

## ASPEK LEGALITAS HUKUM PIDANA DENGAN HUKUM ADAT

Ida Bagus Alit Yoga Maheswara, Made Gede Arthadana, Komang Indra Apsaridewi

Email:

yogamaheswara@unhi.ac.id

Fakultas Hukum, Universitas Hindu Indonesia

### *Abstrak*

Keberagaman budaya dan latar belakang masyarakat Republik Indonesia menciptakan suatu perkumpulan adat dimana masyarakatnya hidup dengan kebiasaan – kebiasaan tertentu yang berlaku di wilayah masyarakatnya masing – masing. Perkumpulan ini disebut sebagai masyarakat adat yang tunduk kepada aturan yang kebanyakan non tertulis disebut sebagai “hukum adat”. Walaupun dengan keadaan tanpa “kenormatifan” dari Negara, hukum adat sampai saat ini hidup dan tumbuh bersama masyarakat adatnya (*living law*). Undang – undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia 1945 telah dengan jelas mengatur mengenai pengakuan dan eksistensi masyarakat Hukum Adat dalam Pasal 18b, Pasal 28i Ayat (3) dan Pasal 32 Ayat (1) dan (2). Menandakan bahwa walaupun sudah melewati proses justifikasi oleh pemerintah, tidak mengubah kekuatan maupun pengaruh hukum adat itu untuk tetap diakui oleh masyarakat. Sifat fleksibel dan bertujuan untuk kesejahteraan masyarakat hukum adatnya tersebutlah yang menjadikan hukum adat dapat mengambil tindakan menghukum / mengadili masyarakat adatnya tanpa adanya hukum tertulis dari pemerintah, padahal dalam Kitab Undang – undang Hukum Pidana Pasal 1 ayat (1) menyatakan bahwa : “*Tiada suatu perbuatan yang dapat dipidana selain berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang mendahuluinya*. Lalu bagaimana keadaannya dengan hukum adat?. Apakah masyarakat diberikan pilihan untuk menggunakan hukum adat atau hukum pidana?. Atau apakah terdapat eksklusifitas dalam hal penerapan antara hukum pidana dengan hukum adat?

***Kata Kunci:*** *Hukum Adat, Hukum Pidana, legalitas, penerapan, masyarakat hukum adat.*

### **1. Pendahuluan**

Indonesia merupakan Negara pluralisme dimana masyarakatnya terdiri dari berbagai macam suku dan adat istiadat tersendiri. Didalam menjalani kehidupan bermasyarakat sehari – hari, masyarakat hukum adat telah menterjemahkan kebiasaan mereka menjadi hukum adat yang umumnya mempunyai bentuk yang tidak tertulis. Hukum tersebut hidup (*living law*) dan dipatuhi oleh masyarakat hukum adat dan telah banyak bukti konkrit yang menunjukkan bahwa masyarakat

hukum adat lebih mematuhi hukum adatnya daripada peraturan perundangan – undangan yang dibuat oleh pemerintah.

Saat ini hukum di Indonesia sebenarnya berada pada landasan hukum positif, setiap norma didalam tindakan masyarakat harus dibentuk kedalam norma positif. Norma tersebut kemudian disahkan dalam bentuk undang – undang sesuai dengan Pasal 72 Undang – undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang – undangan. Masih terkait dengan pengesahan suatu undang-undang (UU), Marida Farida Indrati Soeprapto, S.H., M.H., dalam bukunya *Ilmu Perundang-Undangan: Dasar-Dasar dan Pembentukannya* (151) antara lain mengatakan bahwa suatu UU yang sudah disahkan baru dapat berlaku mengikat umum apabila diundangkan dalam suatu lembaran negara. Ini menandakan bahwa aturan tertulis yang dibuat harus dapat mengatur setiap aspek suatu perbuatan masyarakat secara rinci, terkesan kaku namun demi tujuan kepastian hukum di Indonesia.

Terlepas dari adaptasi hukum positif didalam setiap pembentukan peraturan didalam program legislasi nasional, Indonesia didalam UUD 1945 juga menyatakan dan mengakui eksistensi hukum adat didalam tatanan sistem hukum di Indonesia seperti tertuang dalam Pasal 18 B (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.*

Landasan filosofis dari hukum adat adalah sebenarnya nilai – nilai dan sifat hukum adat itu sangat menyerupai dan bahkan sudah terkandung didalam butir – butir Pancasila. Sebagai contoh, religio magis, gotong royong, musyawarah mufakat dan keadilan. Semua unsur – unsur tersebut secara konkrit menyebutkan arwah hukum adat dalam kehidupan masyarakat Indonesia yang hendak diatur dalam sistem hukum di Indonesia, dengan kata lain Pancasila merupakan kristalisasi dari hukum adat.

## **2. Pembahasan**

## 2.1 Kebudayaan Sebagai Kerangka Adat dan Hukum Adat.

Hukum yang berlaku pada setiap masyarakat tumbuh dan berkembang bersamaan dengan kebudayaan suatu masyarakat karena hukum itu merupakan salah satu aspek dari kebudayaan suatu masyarakat. Kebudayaan adalah usaha dan hasil manusia menyesuaikan dirinya dengan alam sekelilingnya. Karena kebudayaan setiap masyarakat mempunyai corak, sifat dan struktur yang khas, maka hukum yang berlaku pada masing – masing masyarakat juga mempunyai corak, sifat dan struktur masing – masing.

Proses perkembangan masyarakat berlangsung terus menerus sepanjang sejarah, mengikuti mobilitas dan perpindahan yang terjadi karena berbagai sebab. Hal ini menyebabkan pula terjadinya perbedaan – perbedaan dalam hukum mereka. Hukum adat yang mengatur masyarakat harus tetap dianut dan dipertahankan, tidak hanya berhubungan dengan pergaulan antar sesama manusia dan alam nyata, tetapi mencakup pula kepentingan yang bersifat batiniah dan struktur rohaniah yang berhubungan dengan kepercayaan yang mereka anut dan hormati.

Menurut E.B. Tylor kebudayaan adalah kompleks yang mencakup kesenian, moral, hukum, adat istiadat dan lain – lain kemampuan yang didapatkan seseorang sebagai anggota masyarakat kemudian Selo Soemardjan dan Soleiman Soemardi merumuskan kebudayaan sebagai semua hasil karya, rasa, dan cipta masyarakat. Sedangkan C. Kluckhohn menguraikan kebudayaan terdiri dari 7 (tujuh) unsur yaitu:

1. Peralatan dan perlengkapan hidup manusia;
2. Mata pencaharian hidup dan sistem – sistem ekonomi;
3. Sistem kemasyarakatan;
4. Bahasa;
5. Kesenian;
6. Sistem pengetahuan;
7. Religi.

Jika hukum adat dilihat dari segi wujud kebudayaan maka hukum adat termasuk dalam kebudayaan yang berwujud sebagai kompleks dari ide yang fungsinya untuk mengarahkan dan

mengatur tingkah laku manusia dalam kehidupan bermasyarakat, dengan demikian hukum adat merupakan aspek dalam kehidupan masyarakat sebagai kebudayaan bangsa Indonesia.

Hukum adat merupakan hukum tradisional masyarakat yang merupakan perwujudan dari suatu kebutuhan hidup yang nyata serta merupakan salah satu cara pandangan hidup yang secara keseluruhannya merupakan kebudayaan masyarakat tempat hukum adat itu berlaku. Maka, setiap penelitian mengenai hukum adat selalu berangkat dari bagaimana memahami cara hidup dan pandangan hidup bangsa Indonesia yang merupakan refleksi dari cara berpikir dan struktur kejiwaan bangsa Indonesia.

Maka sudah jelas dikatakan bahwa hukum adat adalah sebagai aspek kehidupan dan budaya bangsa Indonesia karena struktur kejiwaan dan cara berpikir bangsa Indonesia tercermin lewat hukum adat itu sendiri.

## **2.2 Landasan Berlakunya Hukum Adat di Indonesia**

Hukum adat baru muncul ke permukaan sekitar abad XX dimana seorang ahli agama Islam berkebangsaan Belanda yang bernama Snouck Hurgronje memakai istilah “hukum adat” dalam bukunya yang berjudul *De Atjehers*. Kemudian dikembangkan oleh Van Vollenhoven dengan memakai istilah *teknik yuridis* dan memasukkan hukum adat ke dalam ilmu hukum.

Hukum adat merupakan hukum asli Indonesia berakar pada adat istiadat atau merupakan pancaran nilai – nilai dasar budaya masyarakat Indonesia yang berarti pula mengikat dan menemukan segala pikiran dan perasaan hukum orang – orang dalam masyarakat Indonesia. Pemikiran tersebut diakui oleh konstitusi Indonesia, UUD 1945, yang berarti pula menunjukkan adanya perumusan hukum adat sebagai bagian dari hukum – hukum dasar Negara Indonesia.

Seperti yang disebutkan diatas, bahwa Pancasila merupakan kristalisasi dari hukum adat. Landasan filosofis berlakunya hukum adat ditinjau dari segi filosofi hukum adat yang hidup, tumbuh dan berkembang di Indonesia sesuai dengan nilai – nilai Pancasila seperti yang tertuang dalam pembukaan UUD 1945. UUD 1945 hanya menciptakan pokok – pokok pikiran yang menjiwai cita – cita hukum meliputi hukum Negara baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Dalam pembukaan UUD 1945 pokok – pokok pikiran yang menjiwai perwujudan cita – cita hukum dasar adalah Pancasila. Penegasan Pancasila sebagai sumber tertib hukum sangat berarti bagi hukum

adat karena hukum adat mengakar pada kebudayaan rakyat sehingga dapat menjelmakan perasaan hukum yang nyata dan hidup dikalangan rakyat dan mencerminkan kepribadian masyarakat dan bangsa Indonesia. Dengan demikian hukum adat secara filosofis merupakan hukum yang berlaku sesuai Pancasila sebagai pandangan hidup atau falsafah hidup bangsa Indonesia.

Hukum adat merupakan bagian dari kebudayaan Bangsa Indonesia. Di mana ada masyarakat disana ada hukum (termasuk juga hukum adat). Ini merupakan suatu kenyataan hukum di dunia seperti yang dikemukakan oleh Cicero kurang lebih 2000 tahun yang lalu yang menyatakan dalam pendapatnya yang terkenal yaitu: “*Ubi Societas ibi ius*”. Manusia tidak akan dapat hidup dalam masyarakat tanpa adanya koridor – koridor norma yang jelas. Dibutuhkan suatu norma hukum yang jelas untuk mengatur kehidupan manusia dengan sifat yang fleksibel. Sistem hukum adat itu senantiasa tumbuh, berkembang dan dipertahankan oleh masyarakat adat Indonesia karena timbul dari suatu kebutuhan hidup yang nyata, cara hidup dan pandangan hidup, yang keseluruhannya merupakan kebudayaan masyarakat tempat hukum adat itu berlaku.

Landasan sosiologis berlakunya hukum adat ditunjukkan dalam sejarah setelah Indonesia dijajah Belanda dan akhirnya merdeka, yang menjadi unsur utama seorang Warga Negara Indonesia (WNI) adalah masyarakat pribumi, walaupun sifat *indigenous* sudah hilang namun hukum adat mereka mengikuti subyeknya, sehingga sampai masa kini masyarakat Indonesia dalam pergaulan dan kehidupannya membutuhkan hukum adat sebagai *the living law* dan secara konkrit menjelaskan landasan Sosiologis tersebut.

Sedangkan landasan yuridis berlakunya hukum adat di Indonesia bisa dilihat dari sistem yang dianut oleh Negara tersebut. Hukum didalam suatu Negara berbentuk sebuah tatanan, merupakan suatu kesatuan utuh yang terdiri dari bagian – bagian / unsur – unsur yang saling berkaitan satu sama lainnya. Dalam sistem hukum nasional wujud / bentuk hukum yang ada dapat dibedakan menjadi hukum tertulis (hukum yang tertuang dalam perundang – undangan) dan yang tidak tertulis ( adat dan kebiasaan ) ada juga yang dibedakan menjadi hukum yang benar – benar berlaku sebagai *the living law* dan ada hukum yang diberlakukan namun tidak berlaku sebagai *the living law*. Sebagai contoh, hukum yang diberlakukan adalah hukum tertulis yaitu dengan cara diundangkan dalam lembaran Negara. Hukum tertulis dibuat ada yang berlaku sebagai *the living*

*law* tetapi ada juga yang tidak berlaku sebagai *the living law* karena tidak ditaati/dilaksanakan oleh rakyat, contohnya adalah UU Nomor 2 Tahun 1960 tentang bagi hasil.

## **2.3 Hukum Pidana VS Hukum Adat**

### **A. Kebijakan Penetapan Pidana Dalam Hukum Pidana**

Dalam perkembangan pengaturan perundang – undangan dewasa ini, batasan perbuatan hukum pidana atau bidang hukum lain makin tipis dan tidak sekedar perbuatan yang dinilai tercela saja. Secara umum, DPR selaku perwakilan rakyat didorong untuk melakukan suatu pertimbangan agar ditetapkannya suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang jika diterapkan akan merampas hak asasi manusia. Penetapan perbuatahn tindak pidana tersebut harus memperhatikan prinsip – prinsip sebagai berikut:

- Hukum pidana harus digunakan untuk tujuan pembangunan;
- Perbuatan yang ingin dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian materil dan sprituil atas warga masyarakat;
- Penggunaan hukum pidana harus memperhitungkan prinsip biaya dan hasil. Perlu diperhitungkan antara besarnya biaya yang dikeluarkan dengan hasil yang akan dicapai;
- Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan – badan penegak hukum;

Bassiouni sebagaimana dikutip oleh Salman Luthan mengungkapkan pula batasan-batasan yang perlu diperhatikan dalam penggunaan hukum pidana di tengah masyarakat yaitu:

- Keseimbangan sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil – hasil yang ingin dicapai;
- Analisa biaya terhadap hasil – hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan yang dicari;
- Penilaian atau penaksiran tujuan yang ingin dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas – prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber – sumber tenaga manusia;

- Pengaruh sosial kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh – pengaruh sekunder.

Suatu perbuatan yang sesungguhnya bukan kejahatan akan menjadi tindak pidana ketika pelanggaran perbuatan itu diberi sanksi pidana, dan untuk penetapan itu ada pada otoritas Negara dalam hal ini DPR dan Presiden. Idealnya, jika perbuatan sudah termasuk dalam perbuatan pidana, sedemikian tercela dan berbahaya bagi masyarakat, maka sudah seharusnya Negara mengkriminalisasikan perbuatan tersebut. Namun dalam prakteknya, banyak sekali perbuatan yang oleh Negara ditetapkan sebagai tindak pidana sedangkan masyarakat menilainya sebagai suatu perbuatan yang biasa saja, atau dampak gangguan atau kerugian yang dialami oleh masyarakat sangatlah minim, atau perbuatan yang dianggap sangat tercela oleh masyarakat dalam sistem hukum bukan termasuk tindak pidana. Ini terjadi karena akibat perbedaan sistem hukum yang berlaku di level Negara dengan hukum yang diakui di tengah masyarakat. Negara merasa berhak untuk menetapkan konstitusi hukum mana yang kemudian disebut sebagai hukum positif. Secara teoritis dan normative, seharusnya hukum yang dibuat oleh Negara tidak bertentangan dan sejalan dengan keyakinan hukum masyarakat. Meskipun hukum dalam paradigm positivism dibuat dan dibentuk oleh Negara, hukum tersebut digali dari nilai – nilai hidup dalam masyarakat, hukum bersifat pasif sebagai sarana *social control*, walaupun dalam hal – hal tertentu hukum juga harus berperan sebagai *social engineering* terhadap hal – hal yang tidak ada pengaturannya di tengah masyarakat.

Sebagai jalan tengah, Mochtar Kusumaatmadja menggagas “sistem hukum” yang kemudian dinamakan teori hukum pembangunan dimana inti dalam teori ini adalah mengakui bahwa hukum yang berlaku tetapliah hukum positif yang sedang disusun oleh Negara, tetapi nilai – nilai yang mengadopsi adalah nilai – nilai adat dan agama. Hukum dibentuk dengan memperhatikan nilai yang hidup ditengah masyarakat. Hukum Negara linear dengan agama dan adat masyarakat. Hukum hanya melembagakan atau memformalkan atas sesuatu yang diyakini masyarakat sebagai hukum. Permasalahannya kemudian, nilai masyarakat dan agama manakah yang akan dijadikan rujukan? karena Indonesia memiliki tingkat heterogenitas yang sangat tinggi.

Dalam rancangan KUHP yang sudah disusun sejak tahun 1963, kaidah hukum pidana adat juga sudah diakomodir mengikuti pola regulasi dalam Undang Undang Pokok Agraria dan Undang – undang pokok Perkawinan yang menganut prinsip unifikasi dalam pluralisme hukum.

Hukum pidana pada dasarnya berusaha menghindarkan diri dari pluralisme karena dalam hukum publik seharusnya semua orang kedudukannya sama di depan hukum. Setiap orang tunduk kepada yuridiksi hukum yang sama. Berkenaan dengan pluralism dalam hukum Pidana yang dianut dalam rancangan KUHP, di beberapa daerah telah muncul gagasan “desa adat”. Dimana dikedepankan pemikiran seperti *spirit restorative justice* yang mengutamakan penyelesaian sengketa dengan jalan *win – win solution*. Sedangkan positivism yang bersifat *top down* menyebabkan pada umumnya warga Negara yang melanggar hukum disebabkan oleh ketidaktahuan tentang adanya larangan, perintah dan kebolehan yang diatur oleh hukum. Para pejabat yang jatuh kepada kasus korupsi dikarenakan tidak mengetahui dengan persis kaidah yang melarang, memerintahkan dan membolehkan perilaku tertentu. Jika ketidaktahuan dapat terjadi dikalangan pejabat Negara, tentulah potensi ketidaktahuan itu menjadi lebih besar di kalangan masyarakat awam.

Anton F. Susanto mengatakan peristiwa ini sebagai *simulacra* hukum Indonesia. *Simulacra* menggiring masyarakat kepada bentuk kehidupan hukum yang semu, nyata maupun tidak nyata. Kehidupan yang dibuat – buat dan memandang bahwa realitas hukum yang diimplementasikan dari barat lebih nyata dari kenyataan itu sendiri/sesungguhnya. Negara dan masyarakat membentuk format hukum menurut definisi barat, dan menempatkan hukum asli dan loka tak lebih dari sekedar tontonan dan objek budaya, sehingga jika dipertentangkan antara hukum barat dengan hukum lokal, hukum lokal akan terpinggirkan. Padahal disisi yang lain, proses transplantasi hukum barat dalam masyarakat Indonesia adalah proses yang belum selesai atau bahkan mungkin tidak akan pernah selesai karena tidak cocok dengan karakter adat dan kebudayaan hukum Indonesia.

#### **B. Efek Perubahan Sosial dari Hukum Positif Kepada Hukum Adat.**

Dengan memperhatikan pengertian hukum pidana di satu sisi dan hukum adat di sisi yang lain seperti yang disebutkan diatas maka sebenarnya tidak ada yang namanya hukum pidana adat. Karena untuk menilai apa yang dimaksud dengan hukum pidana harus dilihat tiga masalah sentral

dalam hukum pidana, yaitu perbuatan apa saja yang dilarang, pertanggung jawaban pidana dan pidana.

Dilihat dari aspek pidana, jika suatu hukum berbentuk hukum pidana maka syarat utamanya adalah sanksi yang bersifat memberikan efek jera melalui penderitaan yang diberikan oleh Negara melalui putusan pengadilan seperti pidana mati, penjara, denda dan kurungan selain tambahannya yaitu perampasan barang tertentu dan pencabutan hak tertentu. Selain sanksi, maka perbuatan tersebut harus jelas diatur didalam undang – undang (kodifikasi) mengakibatkan kekakuan dalam menilai tingkat ketercelaan perbuatan dalam masyarakat. Jika tersurat didalam undang – undang maka perbuatan tersebut adalah perbuatan pidana begitupun sebaliknya.

Merujuk pada pandangan Hilman Hadikusuma, pengertian hukum pidana adat tidak dilihat dari perspektif hukum pidana, tetapi dilihat dari perspektif hukum adat. Istilah hukum yang digunakan disini adalah “*adat delichtenrecht*.” Definisi hukum pidana adat lebih menekankan pada tingkat ketercelaan perbuatan dalam pandangan masyarakat adat seperti “salah” atau “sumbang” dalam masyarakat Lampung dan Sumatera Selatan. Hilman mendefinisikan bahwa hukum pidana adat adalah hukum yang menunjukkan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan (dihukum) karena peristiwa dan perbuatan itu telah mengganggu keseimbangan masyarakat. Berbeda dengan hukum pidana nasional tertulis yang menekankan peristiwa apa yang dapat diancam dengan hukuman serta macam apa hukumannya, karena peristiwa itu bertentangan dengan peraturan undang – undang. Jika hukum pidana adat menitikberatkan pada adanya “akibat” sehingga seseorang atau kerabatnya harus bertanggung jawab atas akibat itu, jadi walaupun sebab yang merupakan peristiwa aneh itu tidak ada ketentuan atau larangannya, apabila akibatnya membawa kerugian dan bertentangan dengan pihak atau para pihak yang terkena akibat itu, maka pihak yang menyebabkan akibat itu harus bertanggung jawab.

Van Vollenhoven menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan delik adat adalah perbuatan yang tidak boleh dilakukan, walaupun dalam kenyataannya peristiwa atau perbuatan itu hanya merupakan kesalahan kecil saja. Jadi yang dimaksud dengan delik adat itu adalah semua perbuatan atau kejadian yang bertentangan dengan kepatutan, kerukunan, ketertiban, keamanan, rasa keadilan dan kesadaran hukum masyarakat berangkutan, baik hal itu akibat perbuatan seseorang

maupun perbuatan penguasa adat sendiri. Hukum adat bersifat menyeluruh dan menyatukan ketentuan yang bersifat terbuka membeda – bedakan permasalahan peradilan dengan permintaan tindakan reaksi atau koreksi, sedangkan terjadinya delik adat adalah apabila tata tertib adat dilanggar dan keseimbangan masyarakat terganggu.

Perbedaan paradigma hukum pidana sebagai hukum positif dengan hukum adat sebagai hukum sosial, sesungguhnya merupakan perdebatan klasik antara mazhab positivism dengan mazhab sejarah hukum dan kebudayaan. Hukum memainkan peranan dalam masyarakat menjadi dua hal, yaitu sebagai *social control* dan *social engineering*. Khusus untuk peran rekayasa sosial, akibatnya akan sangat bergantung pada tingkat jumlah dan kompleksitas masyarakatnya. Perubahan atas rekayasa sosial yang diterapkan dalam masyarakat perkotaan tentunya akan lebih kompleks dari masyarakat pedesaan. Kenyataan ini sejalan dengan pandangan mazhab sejarah yang dikemukakan oleh Karl Von Savigny bahwa semakin kompleks suatu tatanan masyarakat maka semakin kompleks pula hukumnya.

Sebagai sarana *social control* hukum berusaha mempertahankan sistem yang telah hidup di tengah masyarakat. Namun perlu disadari bahwa tidak semua tatanan sosial masyarakat selamanya baik, ada pula tatanan sosial masyarakat tertentu yang dianggap tidak baik yang jika dikaitkan dengan pembangunan sosial ekonomi dapat menjadi faktor penghambat pembangunan. Pemaksaan tatanan dapat juga mengancam eksistensi adat dan kebiasaan masyarakat setempat, tetapi jika dilihat akibat dari kebiasaan membawa senjata tajam yang berbahaya bagi ketertiban masyarakat, maka pelarangan membawa senjata tajam dapat dibenarkan. Satu contoh yaitu pelarangan kegiatan pornoaksi dan pornografi. Sekilas, berpakaian terbuka dianggap dapat melanggar HAM, tetapi jika dilihat lebih jauh mengenai akibat yang ditimbulkan dengan kebiasaan berpakaian terbuka, maka pelarangan tersebut menjadi sesuatu yang bermanfaat bagi ketertiban masyarakat.

Contoh lain, dalam hal pemasyarakatan keluarga berencana dari masa orde baru sampai dengan sekarang, walaupun himbauan untuk mengikuti program tersebut tidak dibarengi dengan aturan pidana, pemerintah membuat regulasi dengan cara halus seperti tunjangan anak bagi PNS sampai dua anak saja, akibatnya kepada pola kehidupan masyarakat khususnya di Bali, ada wacana

dari pemerintah bahwa nama – nama anak seperti “Nyoman” dan “Ketut” terancam punah “punah”. Belum lagi program tunjangan kesehatan BPJS sesuai dengan Perpres No. 82 Tahun 2018 tentang jaminan kesehatan, tanggungan anggota PPU ( Peserta Penerima Upah ) hanya meliputi suami / istri yang sah dan anak kandung / tiri dari perkawinan yang sah dan anak angkat yang sah sampai dengan anak ketiga. Secara tidak langsung ini berakibat kepada jumlah keturunan dari suatu keluarga apalagi keluarga yang tergolong tidak mampu.

Dampak dari penerapan *social control* dan *social engineering* oleh pemerintah ini bisa dikatakan berhasil karena secara halus mengubah pola kebiasaan masyarakat. Negara melalui pemerintah berusaha untuk membatasi kebiasaan – kebiasaan yang dinilai dapat merugikan ketertiban umum melalui kodifikasi dan kebijakan hukum – hukum tertulis tanpa sanksi pidana maupun dengan sanksi pidana.

### **C. Pengakuan Hukum Positif Atas Hukum Adat**

Dalam pembahasan sebelumnya, sudah dijelaskan mengenai bagaimana eksistensi dan kedudukan hukum adat di dalam tatanan Hukum Nasional yang berlaku yuridis formil. Bahwa hukum adat tetap berlaku dan dianggap sebagai *living law* yang hidup dalam masyarakat. Tidak ada yang lebih baik diantara manapun karena didalam suatu usaha untuk mencapai keadilan sudah sepatutnya diiringi oleh kepastian hukum. Eksistensi hukum adat dapat disempurnakan jika ditunjang dengan otoritas hukum nasional yang sifatnya memang membatasi, namun untuk tujuan menjaga ketertiban umum serta tidak keluar dari prinsip kebudayaan masyarakat itu sendiri. Seperti contoh didalam penjelasan Pasal 67 UU No. 41 Tahun 1999 tentang kehutanan, hukum adat diakui keberadaannya jika memenuhi unsur :

1. Masyarakatnya masih berbentuk paguyuban;
2. Ada kelembagaan ( perangkat penguasa adat );
3. Ada wilayah hukum adat yang jelas;
4. Ada pranata yang ditaati, khususnya peradilan;
5. Ada pemungutan hasil hutan untuk sehari – hari.

Dalam penjelasan dinyatakan bahwa Perda disusun dengan mempertimbangkan hasil penelitian para pakar hukum adat, aspirasi masyarakat setempat, tokoh masyarakat adat yang ada di daerah bersangkutan, serta instansi terkait.

Penerapan hukum adat sebagai alternatif penggunaan hukum pidana tentu saja tidak sulit jika dalam masyarakat adat istiadatnya masih berlaku kental seperti di Sumatera Barat, Aceh, Bali, dll. Namun akan timbul kesulitan jika di daerah tertentu masyarakatnya sudah tidak murni homogen dan bercampur dengan penduduk pendatang, apakah penduduk pendatang tersebut harus mengikuti Perda dengan sanksi pidana yang disusun menurut Yurisdiksi? dengan mengandalkan prinsip “dimana bumi dipijak disitu langit dijunjung”.

Untuk mengatasi kelemahan klasik hukum pidana modern tersebut, dewasa ini telah muncul kembali gagasan untuk memberlakukan hukum adat sebagai penyelesaian masalah ditengah masyarakat dengan menggali nilai – nilai hukum yang hidup di tengah – tengah masyarakat. Gagasan tersebut sejalan dengan rancangan KUHP yang mengakomodir berlakunya hukum adat dan mengurangi keabsolutan asas legalitas. Dengan melakukan diskursus mengenai tiga golongan besar pemikiran hukum yaitu : 1). Mazhab hukum alam, 2). Mazhab positivisme hukum, 3). Mazhab hukum masyarakat. Diharapkan peraturan tertulis akan berjalan beriringan dengan sistem sosial dan sistem norma yang telah diakui masyarakat dimana negara tidak akan mencampuri dengan membentuk hukum sendiri yang belum tentu sesuai dengan hukum yang dianggap benar oleh masyarakat tertentu. Dimana norma, lembaga, aparat dan prasarana akan harmonis dan sinkron. Gagasan tersebut ditambah dengan pendekatan prinsip *restorative justice*, pendekatan *restorative justice* telah digunakan dalam memecahkan konflik antara para pihak dan memulihkan perdamaian di masyarakat karena pendekatan – pendekatan seperti *retributive* dan *rehabilitative* dianggap semakin tidak memuaskan lagi.

Pentingnya menemukan model – model *restorative* dalam penyelesaian perkara pidana sejalan dengan kebijakan hukum pidana melalui rancangan KUHP. Beberapa konsep *restorative justice* telah diakomodir dalam RUU KUHP antara lain:

1. Keseimbangan nilai – nilai yang hidup dalam masyarakat dan asas legalitas;

2. Salah satu tujuan pemidanaan adalah menyelesaikan konflik sosial dan membebaskan rasa bersalah terpidana;
3. Dalam menjatuhkan pidana perlu dipertimbangkan pengaruh tindak pidana terhadap korban dan keluarga korban;
4. Adanya pemaafan dari korban dan keluarganya;
5. Pandangan masyarakat terhadap tindak pidana dilakukan;
6. Adanya jenis tambahan pidana berupa pembayaran ganti rugi dan pemenuhan kewajiban adat setempat, atau kewajiban menurut hukum yang hidup di masyarakat.

#### **D. Pengakuan Hukum Atas Hukum Adat Bali**

Provinsi Bali merupakan Provinsi yang mayoritas masyarakatnya memeluk agama Hindu, hukum adat mendapat pengakuan oleh sistem pidana modern meskipun Bali adalah daerah yang menjadi tujuan obyek wisata internasional. Meskipun tidak menafikan keberlakuan hukum pidana positif, hukum adat juga berlaku sebaik – baiknya di Bali. Salah satu sumber hukum adat di Bali adalah “*lokika sanggraha*”, dalam disetasi yang ditulis oleh Pontang Moerad, dapat diketahui beberapa putusan pengadilan di Bali yang mengakomodir keberlakuan hukum adat terhadap kasus yang ditangani oleh pengadilan, contohnya sebagai berikut :

“Putusan PN Gianyar tertanggal 12 April 1976 No. 23/Pid/Sum/1976 jo Putusan PT Denpasar tertanggal 26 Agustus 1977 No. 14/PTD/1977 jo Putusan MA tertanggal 8 Oktober 1979 No. 196 / K / Kr / 1978, I Wayan Saputra, umur 21 tahun, tinggal di banjar Belodtangluk, Desa Sukawati, Gianyar Bali telah menjalani hubungan selayaknya seorang kekasih dengan Ni Ketut Sarmi sejak 1971 dan berakhir pada tahun 1975. Putusnya hubungan tersebut karena adanya gangguan dari I Nyoman Reta, walaupun mengenai hal ini belum jelas benar. Selama berpacaran, I Wayan Suparta mengaku sering melakukan hubungan seks dengan Ni Ketut Sarmi kemudian hamil, tetapi I Wayan Suparta ingkar janji dan tidak mau mengambil Ni Nyoman Sarmi sebagai istrinya alasannya karena Ni Nyoman Sarmi juga sering diajak jalan dan dibonceng oleh I Nyoman Reta sehingga I Wayan Suparta ragu akan kehamilan tersebut adalah karena perbuatannya. Sedangkan Ni Nyoman Sarmi mengaku tidak pernah dibonceng oleh I Nyoman Reta.

Setelah memeriksa dan mengadili perkara tersebut, PN Gianyar sampai pada putusan yang salah satu pertimbangannya menyatakan bahwa pada pokok perkara terdakwa membenarkan

keterangan saksi Ni Nyoman Sarmi bahwa telah terjadi beberapa kali persetujuan dengan Ni Nyoman Sarmi, tetapi membantah bahwa kehamilan Ni Nyoman Sarmi bukan karena perbuatannya melainkan karena Ni Nyoman Sarmi sering bergaul dengan I Nyoman Reta. Bahwa, keterangan saksi *a de charge* yang diajukan terdakwa tidak dapat memperkuat dalil – dalilnya bantahannya, maka terbukti terdakwa telah bersalah melakukan kejahatan melanggar *lokika sanggraha* (hukum adat Bali)”.

Dalam praktik dewasa ini, pengambilan putusan hakim dengan berdasar kepada ketercelaan menurut nilai yang hidup ditengah masyarakat akan membuat hukum pidana bergeser dari sifatnya yang legalistik. Pengakuan atas nilai – nilai hukum yang hidup sesungguhnya telah diterima dalam pandangan penegak hukum disini namun jarang diterapkan. Dalam arti sempit, hukum hanya sekedar apa yang tertulis dan dikodifikasi seperti undang – undang sedangkan dalam arti luas dimaksudkan termasuk hukum yang tidak tertulis, seperti kebiasaan, kesopanan, kesusilaan, dan kepatutan dalam masyarakat.

Dalam pandangan materiil, perbuatan melawan hukum itu tidak harus sebatas pelanggaran terhadap undang – undang, akan tetapi juga perlu dilihat apakah perbuatan itu merupakan pelanggaran asas – asas umum di masyarakat termasuk hukum tidak tertulis untuk membuktikan ada atau tidaknya sifat melawan hukum secara materiil dari perbuatannya. Sulit sekali untuk menerapkan hukum yang hidup dalam masyarakat karena para praktisi hukum kita cenderung mengabaikan nilai – nilai yang hidup ditengah masyarakat. Mungkin waktu yang terbatas merupakan faktor utama para praktisi enggan untuk meneliti nilai – nilai tersebut namun dalam KUHAP sudah ada jalan keluarnya melalui Pasal 184 yaitu alat bukti keterangan ahli.

### **3. Penutup**

Dari pembahasan diatas dapat disimpulkan bahwa Indonesia dengan ideologi Pancasila sebagai *grundnorm* telah memberikan kebebasan untuk masyarakatnya memeluk agama yang diakui. Setiap agama mengajarkan dan melarang kejahatan seperti yang dijabarkan dalam KUHP, maka agama dan hukum telah menjamin kepastian untuk setiap kaidah larangan tersebut yang berlaku bagi masyarakat dan umatnya. Untuk mendukung semangat integritas dan pluralisme

tersebut maka gesekan – gesekan yang dibuat antara hukum nasional dan hukum adat harus dihindari dan sebaiknya berjalan harmonis dan beriringan. Hukum nasional telah memberi ruang kepada otonomi adat untuk menjalankan hukumnya sendiri seharusnya mempertimbangkan anomali niskala yang harus diperbaiki alih – alih hanya memberi efek jera agar terciptanya kepuasan dan rasa aman dalam menjalankan kehidupan bermasyarakat. Di masa yang akan datang harus dipikirkan mengenai perancangan hukum menurut kepercayaan atau keyakinan masyarakat yang salah satunya dapat melalui keyakinan agamanya. Untuk menghindari gesekan – gesekan yang dibuat antara hukum nasional khususnya hukum pidana dengan hukum adat.

### DAFTAR PUSTAKA

- Utomo, Laksanto, 2016, *Hukum Adat*, PT. Raja Grafindo Persada, Depok.
- Soekanto, Soerjono, 2016, *Hukum Adat Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Depok.
- Effendi, Erdianto, 2018, *Hukum Pidana Adat*, PT. Refika Aditama, Bandung.
- Rahardjo Satjipto, 2006, *Hukum Progresif, Kesenambungan, Merobohkan dan Membangun*, Jurnal Hukum Progresif, Vol. 2 No. 1, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.
- Prasetyo, Teguh, 2010, *Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta.
- Hamzah, Andi, 2017, *Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta.