada intinya menyebutkan tidak ada suatu perbuatan yang dapat dikenakan pidana tanpa ada suatu peraturan perundang-undangan pidana terlebih dahulu sebelum perbuatan itu dilakukan (Christianto,2007:348). Asas legalitas Indonesia dituangkan dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, yang menyatakan bahwa, “Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada”.

Permasalahan yang timbul adalah bagaimana memaknai asas legalitas agar mengkomodir hukum pidana adat, untuk mendukung pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Permasalahan ini muncul karena terdapat beberapa norma masyarakat yang belum diatur dalam KUHP Indonesia yang merupakan hasil kodifikasi hukum Belanda. Sehingga hakim harus menggali hukum yang hidup

dimasyarakat atau melalui yurisprudensi sebagai upaya penemuan hukum sebagai pemenuhan rasa keadilan.

Salah satu kasus pidana yang tidak ada bandingnya dalam KUHP sehingga dilakukan penemuan hukum oleh hakim sebagai wujud perlindungan, dan rasa keadilan hukum terhadap korban kesusilaan (zina) yang berakibat hamil adalah pada Putusan Pengadilan Negeri (PN) Gianyar tertanggal 12-4-1976 no. 23/pid/sum/1976 jo. Putusan Pengadilan Tinggi (PT) Denpasar tertanggal 26-8-1977 no. 14/ptd/1977 jo. Putusan Mahkamah Agung (MA) tertanggal 8-10-1979 no. 195 k/kr/1978.11 Duduk perkara yang diperiksa dan diadili oleh PN Gianyar tersebut di atas adalah sebagai berikut:

I Wayan Supatra, umur +/- 21 tahun, tinggal di Banjar Belodtangluk, Desa dan Kecamatan Sukawati, daerah Tk.II Gianyar, Bali, telah berpacaran dengan Ni Ketut Sarmi sejak tahun 1971 dan berakhir pada tahun 1975. Putusnya pertunangan tersebut karena adanya gangguan dari I Nyoman Reta, walaupun mengenai hal ini belum jelas kebenarannya. Selama berpacaran, I Wayan Supatra mengaku sering melakukan hubungan seks dengan Ni Ketut Sarmi, yang dilakukannya atas dasar suka sama suka bukan karena paksaan. Ni Ketut Sarmi kemudian hamil, tetapi I Wayan Supatra ingkar janji, tidak mau mengambil Ni Ketut Sarmi sebagai istrinya, dengan alasan Ni Ketut Sarmi telah bergaul dan pernah dibonceng I Nyoman Reta sehingga I Wayan Supatra meragukan kehamilan Ni Ketut Sarmi itu atas perbuatannya sendiri. Ni Ketut Sarmi membantah tidak pernah bergaul dan dibonceng I Nyoman Reta. Setelah memeriksa dan mengadili perkara tersebut, PN Gianyar sampai kepada putusan, yang di antara pertimbangannya menyatakan:

- Bahwa pada pokoknya terdakwa membenarkan keterangan saksi Ni Ketut Sarmi dan mengakui melakukan persetubuhan berkali-kali dengan saksi I Ketut Sarmi, tetapi membantah, bahwa hamilnya Ni Ketut Sarmi bukan atas perbuatan terdakwa, melainkan Ni Ketut Sarmi hamil setelah bergaul dengan I Nyoman Reta.
- Bahwa keterangan saksi *a de charge* yang diajukan terdakwa tidaklah dapat memperkuat dalil-dalil bantahannya.
- Bahwa berdasarkan keterangan-keterangan terdakwa di muka sidang, dihubungkan dan disesuaikan dengan keterangan saksi-saksi maka terbuktilah bahwa terdakwa telah bersalah melakukan kejahatan melanggar Lokika Sanggraha (hukum adat Bali).

Putusan PN Gianyar ini kemudian dikuatkan oleh PT Denpasar dengan

putusan tertanggal 26-8- 1977 No. 14/ptd/1977/pid dan pada pemeriksaan tingkat kasasi juga menguatkan putusan pengadilan tingkat pertama dengan putusan MA tertanggal 8-10-1979 No. 195 k/kr/1978. Dari putusan ini tampak bahwa hubungan kelamin di luar nikah laki-laki dewasa dan perempuan dewasa atas dasar suka, di mana si pelaku tidak mau bertanggung jawab ketika perempuan tersebut hamil, menurut hukum adat merupakan perbuatan yang tidak patut dilakukan dan harus diberi sanksi, sekalipun KUHP tidak mengaturnya. Jika melihat pada Putusan PN Gianyar tertanggal 12-4-1976 no. 23/pid/sum/1976 yang menyangkut delik adat lokika sanggraha maka lokika sanggaraha dapat didefinisikan sebagai hubungan cinta antara seorang laki-laki dengan seorang wanita yang sama-sama belum terikat perkawinan yang sah, dilanjutkan dengan hubungan seksual atas dasar suka sama suka karena adanya janji dari pihak laki-laki untuk mengawini wanita tersebut. Namun, setelah si wanita hamil, si laki-laki memungkiri janji untuk mengawini si wanita dan memutuskan hubungan cintanya tanpa alasan (Suhariyanto,2012:7). Unsur-unsur yang menonjol adalah persetubuhan yang dilakukan di luar pernikahan antara dua orang yang sudah dewasa, atas dasar suka sama suka, di mana pihak laki-laki janji menikahi perempuan, tetapi pada kenyataannya si laki-laki ingkar janji.

Apabila kita simak dengan saksama pasal-pasal tentang kejahatan kesusilaan yang ada dalam KUHP, akan terlihat bahaya secara yuridis formal, tidak ada satu pasalpun yang dapat dikenakan kepada si lelaki yang melakukan perbuatan pidana (delik) adat lokika sanggraha. Kekosongan hukum yang terjadi karena ketentuan perundang-undangan tidak mengaturnya, tidak bisa

dibiarkan terus terjadi. Namun, jika pembentukan hukum untuk mengisi kekosongan hukum tersebut diserahkan sepenuhnya melalui proses pembahasan badan legislatif, akan memakan waktu yang cukup lama. Padahal penyelesaian hukum serta rasa keadilan masyarakat memerlukan penanganan dan penyelesaian yang segera. Ketentuan perundang-undangan mengamanatkan kepada hakim untuk menyelesaikan hal-hal semacam itu walaupun ia merasa peraturan yang mengatur mengenai hal tersebut tidak atau kurang jelas, bahkan mungkin memang belum diatur secara tegas untuk perkara yang dihadapkan kepadanya. Karena hakim harus memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya, maka ia harus menemukan hukumnya agar perkara tersebut dapat diadili. Dalam konteks ini hakim dapat dikatakan membentuk hukum (Suhariyanto,2012:7). Menurut Bambang Purnomo pembentukan hukum terjadi karena (Suhariyanto,2012:7): a) Undang-undangnya ada, tetapi sudah ketinggalan, sudah tidak sesuai dengan keadaan ketika peristiwa itu terjadi. Hakim kemudian membentuk hukum. b) Undang-undangnya tidak ada. Di sini hakim mencari norma nonhukum, sekurang-kurangnya nonundang-undang. Hal ini bisa terjadi melalui: a) Mengambil jurisprudensi, yang antara lain dari hukum tidak tertulis/hukum adat; b) Adopsi hukum asing/internasional; c) Doktrin/pendapat para ahli. Penghormatan terhadap penetapan/putusan kepala adat/pemuka adat dengan sanksi dari hukum adatnya telah diberi bentuk hukum dengan putusan hakim berdasarkan pasal 5 ayat 3 Undang-Undang no. 1 drt tahun 1951 yang menjadi landasan putusan dari pengadilan tersebut di atas.

Jika dilihat dari penerapan hukum di Indonesia terdapat beberapa putusan pengadilan terkait penerapan hukum adat di Indonesia, hal ini dapat dilihat dalam putusan sebagai berikut: (Anjari,2017:329)

1. Putusan Nomor 27/Pid/1983/PN.Luwuk jo Putusan Nomor 6/Pid/1984/PT.Palu Jo Putusan Nomor 666 K/Pid/1984 tanggal 23 Februari 1985 - Dalam putusan ini menyatakan bahwa perbuatan hubungan kelamin diluar perkawinan antara laki-laki dengan perempuan dewasa sehingga berakibat hamilnya si perempuan dikategorikan perbuatan zina menurut hukum adat.
2. Putusan Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991 - Dalam putusan ini menegaskan bahwa kasus pelanggaran adat yang dijatuhi hukuman atau sanksi adat yang dijatuhkan oleh kepala adat, tidak dapat diproses kembali menurut peradilan umum. Mahkamah Agung sebagai badan peradilan Tertinggi menghormati keputusan kepala Adat, dan tidak membernarkan Badan Peradilan Umum mengadili untuk kedua kalinya pelanggar hukum adat tersebut dengan cara memberikan pidana penjara berdasarkan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 jo Pasal-pasal KUHP.
3. Putusan Nomor 427/Pid/2008/PT.MKS tahun 2009 - Persetubuhan diluar perkawinan dengan orang yang sama-sama dewasa yang menurut hakim perbuatan tersebut tiada bandingnya dalam KUHP sehingga dasar pemidanaan bersumber dari hukum adat (pidana).
4. Putusan Nomor 536/Pid.B/2009/PN.PL tanggal 12 Januari 2010 - Perbuatan bersetubuh dengan wanita yang bukan istrinya merupakan perbuatan zina berdasarkan hukum adat.

Implementasi hukum tak tertulis atau hukum adat bertolak belakang dengan makna implisit di dalam asas legalitas yang jelas mengedepankan hukum tertulis. Asas legalitas merupakan kepastian hukum itu sendiri sebagai perlindungan agar penegak hukum (Hakim) tidak sewenang-wenang dalam menjatuhkan hukuman (putusan). Namun, Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman memberikan wewenang hakim untuk menggali hukum tidak tertulis sehingga bertentangan dengan konsep asas legalitas.

Apabila asas legalitas dijadikan dasar utama dalam menentukan suatu perbuatan merupakan bersifat melawan hukum, maka nilai yang hidup dalam masyarakat akan dikesampingkan sehingga akan bertentangan dengan rasa

keadilan. Sedangkan jika keadilan dijadikan dasar utama dalam menentukan suatu perbuatan merupakan bersifat melawan hukum, sehingga hakim harus menggali hukum yang hidup di masyarakat, maka kepastian hukum akan dikesampingkan yang nantinya beresiko tumbuhnya kesewenang-wenangan.

Berdasarkan latar belakang di atas, menunjukkan masih terdapat polemik hukum antara hukum adat dengan asas legalitas yang dimana implementasi hukum pidana adat membuat degradasi kekuatan mengikat asas legalitas. *Ius constituendum* juga mengharapkan adanya asas legalitas formil dan asas legalitas materiil. Sehingga penulis tertarik melakukan penelitian dengan judul **“Eksistensi Hukum Pidana Adat Dalam Diskursus Pemaknaan Asas Legalitas di Indonesia”**.

1.2 Identifikasi Masalah

Permasalahan yang sudah dipaparkan penulis dapat diidentifikasi dalam beberapa bagian, sebagai berikut:

1. Pengakuan hukum adat dalam Konstitusi Negara Indonesia menjadikannya semakin kuat dan menyebabkan degradasi pelaksanaan asas legalitas.
2. Seiring perkembangan masyarakat dan pengakuan hukum adat membuat pemahaman asas legalitas menjadi bergeser mengikuti konteks saat ini.
3. Asas legalitas tidak dapat mengakomodir hukum adat.
4. Terjadi kekosongan hukum pidana yang mewajibkan hakim menggali hukum yang hidup dalam masyarakat.
5. Perlu adanya pembaharuan hukum pidana sebagai perlindungan hukum untuk mencapai kepastian dan keadilan hukum.

1.3 Pembatasan Masalah

Untuk menghindari penyimpangan pokok permasalahan dalam penelitian ini perlu ditegaskan suatu batasan materi yang akan dipaparkan. Dimana dalam penelitian ini akan membahas Kajian Yuridis Asas Legalitas dan Hukum Pidana Adat Sebagai Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia ditinjau dari kepastian hukum dan keadilan, serta asas legalitas formil dan materiil.

1.4 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut sehingga pertanyaan penelitian yang akan diajukan adalah:

- a. Bagaimana memahami makna asas legalitas agar mengakomodir hukum pidana adat?
- b. Apa akibat hukum yang dapat timbul dengan diakomodasinya hukum pidana adat kedalam hukum pidana Indonesia?

1.5 Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang dapat diharapkan penulis dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Tujuan umum

Untuk mengetahui Eksistensi Hukum Pidana Adat Dalam Diskursus Pemaknaan Asas Legalitas di Indonesia.

2. Tujuan khusus

- a. Untuk menambah pemahaman penulis mengenai Bagaimana memahami makna asas legalitas agar mengakomodir hukum pidana adat.
- b. Untuk mengetahui akibat hukum yang timbul jika diakomodasinya hukum pidana adat kedalam hukum pidana Indonesia.

1.6 Manfaat Penulisan

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat baik secara teoritis maupun praktis, yang dijabarkan sebagai berikut :

1. Manfaat praktis:

a. Bagi penulis

Penelitian ini diharapkan dapat menambah wawasan penulis mengenai hukum di Indonesia khususnya yang berkaitan dengan asas legalitas dan hukum pidana adat untuk selanjutnya dijadikan sebagai pegangan dalam proses pembelajaran.

b. Bagi masyarakat

Penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat dan memberikan gambaran hukum yang jelas bagi masyarakat tentang pemahaman asas legalitas dan keberadaan hukum pidana adat di Indonesia.

c. Bagi pemerintah

Sebagai referensi praktis bagi pemerintah dan penegak hukum untuk mengevaluasi hukum di Indonesia khususnya terkait Kajian Yuridis Asas Legalitas dan Hukum Pidana Adat Sebagai Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia.

2. Manfaat teoritis:

- a. Hasil penelitian ini diharapkan mampu memberikan sumbangsih pemikiran terhadap penegak hukum dalam menjalankan aturan hukum agar lebih jelas pertimbangan hukumnya menyatakan adanya suatu perbuatan pidana dan menjatuhkan sanksi pidana merujuk pada aturan hukum berdasarkan kepastian dan keadilan hukum.

- b. Hasil penelitian ini diharapkan dapat menambah kasanah kepustakaan yang berkaitan dengan solusi dan evaluasi terhadap hukum di Indonesia terkait Eksistensi Hukum Pidana Adat Dalam Diskursus Pemaknaan Asas Legalitas di Indonesia.
- c. Penelitian ini juga diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran serta perkembangan doktrin-doktrin hukum atau terori-teori hukum untuk penyempumaan dan memperjelas pranata hukum dalam memberikan solusi hukum agar asas legalitas mampu mengakomodir hukum pidana adat yang nantinya terwujud pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

