



# Pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Baru dari Perspektif Asas Legalitas

Yonatan Iskandar Chandra<sup>1\*</sup>, Elwi Danil<sup>2</sup>, Aria Zurnetti<sup>3</sup>

<sup>1,2,3</sup> Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, Indonesia

\* Corresponding author's e-mail: [yonatan.iskandar@gmail.com](mailto:yonatan.iskandar@gmail.com)

## ARTICLE INFO

### Keywords :

Adat Criminal Law; Legality Principle; Unwritten law.

### How To Cite :

Chandra, Y., Danil, E., & Zurnetti, A. (2023). Pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Baru dari Perspektif Asas Legalitas. *Nagari Law Review*, 7(1), 93-106.

### DOI :

10.25077/nalrev.v.7.i.1.p.93-106.2023

## ABSTRACT

The discussion on Adat Criminal Law has returned to attention after promulgating the National Criminal Code. This is because the provisions regarding Adat Criminal Law are unknown and are not contained in the Criminal Code, which was previously in effect in Indonesia. The regulation of Adat Criminal Law in the form of positive law resulted in a change in the form of Adat Criminal Law itself, which was previously unwritten law to become written law. The change in form is also related to the Legality Principle, which is still maintained in the National Criminal Code. Based on this, it can be stated that the formulation of the problem in this study: (1) How is the concept of Adat criminal law regulation in the National Criminal Code? (2) What is the relationship between the nature of the Adat Criminal Law as unwritten law and its provisions in the National Criminal Code?; and (3) How is the regulation of Adat Criminal Law in the National Criminal Code according to the perspective of the Legality Principle? The method used in this research is normative legal research with statutory and conceptual approaches. The nature of the exploratory research uses primary, secondary, and tertiary legal sources. Based on the results of the study, it can be concluded that regulations regarding Adat Criminal Law in the National Criminal Code are as stipulated in Article 2 of the National Criminal Code, where Adat Crimes are laws that live in society in the form of unwritten law, and are still valid and developing in people's lives in Indonesia. However, the regulation of Adat Criminal Law in the National Criminal Code will cause problems when viewed from the perspective of the Legality Principle. The formulation that the Adat Criminal Law should be legalized through local law contradicts the essence of Adat Law itself and is the legality principle.

## 1. Pendahuluan

Hukum yang sejati tidaklah dibentuk, namun harus ditemukan di dalam jiwa bangsa tersebut (*volkgeist*). Ungkapan pemikiran dari Friedrich Carl von Savigny tersebut menggambarkan jika terdapat hubungan yang organik antara hukum dengan watak atau karakter suatu bangsa.<sup>1</sup> Dengan demikian, hukum merupakan sekumpulan aturan-aturan serta nilai-nilai yang lahir, tumbuh, dan berkembang dari rahim jiwa bangsa (*volkgeist*), dimana hal-hal tersebut perlu untuk dijadikan acuan dalam memberikan keadilan bagi masyarakat.

<sup>1</sup> Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, 2013, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing, Cetakan ke-4, hlm. 94.

Di lain pihak, hukum juga dipandang sebagai alat dari kekuasaan untuk memerintah rakyatnya (*law is a command of the Lawgiver*)<sup>2</sup> sehingga jika dilihat dari padangan ini hukum tidaklah lahir namun dibentuk oleh penguasa, yang biasanya dituangkan ke dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Menjelmana aturan-aturan hukum ke dalam bentuk peraturan perundangan sudah diberlakukan sejak abad pertengahan dan banyak mempengaruhi berbagai negara, tidak terkecuali Indonesia. Dengan berlakunya sistem perundang-undangan tersebut, hukum diidentikan dengan undang-undang, yang berarti tidak ada hukum di luar undang-undang, atau dengan kata lain satu-satunya sumber hukum adalah berasal dari undang-undang.<sup>3</sup>

Indonesia juga menjadi salah satu negara yang terpengaruh paham legisme ini, hal tersebut dapat dilihat dalam Pasal 15 *Algemene Bepalingen van wetgeving voor Indonesie* (AB) yang mengatur jika bagi orang-orang yang berkebangsaan Indonesia, adat kebiasaan bukanlah suatu aturan hukum, kecuali apabila undang-undang menyatakan hal itu. Dari aturan tersebut, keberadaan adat kebiasaan di suatu daerah mulai tersingkir dan tergantikan dengan keberadaan aturan-aturan yang berwujud dalam bentuk peraturan perundang-undangan.

Sebelum masa kemerdekaan, Pemerintahan Kolonial Belanda pernah memberlakukan pembagian penggolongan rakyat. Hal tersebut dapat dilihat dari berlakunya sistem hukum pidana kolonial Belanda (*Wetboek van Strafrecht/KUHP*) untuk pengadilan bagi orang Eropa dan pribumi tidak ada perbedaan hukum, sedangkan untuk hukum yang lain dianut adanya politik penggolongan rakyat. Pembagiannya meliputi 3 (tiga) golongan yaitu: Golongan Eropa, Golongan Timur Asing, dan Golongan Bumi Putera. Golongan Eropa terdiri dari orang-orang Belanda, orang Eropa lain di luar Belanda, orang Jepang, semua orang yang berasal dari wilayah lain dengan ketentuan wilayah itu tunduk kepada hukum keluarga yang secara substansial memiliki asas hukum yang sama dengan hukum Belanda. Kemudian juga ditambahkan dengan anak sah yang diakui dengan undang-undang serta anak-anak klasifikasi golongan Eropa dimaksud yang lahir di tanah jajahan. Adapun golongan Timur Asing terdiri dari semua orang yang bukan golongan Eropa ataupun penduduk asli tanah jajahan. Mereka ini di antaranya adalah orang Arab, India, dan Cina. Sedangkan golongan terakhir, yakni Bumi Putera terdiri atas orang Indonesia asli. Dalam Pasal 131 IS menentukan jika bagi golongan Eropa, hukum yang berlaku adalah hukum yang ada di negeri Belanda. Adapun golongan Timur Asing berlaku hukumnya sendiri. Selanjutnya bagi golongan terakhir, yakni golongan Bumi Putera, hukum yang berlaku adalah hukum adat.<sup>4</sup>

Pasca kemerdekaan, keberadaan adat kebiasaan kembali dapat ditemukan dalam Pasal 32 Undang-Undang Dasar Sementara Tahun 1950 (UUDS) yang mengharuskan setiap orang untuk patuh, tidak hanya kepada peraturan perundang-undangan sebagai hukum yang tertulis, namun juga wajib patuh pada segala aturan hukum yang tidak tertulis. Meskipun UUDS sudah tidak berlaku lagi, namun perihal eksistensi dari nilai-nilai yang bersifat “adat” masih diakui serta dihormati oleh negara, terkhusus tentang kesatuan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisional adat tersebut sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagaimana termuat dalam Pasal 18B ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Amandemen Keempat.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Lili Rasjidi dan Liza Sonia Rasjidi, (2019), *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, Cetakan ke-13, hlm. 58.

<sup>3</sup> *Ibid.*, hlm. 56.

<sup>4</sup> Sunaryati Hartono, (2015), *Analisa dan Evaluasi Peraturan Perundang-Undangan Peninggalan Kolonial Belanda*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, hlm. 25-26.

<sup>5</sup> Yoserwan, (2023), “Perlindungan terhadap Perempuan dan Anak Melalui Hukum Adat sebagai Manifestasi Asal Usul dalam Tindak Pidana Kekerasan terhadap Perempuan dan Anak di Sumatera Barat”, *Unes Law Review*, 5(3), 961-977, DOI: <https://doi.org/10.31933/unesrev.v5i3>

Mengenai istilah dari hukum adat sendiri, Barda Nawawi Arief menyebutkan jika nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat bagaikan “*batang terendam*” yang belum banyak terangkat ke permukaan.<sup>6</sup> Selanjutnya mengenai istilah dari “hukum tidak tertulis” ini menurut Kusumadi Pudjosewojo disamakan dengan istilah “hukum adat”, atau hukum yang bersanksi namun tidak dikodifikasikan.<sup>7</sup> Selanjutnya berdasarkan kesimpulan hasil seminar hukum adat dan pembangunan hukum nasional pada tahun 1976 yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), istilah hukum adat diartikan sebagai hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia, yang juga mengandung unsur agama.<sup>8</sup>

Hukum adat pada prinsipnya memiliki karakteristiknya sendiri. Hal ini sebagaimana pendapat dari Soepomo yang mengatakan jika secara fundamental terdapat perbedaan antara sistem hukum adat dengan sistem hukum barat oleh karena masing-masing sistem mempunyai latar belakang yang berbeda-beda.<sup>9</sup> Oleh karena berbeda, maka pembedaan dalam hukum adat juga berbeda dengan pembedaan hukum barat, dimana dewasa ini jika berbicara hukum adat hanya diartikan sebagai hukum perdata adat belaka.<sup>10</sup> Padahal jika bicara hukum adat, selain memuat perihal hukum perkawinan, waris, tanah, hutang piutang, di dalamnya juga terdapat perihal hukum delik adat serta sistem pemberian sanksi adat.<sup>11</sup> Mengenai hukum sanksi adat atau delik adat atau dikenal juga dengan istilah Hukum Pidana Adat, Hilman Hadikusuma memberikan definisi tentang Hukum Pidana Adat atau istilah lainnya yakni “*adat delictenrecht*” yakni hukum yang menunjukkan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan (dihukum) dikarenakan peristiwa dan perbuatan itu telah mengganggu keseimbangan masyarakat.<sup>12</sup>

Hukum Pidana Adat ini juga sebelumnya pernah diatur dalam Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, dimana dalam pasal tersebut dinyatakan jika suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup di masyarakat harus dianggap sebagai suatu perbuatan pidana, akan tetapi tidak memiliki padanan dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari 3 (tiga) bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak terhukum dan apabila suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup di masyarakat harus dianggap sebagai suatu perbuatan pidana dan yang ada padanannya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang sama dengan hukuman padanannya yang paling mirip kepada perbuatan pidana itu.<sup>13</sup>

Dewasa ini, keberadaan tentang Hukum Pidana Adat kembali menjadi perhatian pasca diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana pada tanggal 2 Januari 2023 (untuk selanjutnya disebut sebagai “KUHP Nasional”). Pasalnya, pengaturan tentang Hukum Pidana Adat tidaklah dikenal dalam aturan hukum yang termuat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang sebelumnya berlaku di Indonesia. Dalam Pasal 2 KUHP Nasional diatur sebagai berikut:

<sup>6</sup> Ferry Fathurokhman, (2010), “Hukum Pidana Adat Baduy dan Relevansinya dalam Pembaharuan Hukum Pidana”, *Semarang: Jurnal Law Reform*, 1 (5), hlm. 3.

<sup>7</sup> Iman Sudiyat, (2010), *Asas-asas Hukum Adat Bekal Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, Cetakan ke-5, hlm. 16-18.

<sup>8</sup> Erdianto Effendi, (2018), *Hukum Pidana Adat*, Bandung: PT Refika Aditama, Cetakan ke-1, hlm. 6-7.

<sup>9</sup> Soepomo sebagaimana dikutip oleh Soerjono Soekanto, 2021, *Hukum Adat Indonesia*, Depok: RajaGrafindo Persada, Cetakan ke-17, hlm. 117-118.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, hlm 118-120, Lihat pandangan dari beberapa ahli, antara lain Van Vollenhoven, Soepomo, Teer Har, Surojo Wignjodipuro, dan Iman Sudiyat.

<sup>12</sup> Erdianto Effendi, *Op.Cit.*, hlm. 14.

<sup>13</sup> Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil dalam KUHP Nasional menjadi salah satu pasal yang dicabut dan dinyatakan tidak berlaku sejak berlakunya KUHP Nasional, lihat ketentuan Pasal 622 ayat (1) huruf b KUHP Nasional.

- (1) *Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini.*
- (2) *Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa.*
- (3) *Ketentuan mengenai tata cara dan kriteria penetapan hukum yang hidup dalam masyarakat diatur dengan Peraturan Pemerintah.*

Dengan diaturnya Hukum Pidana Adat ke dalam bentuk aturan hukum yang konkret mengakibatkan adanya perubahan bentuk pada Hukum Pidana Adat itu sendiri, dari yang sebelumnya merupakan hukum tidak tertulis menjadi hukum tertulis. Perubahan bentuk dalam Hukum Pidana Adat juga terkait dengan Asas Legalitas yang keberadaannya masih tetap dipertahankan sebagaimana termuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Nasional. Dengan kata lain, penentuan suatu perbuatan apa yang termasuk dalam kategori tindak pidana haruslah terlebih dahulu termuat dan tertulis dalam peraturan perundang-undangan yang mengaturnya.

Selama proses pembahasan penyusunan KUHP Nasional, sebagian besar masyarakat cenderung hanya terfokus pada isu-isu dalam aturan pasal-pasal tertentu dalam KUHP Nasional (Kala itu masih berbentuk Rancangan Undang-Undang) yang dianggap kontroversi antara lain seperti pasal penghinaan Presiden, Wakil Presiden, dan Pemerintahan yang sah yang dianggap dapat menghambat pelaksanaan demokrasi di Indonesia.<sup>14</sup> Selain itu juga adanya sorotan terhadap pasal yang mengatur perihal larangan “kumpul kebo” yang juga dianggap melanggar kehidupan privasi seseorang, serta pasal-pasal lainnya yang juga masuk dalam kategori sebagai pasal kontroversial dalam KUHP Nasional.<sup>15</sup> Padahal, terdapat hal penting untuk diperhatikan dalam pembaruan hukum pidana di Indonesia ini adalah tentang prinsip-prinsip hukum pidana yang termuat dalam bagian awal Buku I dalam KUHP Nasional yang kerap kali terlewatkan untuk dibahas dan diulas, dimana prinsip-prinsip dasar hukum pidana tersebut sangatlah bersifat fundamental yang dapat mempengaruhi masa depan dari hukum pidana itu sendiri.

Dari apa yang telah diuraikan di atas, terdapat hal yang penting untuk diulas secara mendalam tentang dampak dari diaturnya Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional. Hal tersebut mengenai perubahan bentuk dari Hukum Pidana Adat itu sendiri, yang sebelumnya merupakan suatu hukum yang tidak tertulis menjadi hukum tertulis pasca diundangkannya KUHP Nasional. Perubahan bentuk Hukum Pidana Adat ini penting untuk dibahas karena terkait dengan hakikat dari Hukum Pidana Adat sebagai hukum tidak tertulis, dan dengan adanya perubahan bentuk Hukum Pidana Adat menjadi hukum tertulis mengakibatkan adanya pergeseran “dimensi” Hukum Pidana Adat ke dalam dimensi hukum konkret yang erat kaitannya dengan keberlakuan Asas Legalitas. Berdasarkan hal tersebut, maka dalam penulisan ini akan mengkaji mengenai pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional menurut perspektif Asas Legalitas. Oleh karenanya, dalam penulisan ini telah mengidentifikasi masalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah konsep pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional?
2. Bagaimanakah kaitan antara hakikat Hukum Pidana Adat sebagai hukum tidak tertulis dengan pengaturannya dalam KUHP Nasional?

<sup>14</sup> Kompas.com, <https://nasional.kompas.com/read/2022/11/24/13442261/aktivisi-sebut-pasal-bermasalah-masih-ada-di-rkuhp-bisa-dipakai-bungkam> dikunjungi pada tanggal 19 Desember 2022 pukul 16.00 WIB dan Beritasatu.com, <https://www.beritasatu.com/news/1006083/aji-beberkan-17-pasal-bermasalah-dalam-rkuhp-yang-akan-disahkan> dikunjungi pada tanggal 19 Desember 2022 pukul 16.10 WIB.

<sup>15</sup> CNNIndonesia.com, <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20221205202331-12-883194/daftar-pasal-kontroversial-di-rkuhp-terbaru> dikunjungi pada tanggal 19 Desember 2022 pukul 16.15 WIB.

3. Bagaimanakah pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional menurut perspektif Asas Legalitas?

## 2. Metode

Dalam melakukan penulisan ini, Penulis hendak mencari suatu kebenaran koherensi<sup>16</sup> dan oleh karenanya Penulis memilih untuk menggunakan pendekatan dalam penelitian hukum normatif (*normative legal research*). Selanjutnya penulisan ini akan menggunakan pendekatan undang-undang (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).<sup>17</sup> Bahan hukum yang dipergunakan ialah bahan hukum primer yakni bahan hukum yang bersifat autoratif (peraturan perundang-undangan dan catatan resmi), bahan hukum sekunder yakni semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi (buku teks, jurnal hukum dan sebagainya).<sup>18</sup> Keseluruhan bahan hukum tersebut dikaji guna menemukan pembahasan yang sesuai dengan apa yang menjadi permasalahan sebagaimana telah disampaikan pada bagian pendahuluan dalam penulisan ini.

## 3. Pembahasan

### 3.1. Konsep pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang sebelumnya pernah berlaku di Indonesia berasal dari Belanda yang memiliki nama asli *Wetboek van Strafrecht voor Nederlansch Indie* (WvS NI), dimana WvS NI tersebut diadopsi oleh negara Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana.<sup>19</sup> Terhadap WvS NI tersebut, Indonesia berupa untuk melakukan suatu upaya pembaruan hukum pidana yang dimulai sejak tahun 1958 dengan berdirinya Lembaga Pembinaan Hukum Nasional.<sup>20</sup> Pada tahun 1963 diselenggarakan Seminar Hukum Nasional I, dimana dalam seminar tersebut lahir berbagai resolusi antara lain untuk merumuskan KUHP Nasional, dan sejak tahun 1964 telah dimulai untuk penyusunan draf Buku I KUHP Nasional yang sampai dengan diundangkannya KUHP Nasional pada tanggal 2 Januari 2023 telah terdapat 25 (dua puluh lima) draf.<sup>21</sup> Salah satu bagian penting dalam pembaruan hukum pidana tersebut ialah diaturnya hukum yang hidup di masyarakat menjadi salah satu sumber hukum pidana tertulis sebagaimana diatur dalam Pasal 2 KUHP Nasional. Pada bagian penjelasan Pasal 2 KUHP Nasional tersebut menjelaskan sebagai berikut:

(1) Yang dimaksud dengan "hukum yang hidup dalam masyarakat" adalah hukum adat yang menentukan bahwa seseorang yang melakukan perbuatan tertentu patut dipidana. Hukum yang hidup di dalam masyarakat dalam pasal ini berkaitan dengan hukum tidak tertulis yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat di Indonesia. Untuk memperkuat keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut, Peraturan Daerah mengatur mengenai Tindak Pidana adat tersebut.

(2) Dalam ketentuan ini yang dimaksud dengan "berlaku dalam tempat hukum itu hidup" adalah berlaku bagi Setiap Orang yang melakukan Tindak Pidana adat di daerah tersebut. Ayat ini

<sup>16</sup> Terdapat perbedaan makna antara "Kebenaran Koherensi" dan "Kebenaran Korespondensi". Makna dari "Kebenaran Koherensi" yaitu suatu kebenaran yang melihat tentang kesesuaiannya dengan norma hukum atau prinsip-prinsip hukum. Sedangkan "Kebenaran Korespondensi" adalah suatu kebenaran yang melihat adanya kesesuaian antara hipotesis dengan fakta yang berupa data. Lihat dalam Peter Mahmud Marzuki, 2021, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Jakarta: Kencana, Cetakan ke-15, hlm. 47.

<sup>17</sup> *Ibid.*, hlm 133.

<sup>18</sup> *Ibid.*, hlm. 181.

<sup>19</sup> Materi Pemaparan oleh R. Benny Riyanto dalam acara Sosialisasi Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana pada 11 Januari 2023 di Hotel Santika, Padang, dengan judul *Sejarah & Perkembangan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

*mengandung pedoman dalam menetapkan Hukum Pidana Adat yang keberlakuannya diakui oleh Undang-Undang ini.*

*(3) Peraturan Pemerintah dalam ketentuan ini merupakan pedoman bagi daerah dalam menetapkan hukum yang hidup dalam masyarakat dalam Peraturan Daerah.*

Dari penjelasan Pasal 2 KUHP Nasional di atas, terdapat istilah “Tindak Pidana Adat” yang jika dibaca dan dipahami dari penjelasan tersebut, istilah tersebut dituliskan untuk merujuk kepada hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum adat yang dapat menentukan bahwa seseorang yang melakukan perbuatan tertentu yang patut dijatuhi pidana sebagaimana dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional. Sebagaimana dalam isi dan penjelasan Pasal 2 KUHP Nasional, Tindak Pidana Adat merupakan hukum yang hidup di dalam masyarakat dalam bentuk hukum tidak tertulis, dan masih berlaku serta berkembang dalam kehidupan masyarakat di Indonesia. Dalam penjelasan pasal juga disebutkan jika pemberlakuan ketentuan ini akan diperkuat dengan cara diatur secara khusus ke dalam Peraturan Daerah. Secara praktis, keharus agar hukum pidana adat dalam suatu peraturan daerah bukanlah persolan yang mudah karena akan membutuhkan proses politik dan prosedur yang tidak singkat.<sup>22</sup>

Dalam Naskah Akademik KUHP Nasional dijelaskan jika ketentuan perihal hukum yang hidup dalam masyarakat ini adalah sebagai pengecualian dari keberlakuan Asas Legalitas dalam sistem hukum pidana di Indonesia. Pemberlakuan hukum yang hidup tersebut sebagai bentuk formulasi ke dalam norma hukum pidana untuk menjamin kepastian hukum di masa datang bahwa Indonesia mengakui adanya Asas Legalitas Formil dan Asas Legalitas Materil dan untuk menguatkan perkembangan hukum pidana dan praktik penegakan hukum pidana.<sup>23</sup>

KUHP yang sebelumnya pernah berlaku di Indonesia atau *Wetboek van Strafrecht voor Nederlansch Indie* (WvS NI), telah mengatur perihal Asas Legalitas sebagaimana dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang dalam perkembangannya diberlakukan Hukum Pidana Adat secara limitatif atau terbatas sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan Dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil (UU 1/Drt/1951). Dikatakan limitatif, karena dalam pemberlakuan Hukum Pidana Adat, norma hukum pidana materilnya mendasarkan kepada Hukum Pidana Adat, sedangkan acaman sanksi pidananya menggunakan UU 1/Drt/1951 yang dibatasi tidak boleh lebih dari 3 (tiga) bulan penjara. Pemberlakuan Hukum Pidana Adat tersebut kemudian dikuatkan dalam yurisprudensi yang telah menjadi yurisprudensi tetap yang menurut doktrin hukum, kekuatan mengikatnya sama dengan undang-undang. Di samping itu, melalui yurisprudensi telah memperluas makna pemberlakuan tersebut, juga termasuk penyelesaian pelanggaran Hukum Pidana Adat yang telah diselesaikan melalui lembaga adat. Jadi, jika suatu perkara pelanggaran Hukum Pidana Adat sudah diselesaikan melalui lembaga adat dan telah dilaksanakan, tidak dapat diajukan lagi ke pengadilan dengan alasan hukum Pasal 76 KUHP yaitu *ne bis in idem*<sup>24, 25</sup>

Selanjutnya, dalam ayat (2) Pasal tersebut diatur juga jika hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam KUHP Nasional dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum

<sup>22</sup> Yoserwan. (2023). “Eksistensi Hukum Pidana Adat dalam Hukum Pidana Nasional setelah Pengesahan KUHP Baru”, *Nagari Law Review*, 5 (4), p. 2654-3605. DOI: <https://doi.org/10.31933/unesrev.v5i4>

<sup>23</sup> Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, 2015, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, hlm. 257.

<sup>24</sup> Isi Pasal 76 KUHP tentang *Ne Bis In Idem* adalah “Kecuali dalam hal putusan hakim masih mungkin diulangi, orang tidak boleh dituntut dua kali karena perbuatan yang oleh hakim Indonesia terhadap dirinya telah diadili dengan putusan yang menjadi tetap. Dalam artian hakim Indonesia, termasuk juga hakim pengadilan swapraja dan adat, di tempat-tempat yang mempunyai pengadilan-pengadilan tersebut.

<sup>25</sup> Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Op.Cit.*, hlm. 258.

umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa. Dari isi pasal tersebut terdapat 3 (tiga) hal penting, *pertama*, hukum yang hidup di masyarakat tersebut harus hidup dan berlaku pada tempat hukum tersebut hendak diberlakukan. Lalu *kedua*, hukum yang hidup di masyarakat tersebut harus belum atau tidak diatur dalam KUHP Nasional, sehingga apabila sudah diatur maka KUHP Nasional yang diberlakukan, serta *ketiga*, hukum yang hidup di masyarakat harus sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa. Maksud dari poin ketiga ini adalah pedoman/kriterianya bertolak dari nilai-nilai nasional maupun internasional, dengan kata lain sesuai dengan nilai-nilai nasional (Pancasila), artinya sesuai dengan nilai paradigma moral religius, kemanusiaan (*humanis*), kebangsaan, demokrasi (kerakyatan/hilmah kebijaksanaan), dan keadilan sosial. Patut dicatat juga, jika rambu-rambu yang berbunyi "sesuai dengan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa", mengacu/bersumber dari istilah "*the general principle of law recognized by the community of nations*" yang terdapat dalam Pasal 15 ayat (2) *International Covenant on Civil and Political Right (ICCPR)*.<sup>26</sup>

Terdapat 4 (empat) hal yang menjadi dasar diberlakukannya hukum tidak tertulis/ hukum yang hidup di masyarakat, yakni sebagai berikut:<sup>27</sup>

1. Pasal 5 (3) sub b UU 1/Drt/1951, yang intinya mengatur suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukum yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukum pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diakui oleh pihak yang terhukum, bilamana hukum adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui hukuman kurungan atau denda yang dimaksud di atas, maka terdakwa dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukuman adat yang tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa diganti seperti tersebut di atas;
2. Resolusi bidang hukum pidana Seminar Hukum Nasional ke-1 Tahun 1963. Butir keempat menyatakan bahwa "*yang dipandang sebagai perbuatan-perbuatan jahat tadi adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan unsur-unsurnya dalam KUHP ini atau dalam perundang-undangan lain. Hal ini tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan-perbuatan menurut hukum adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan tadi, dengan sanksi adat yang masih dapat sesuai dengan martabat bangsa*". Sedangkan resolusi butir kedelapan menyatakan: "*Unsur-unsur Hukum Agama dan Hukum Adat dijalinan dalam KUHP*";
3. Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman (Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 dan dengan Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004, dan yang terakhir dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009); dan
4. Seminar Hukum Nasional IV Tahun 1979. Dalam laporan sub B. II mengenai "*Sistem Hukum Nasional*", dinyatakan antara lain:
  1. Sistem hukum nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum rakyat Indonesia;
  2. "*..... Hukum Nasional sejauh mungkin diusahakan dalam bentuk tertulis. Di samping itu hukum yang tidak tertulis tetap merupakan bagian dari hukum nasional*".

Berikutnya, sebagai implikasi dari hadirnya ketentuan Pasal 2 dalam KUHP Nasional, diatur secara khusus perihal "*Tindak Pidana Berdasarkan Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat*" sebagaimana dalam Bab XXXIV (tiga puluh empat) atau dalam Pasal 597 KUHP Nasional yang mengatur sebagai berikut:

<sup>26</sup> *Ibid.*, hlm. 28.

<sup>27</sup> Laporan Akhir Tim Kompendium Bidang Hukum Pidana, BPHN, 1994-1995, hal. 12, sebagaimana dikutip oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Ibid.*, hlm. 26.

- a. *Setiap Orang yang melakukan perbuatan yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang, diancam dengan pidana.*
- b. *Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berupa pemenuhan kewajiban adat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 ayat (1) huruf f.*

Ketentuan Pasal 66 ayat (1) KUHP Nasional sendiri mengatur perihal bentuk pidana tambahan yang dapat dijatuhkan terhadap subjek hukum yang melakukan Tindak Pidana, yang salah satu bentuk pidana tambahannya adalah pemenuhan kewajiban adat setempat. Penjatuhan pidana tambahan dalam bentuk pemenuhan kewajiban adat setempat diatur dalam KUHP Nasional dengan pertimbangan karena dalam kenyataan sering terungkap, jika penyelesaian masalah secara yuridis formal dengan menjatuhkan sanksi pidana pokok saja kepada terdakwa belum dirasakan oleh warga masyarakat sebagai suatu penyelesaian masalah secara tuntas, sehingga perlu untuk adanya penjatuhan pidana dalam bentuk pemenuhan kewajiban adat setempat.<sup>28</sup> Dengan dilaksanakannya pidana berupa pemenuhan kewajiban adat setempat juga mengandung arti jika standar, nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat setempat masih tetap dilindungi untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu.<sup>29</sup>

Berikutnya dalam Pasal 96 KUHP Nasional diatur jika pidana tambahan yang berupa pemenuhan kewajiban adat setempat juga menjadi suatu pidana yang diutamakan apabila tindak pidana yang dilakukan memenuhi ketentuan sebagaimana Pasal 2 ayat (2) KUHP Nasional. Selain itu, Pidana tambahan yang berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dianggap sebanding dengan pidana denda Kategori II, dimana berdasarkan Pasal 79 KUHP Nasional mengatur jika denda Kategori II adalah pidana denda yang dapat dijatuhkan kepada pelaku tindak pidana adalah paling banyak sejumlah Rp10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah), sehingga apabila pidana tambahan yang berupa pemenuhan kewajiban adat setempat tidak dilaksanakan oleh pembuat tindak pidana, maka bentuk pidananya dapat diganti dengan ganti rugi yang nilainya setara dengan pidana denda Kategori II. Dan apabila pidana denda Kategori II tersebut juga tidak dapat dilaksanakan, maka ganti rugi diganti dengan pidana pengawasan atau pidana kerja sosial. Diluar dari apa yang telah diuraikan di atas, dalam ketentuan Pasal 97 KUHP Nasional, pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat setempat tetap dapat dijatuhkan meskipun tidak tercantum dalam perumusan Tindak Pidana namun dengan tetap memperhatikan ketentuan Pasal 2 ayat (2) KUHP Nasional. Ketentuan mengenai penjatuhan pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat setempat berlaku juga untuk tindak pidana yang dilakukan oleh Anak<sup>30</sup> dan juga Korporasi<sup>31</sup>.

Implikasi lain yang timbul dengan diaturnya Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional, menyebabkan terdapat ketentuan yang sebelumnya mengatur perihal Hukum Pidana Adat menjadi dihapus. Hal tersebut sebagaimana diatur dalam Pasal 622 KUHP Nasional yang mengatur jika sejak saat diundangkannya KUHP Nasional, terdapat ketentuan-ketentuan yang dinyatakan dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi, salah satunya adalah Pasal 5 ayat (3) huruf b dan huruf c Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1951, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 81), yang mana ketentuan tersebut sebelumnya mengatur tentang Hukum Pidana Adat.

<sup>28</sup> *Ibid.*, hlm. 37.

<sup>29</sup> *Ibid.*, hlm. 101.

<sup>30</sup> Lihat ketentuan Pasal 114 dan Pasal 116 KUHP Nasional.

<sup>31</sup> Lihat ketentuan Pasal 118 dan Pasal 120 KUHP Nasional.

### 3.2. Kaitan antara hakikat Hukum Pidana Adat sebagai hukum tidak tertulis dengan pengaturannya dalam KUHP Nasional

Kata “hakikat” yang berasal dari bahasa Arab yakni *ḥaqīqah* memiliki makna inti sari atau dasar atau juga suatu kenyataan yang sebenarnya atau sesungguhnya.<sup>32</sup> Dalam bagian ini, Penulis akan mengurai perihal inti sari atau dasar dari Hukum Pidana Adat di Indonesia. Sebagaimana telah diurai pada bagian sebelumnya, terminologi Hukum Pidana Adat atau delik adat atau juga dapat disebut hukum pelanggaran adat, berasal dari hukum adat<sup>33</sup>, dimana hukum adat sendiri berdasarkan pandangan para ahli merupakan suatu hukum yang tidak tertulis dalam peraturan perundang-undangan (*non-statutory law*) dan tidak terkodifikasi, namun hidup di dalam kehidupan masyarakat dan memiliki akibat hukum atau sanksi apabila ada pelanggaran terhadap hukum yang hidup di masyarakat tersebut.

Tentang Hukum Pidana Adat sendiri, menurut pandangan dari Soepomo<sup>34</sup> dan juga H.R. Otje Salman Soemadiningrat<sup>35</sup> dalam hukum adat pada dasarnya tidak mengenal pemisahan secara tegas antara hukum pidana dan juga hukum perdata. Meski demikian, menurut Hilman Hadikusuma menjelaskan perihal Hukum Pidana Adat atau istilah lainnya “*adat delictenrecht*” yakni hukum yang menunjukkan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan (dihukum) dikarenakan peristiwa dan perbuatan itu telah mengganggu keseimbangan masyarakat.<sup>36</sup> I Made Widnyana juga menyebutkan jika Hukum Pidana Adat adalah hukum yang hidup (*the living law*), diikuti, ditaati oleh masyarakat adat secara terus-menerus, dari satu generasi ke generasi berikutnya. Pelanggaran terhadap aturan-aturan tersebut dapat menyebabkan kegoncangan dalam masyarakat karena dianggap mengganggu keseimbangan kosmis masyarakat dan oleh karenanya si pelanggar diberikan reaksi adat, koreksi adat atau sanksi adat oleh masyarakat melalui pengurus adatnya.<sup>37</sup>

Dari pendapat-pendapat para ahli tersebut di atas, dapat kita lihat jika segala perbuatan-perbuatan yang mengganggu keseimbangan masyarakat dan menyebabkan kegoncangan dalam masyarakat karena dianggap mengganggu keseimbangan kosmis masyarakat tersebut merupakan suatu hukum yang tidak tertulis, tidak terkodifikasi, dan juga tidak berbentuk peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, jika bicara tentang hakikat dari Hukum Pidana Adat sendiri merupakan suatu hukum yang tidak tertulis, namun keberadaannya tetap hidup, dihormati, serta memiliki akibat atau reaksi adat apabila ada pihak-pihak yang melanggarnya.

Dari hakikat Hukum Pidana Adat tersebut, menurut Penulis Hukum Pidana Adat sebaiknya tidak diatur dalam ranah peraturan tertulis atau peraturan perundang-undangan, melainkan Hukum Pidana Adat ditempatkan sebaik-baiknya sesuai dengan hakikatnya yakni sebagai hukum yang tidak tertulis. Hal ini juga sejalan dengan apa yang disampaikan oleh Aria Zurnetti yakni hukum adat atau dalam hal ini Hukum Pidana Adat adalah suatu hukum yang tidak dapat dihapus dengan suatu peraturan perundang-undangan. Dan kalaupun diadakan suatu undang-undang yang mengatur atau memfokuskannya, akan percuma juga karena hukum pidana perundang-undangan akan kehilangan sumber kekayaannya.<sup>38</sup> Dengan demikian, sebenarnya pengaturan Hukum Pidana Adat ke dalam bentuk tertulis dalam peraturan perundang-undangan adalah suatu “kesia-siaan” karena Hukum Pidana Adat tersebut akan tetap ada dan hidup meskipun aturan perundang-undangannya dihapus di kemudian hari.

<sup>32</sup> Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) Daring Edisi Kelima dari Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia (Kemendikbud RI), <https://kbbi.kemdikbud.go.id/entri/hakikat>, dikunjungi pada tanggal 7 Mei 2023 pukul 23.00 WIB.

<sup>33</sup> Erdianto Effendi, *Op.Cit.*, hlm. 7.

<sup>34</sup> Soepomo sebagaimana dikutip oleh Soerjono Soekanto, 2021, *Loc.Cit.*.

<sup>35</sup> H.R. Otje Salman Soemadiningrat, sebagaimana dikutip oleh Lilik Mulyadi, 2015, *Hukum Pidana Adat - Kajian Asas, Teori, Norma, Praktik, dan Prosedur*, Bandung: PT Alumni, Cetakan ke-1, hlm. 99.

<sup>36</sup> Hilman Hadikusuma, sebagaimana dikutip oleh Erdianto Effendi, *Op.Cit.*, hlm. 15.

<sup>37</sup> I Made Widnyana, sebagaimana dikutip oleh Lilik Mulyadi, *Hukum Pidana Adat...*, *Op.Cit.*, hlm. 43.

<sup>38</sup> Aria Zurnetti, 2021, *Kedudukan Hukum Pidana Adat dalam Penegakan Hukum dan Relevansinya dengan Pembaruan Hukum Pidana Nasional*, Depok: RajaGrafindo Persada, Cetakan ke-2, hlm. 2.

Selain itu, sebagaimana hakikat dari Hukum Pidana Adat sebagai hukum yang tidak tertulis, Hukum Pidana Adat sebaiknya ditempatkan sebagai salah satu sumber hukum pidana apabila hendak membentuk suatu peraturan perundang-undangan pidana, hal tersebut bisa menjadi salah satu bentuk realisasi dari penghormatan terhadap hukum yang hidup di masyarakat. Sejalan dengan yang diungkapkan oleh I. Sriyanto, jika nilai-nilai dalam Hukum Pidana Adat perlu untuk diberikan tempat dalam proses pembentukan KUHP Nasional, namun yang perlu untuk dicari adalah kaidah-kaidah yang hanya berlaku secara universal bagi seluruh masyarakat Indonesia, sehingga nilai Hukum Pidana Adat akan menjadi kaidah dalam KUHP Nasional dan bukan lagi sebagai kaidah Hukum Pidana Adat lagi. Dengan demikian, kedudukan Hukum Pidana Adat telah berganti menjadi hukum pidana nasional, namun tetap dijiwai perasaan hukum yang hidup di dalam seluruh masyarakat Indonesia.<sup>39</sup>

### 3.3. Pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional menurut perspektif Asas Legalitas

Dari uraian tentang hakikat dan juga pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional, terdapat kontradiksi yang jelas dari kedua hal tersebut. Secara hakikat, Hukum Pidana Adat merupakan hukum tidak tertulis, sedangkan hal tersebut tidak diindahkan oleh KUHP Nasional dengan mengatur ke dalam peraturan perundang-undangan atau ke dalam hukum positif.

Terhadap hal tersebut, berdasarkan hasil wawancara Penulis dengan M. Ilham F. Putuhena dari Bagian Pusat Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional di Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN)<sup>40</sup>, pada awal pembahasan pembentukan KUHP Nasional, pengaturan tentang Hukum Pidana Adat ini merupakan suatu hal yang sangat “cair” (Penulis: fleksibel), maksudnya adalah cukup dengan adanya norma di daerah setempat yang melarang atau menganggap suatu perbuatan sebagai suatu perbuatan tercela, maka hal tersebut sudah cukup untuk dapat membuat seseorang dapat dihukum berdasarkan aturan dalam KUHP Nasional (kala itu masih berbentuk Rancangan Undang-Undang). Hal tersebut juga didasari dengan adanya teori mengenai Asas Legalitas Materiil yang diusung oleh Barda Nawawi Arief, dimana Barda Nawawi Arief memandang jika perumusan formal dalam undang-undang juga harus dilihat sebagai faktor atau ukuran yang objektif untuk menyatakan suatu perbuatan bersifat melawan hukum. Selain itu, ukuran formal atau objektif pun tetap harus diuji secara materiil, apakah perbuatan tersebut benar-benar bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat atau hukum yang hidup di masyarakat.<sup>41</sup> Dengan adanya Asas Legalitas Materiil tersebut, Asas Legalitas tidak lagi hanya sebatas “*nullum delictum sine lege*” tetapi juga “*nullum delictum sine ius*” atau tidak semata-mata dilihat sebagai Asas Legalitas Formil, tetapi juga sebagai Asas Legalitas Materiil.<sup>42</sup>

Dalam perkembangan pembahasan pembentuk KUHP Nasional, terdapat perubahan-perubahan formulasi bentuk pasal dalam mengatur Hukum Pidana Adat, yang sampai pada tahap final sebagaimana diatur dalam Pasal 2 KUHP Nasional. Dalam ketentuan Pasal 2 ayat (3) KUHP Nasional, diatur jika tata cara dan kriteria penetapan hukum yang hidup dalam masyarakat diatur dengan Peraturan Daerah, dimana Peraturan Pemerintah dalam pasal ini menjadi pedoman untuk penyusunan Peraturan Daerah. Ketentuan tersebut sangat berbeda dengan apa yang menjadi ide awal diaturnya Hukum Pidana Adat dengan mengedepankan Asas Legalitas Materiil. Dengan diaturnya Hukum Pidana Adat ke dalam bentuk Peraturan Daerah, atau dengan kata lain ke dalam bentuk peraturan tertulis membawa Hukum Pidana Adat berpindah dimensi, dari yang sebelumnya sebagai

<sup>39</sup> I. Sriyanto, 1991, *Kedudukan Hukum Pidana Adat dalam Hukum Pidana Nasional (Sumbangan Pemikiran Bagi Pembentukan KUHP Nasional)*, Jakarta: Jurnal Hukum dan Pembangunan, No. 3, Vo. 21, hlm. 280.

<sup>40</sup> Hasil wawancara dengan M. Ilham F. Putuhena dari Bagian Pusat Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional di Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, yang dilakukan secara daring pada tanggal 6 April 2023 pukul 09.00 WIB melalui Zoom Meeting.

<sup>41</sup> Barda Nawawi Arief, 2016, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta: Prenadamedia Group, Cetakan ke-5, hlm. 104.

<sup>42</sup> Barda Nawawi Arief, 2013, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, Cetakan ke-3, hlm. 8.

hukum tidak tertulis menjadi suatu peraturan hukum yang tertulis, yang dengan demikian juga terikat dengan ketentuan Asas Legalitas Formil. Hal ini juga sejalan dengan apa yang disampaikan oleh M. Ilham F. Putuhena yang mengatakan jika pengaturan Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional bersumber dari hukum adat setempat namun dalam “baju” hukum tertulis.<sup>43</sup> Meskipun dalam bagian konsideran KUHP Nasional disebutkan jika dalam KUHP Nasional hendak mengatur keseimbangan antara hukum tertulis dan hukum yang hidup dalam masyarakat, justru dengan diaturnya ketentuan Pasal 2 KUHP Nasional yang mengatur juga hukum yang hidup di dalam masyarakat diatur dalam Peraturan Daerah, membuat tidak ada keseimbangan yang dimaksud, karena pada akhirnya Hukum Pidana Adat yang akhirnya dibuat menjadi hukum tertulis.

Terhadap teori Asas Legalitas Materiil, terdapat kritik yang dikemukakan oleh Deni Setyo Bagus Yuherawan, yang mengatakan jika penggunaan kata “formil” dalam Asas Legalitas Formil merupakan suatu yang berlebihan, dan penggunaan kata “materiil” dalam Asas Legalitas Materiil menimbulkan suatu kontradiksi terminologi (*contradictio in terminis/ terminological contradiction*) serta kontradiksi konseptual (*conceptual contradiction*).<sup>44</sup> Dalam Asas Legalitas hanya mengakui eksistensi dari undang-undang pidana sebagai hukum positif dan hukum tertulis, sebagai hukum yang secara formal berlaku akibat ditetapkan oleh penguasa. Landasan ontologis Asas Legalitas memang undang-undang, dan makna dari undang-undang selalu pada aspek formal dari suatu entitas hukum. Dengan demikian konsep Asas Legalitas Formil sangat berlebihan, karena dalam Asas Legalitas sudah terkandung makna formil tersebut.<sup>45</sup> Begitu juga dengan Asas Legalitas Materiil, dimana konsep ini menimbulkan ketidakruntutan logika. Makna esensial dari Asas Legalitas adalah aspek formal dari hukum, sedangkan Asas Legalitas Materiil menunjuk pada aspek substansial dari hukum. Asas Legalitas yang bermakna formal jelas berkontradiksi dengan makna substansial dari istilah materiil, dengan demikian tidak mungkin me-materiilkan konsep formal atau sebaliknya mem-formalkan konsep materiil. Selain itu juga, secara konseptual, konsep Asas Legalitas hanya berkaitan dengan hukum tertulis, sedangkan Asas Legalitas Materiil berkaitan dengan hukum tidak tertulis. Unsur inilah yang bertentangan secara konseptual dengan Asas Legalitas yang hanya mengenal hukum tertulis.<sup>46</sup> Penulis sependapat dengan pandangan tersebut, jika bicara perihal Asas Legalitas merupakan suatu hal yang formil dan berupa hukum yang tertulis, sehingga apabila Hukum Pidana Adat diatur dalam peraturan perundang-undangan, maka tidak mungkin tidak Hukum Pidana Adat masuk ke dalam dimensi dari Asas Legalitas yang penuh dengan hal-hal yang formil.

Selanjutnya dalam kajian hukum adat, dikenal suatu teori yang bernama “*Existential Moment*” atau saat adanya atau lahirnya suatu hukum.<sup>47</sup> Suatu “aturan” baru dapat dikatakan sebagai suatu “hukum” apabila aturan tersebut telah ditetapkan, sehingga sebelum adanya penetapan tersebut aturan tersebut belumlah dapat dikatakan sebagai suatu hukum dan dianggap belum pernah ada atau lahir sebelumnya. Ini tidak berarti bahwa sebelum penetapan, aturan itu belum bersifat aturan hukum, akan tetapi baru pada saat penetapanlah aturan tingkah laku adat itu tegas berwujud hukum yang positif. Di saat penetapan itulah yang disebut sebagai “*Existential Moment*”-nya hukum itu.<sup>48</sup>

Masuknya Hukum Pidana Adat ke dalam dimensi Asas Legalitas didasari dengan teori “*Existential Moment*”. Maksudnya adalah sebelum adanya penetapan terhadap aturan Hukum Pidana Adat tersebut, Hukum Pidana Adat belum bersifat sebagai aturan hukum positif, akan tetapi baru pada saat penetapanlah aturan tingkah laku adat itu tegas berwujud hukum yang positif. Padahal, sebelum ada penetapan aturan Hukum Pidana Adat ke dalam hukum positif, Hukum Pidana Adat tersebut sudah lahir, hidup, dihormati, serta berlaku di daerah tersebut, dan dengan diberlakukannya aturan

<sup>43</sup> Hasil wawancara dengan M. Ilham F. Putuhena. *Loc.Cit.*

<sup>44</sup> Deni Setyo Bagus Yuherawan, 2014, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana, Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*, Malang: Setara Press, Cetakan ke-1, hlm. 260.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.*, hlm. 260-261.

<sup>47</sup> Iman Sudiyat, *Op.Cit.*, hlm. 16.

<sup>48</sup> Bushar Muhammad, 1961, *Pengantar Hukum Adat*, Jakarta: Ichtiar, Jilid 1, hlm. 26.

Hukum Pidana Adat dalam aturan tertulis, maka berdasarkan teori “*Existential Moment*”, Hukum Pidana Adat tersebut baru lahir pada saat aturan tersebut diundangkan.

Masuknya Hukum Pidana Adat ke dalam dimensi Asas Legalitas, membuat keberadaan Hukum Pidana Adat tidak lagi sejalan dengan hakikat Hukum Pidana Adat itu sendiri. Dalam dimensi Hukum Pidana Adat, Asas Legalitas tidak berlaku dan keberlakuan dari Hukum Pidana Adat tidaklah ditentukan berdasarkan waktu serta aturan hukum tertulis. Sedangkan dalam dimensi hukum tertulis atau dimensi peraturan perundang-undangan, terdapat konsekuensi adanya keberlakuan Asas Legalitas, sehingga keberlakuan suatu aturan hukum ditentukan berdasarkan waktu lahirnya/ waktu ditetapkannya suatu aturan (*Existential Moment*) dan juga berdasarkan hukum yang tertulis saja.

Dengan masuknya Hukum Pidana Adat ke dalam dimensi Asas Legalitas, membuat Hukum Pidana Adat berlaku tidak lagi sesuai dengan hakikat dari Hukum Pidana Adat sebagai hukum tidak tertulis. *Pertama*, Hukum Pidana Adat tidaklah diketahui kapan waktu lahirnya hukum tersebut, namun hukum itu begitu saja terbentuk dan hidup dalam masyarakat, sedangkan dengan masuknya Hukum Pidana Adat dalam dimensi Asas Legalitas menyebabkan Hukum Pidana Adat baru lahir ketika aturan tertulis tersebut diundangkan. *Kedua*, dengan terikatnya Hukum Pidana Adat dalam dimensi Asas Legalitas, maka apabila Hukum Pidana Adat di kemudian hari dihapuskan oleh negara sebagai suatu perbuatan yang dianggap tercela, maka Hukum Pidana Adat tersebut juga menjadi tidak berlaku lagi secara hukum, padahal Hukum Pidana Adat adalah suatu hukum yang tidak dapat dihapus dengan suatu peraturan perundang-undangan<sup>49</sup>. Dan *ketiga*, Hukum Pidana Adat akan sama seperti hukum pidana lainnya yang berlaku dalam KUHP Nasional, karena terikat dengan unsur-unsur pasal, padahal Hukum Pidana Adat merupakan suatu yang “kaya” dalam keberlakuannya di tengah-tengah kehidupan masyarakat.<sup>50</sup>

#### 4. Kesimpulan

Pengaturan tentang Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional adalah sebagaimana diatur dalam Pasal 2 KUHP Nasional, dimana Tindak Pidana Adat merupakan hukum yang hidup di dalam masyarakat dalam bentuk hukum tidak tertulis, dan masih berlaku serta berkembang dalam kehidupan masyarakat di Indonesia. Dalam penjelasan pasal juga disebutkan jika pemberlakuan ketentuan ini akan diperkuat dengan cara diatur secara khusus ke dalam Peraturan Daerah. Namun dengan diaturnya Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional terdapat permasalahan jika dilihat dari perspektif Asas Legalitas. Hal tersebut disebabkan karena hakikat dari Hukum Pidana Adat itu sendiri sebagai suatu hukum yang tidak tertulis dalam peraturan perundang-undangan (*non-statutory law*) dan tidak terkodifikasi, namun hidup di dalam kehidupan masyarakat dan memiliki akibat hukum atau sanksi apabila ada pelanggaran terhadap hukum yang hidup di masyarakat tersebut. Dengan diaturnya Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional, itu berarti pengaturan tersebut tidak sejalan dengan hakikat dari Hukum Pidana Adat itu sendiri. Lagi pula, hukum adat atau dalam hal ini Hukum Pidana Adat adalah suatu hukum yang tidak dapat dihapus dengan suatu peraturan perundang-undangan, sehingga pengaturan Hukum Pidana Adat sebagai hukum tertulis menjadi suatu hal yang “sia-sia” karena Hukum Pidana Adat tersebut akan tetap ada dan hidup meskipun aturan perundang-undangannya dihapus di kemudian hari. Selain itu, dengan diaturnya Hukum Pidana Adat dalam KUHP Nasional membuat Hukum Pidana Adat berpindah “dimensi”, yang sebelumnya berada pada dimensi sebagai hukum tidak tertulis, yang juga berarti tidak ada Asas Legalitas di dalamnya, menjadi masuk ke dalam dimensi sebagai hukum yang tertulis, yang akhirnya membuat Hukum Pidana Adat terikat dengan konsekuensi dari Asas Legalitas.

<sup>49</sup> Aria Zurnetti, *Op.Cit.*, hlm. 2.

<sup>50</sup> *Ibid.*

## 5. Ucapan Terimakasih

Penulis mengucapkan terima kasih kepada keluarga, para dosen pembimbing, rekan-rekan, serta seluruh pihak yang membantu serta mendukung penulis hingga penulisan ini dapat terselesaikan dengan baik. Tidak lupa penulis ucapkan terima kasih juga kepada seluruh tim dari Nagari Law Review (Nalrev) atas dapat terbitnya tulisan ini.

## Referensi

### Buku

- Aria Zurnetti, 2021, *Kedudukan Hukum Pidana Adat dalam Penegakan Hukum dan Relevansinya dengan Pembaruan Hukum Pidana Nasional*, RajaGrafindo Persada, Depok.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, 2015, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta.
- Barda Nawawi Arief, 2013, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.
- \_\_\_\_\_, 2016, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Prenadamedia Group, Jakarta.
- Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, dan Markus Y. Hage, 2013, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta.
- Bushar Muhammad, 1961, *Pengantar Hukum Adat*, Ichtiar, Jakarta.
- Deni Setyo Bagus Yuherawan, 2014, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana, Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*, Setara Press, Malang.
- Erdianto Effendi, 2018, *Hukum Pidana Adat*, PT Refika Aditama, Bandung.
- Iman Sudiyat, 2010, *Asas-asas Hukum Adat Bekal Pengantar*, Liberty, Yogyakarta.
- Lili Rasjidi dan Liza Sonia Rasjidi, 2019, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Lilik Mulyadi, 2015, *Hukum Pidana Adat - Kajian Asas, Teori, Norma, Praktik, dan Prosedur*, PT Alumni, Bandung.
- Peter Mahmud Marzuki, 2021, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Kencana, Jakarta.
- Sunaryati Hartono, 2015, *Analisa dan Evaluasi Peraturan Perundang-Undangan Peninggalan Kolonial Belanda*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Jakarta.
- Soerjono Soekanto, 2021, *Hukum Adat Indonesia*, RajaGrafindo Persada, Depok.

### Jurnal dan Karya Ilmiah

- Ferry Fathurokhman, 2010, *Hukum Pidana Adat Baduy dan Relevansinya dalam Pembaharuan Hukum Pidana*, Jurnal Law Reform, No. 1, Vol. 5., Semarang.
- Sriyanto, 1991, *Kedudukan Hukum Pidana Adat dalam Hukum Pidana Nasional (Sumbangan Pemikiran Bagi Pembentukan KUHP Nasional)*, Jurnal Hukum dan Pembangunan, No. 3, Vo. 21, Jakarta.
- Yoserwan. (2023). "Eksistensi Hukum Pidana Adat dalam Hukum Pidana Nasional setelah Pengesahan KUHP Baru", *Nagari Law Review*, 5 (4), p. 2654-3605. DOI: <https://doi.org/10.31933/unesrev.v5i4>
- Yoserwan, (2023), "Perlindungan terhadap Perempuan dan Anak Melalui Hukum Adat sebagai Manifestasi Asal Usul dalam Tindak Pidana Kekerasan terhadap Perempuan dan Anak di Sumatera Barat", *Unes Law Review*, 5(3), 961-977, DOI: <https://doi.org/10.31933/unesrev.v5i3>

### *Peraturan Perundang-undangan*

Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (UUD Tahun 1945).

Republik Indonesia, Undang-Undang Republik Indonesia Serikat Nomor 7 Tahun 1950 tentang Perubahan Konstitusi Sementara Republik Indonesia Serikat Menjadi Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia.

Republik Indonesia, Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil.

Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

### *Website*

Beritasatu.com, <https://www.beritasatu.com/>.

CNNIndonesia.com, <https://www.cnnindonesia.com/>.

Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) Daring Edisi Kelima dari Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia (Kemendikbud RI), <https://kbbi.kemdikbud.go.id/>.

Kompas.com, <https://nasional.kompas.com/>.

### *Wawancara*

M. Ilham F. Putuhena, Bagian Pusat Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional di Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, yang dilakukan secara daring pada tanggal 6 April 2023 pukul 09.00 WIB melalui *Zoom Meeting*.

### *Lain-lain*

Materi Pemaparan oleh R. Benny Riyanto dalam acara Sosialisasi Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana pada 11 Januari 2023 di Hotel Santika, Padang, dengan judul *Sejarah & Perkembangan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*.