

# **EKSISTENSI HUKUM PIDANA ADAT DI INDONESIA :**

## ***Pengkajian Asas, Norma, Teori, Praktik dan Prosedurnya***

**Lilik Mulyadi**

Dosen Fakultas Hukum Universitas Jayabaya  
Ketua Pengadilan Negeri/Perikanan  
Klas 1A Khusus Jakarta Utara

### **Abstrak**

Eksistensi hukum pidana adat Indonesia dikaji dari perspektif normatif (*ius constitutum*) diatur Pasal 18 B UUD 1945 hasil Amandemen, Pasal 1, Pasal 5 ayat (3) sub b UU Nomor 1 Drt tahun 1951, Pasal 5 ayat (1), Pasal 10 ayat (1) dan Pasal 50 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009. Kemudian secara parsial dalam daerah tertentu seperti Aceh Nangroe Darussalam diatur dalam UU Nomor 44 Tahun 1999, UU Nomor 11 Tahun 2006, berikutnya diimplementasikan dalam bentuk *Qanun* baik tingkat Propinsi dan Kabupaten. Berikutnya di Bali diatur dan diimplementasikan dalam bentuk *Awig-Awig* Desa Adat (Pakraman) serta dari perspektif *ius constituendum* diatur dalam ketentuan Pasal 2 ayat (1), (2) RUU KUHP Tahun 2012. Kemudian tataran asas diatur *Kitab Ciwacasana* atau *Kitab Purwadhigama*, *Kitab Gajahmada*, *Kitab Simbur Cahaya*, *Kitab Kuntara Raja Niti*, *Kitab Lontara 'ade'* dan *awig-awig*. Selain itu, dikaji dari perspektif teori, praktik dan prosedurnya ditemukan dalam bentuk yurisprudensi Mahkamah Agung RI seperti Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 42 K/Kr/1966 tanggal 8 Januari 1966, Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 275 K/Pid/1983 tanggal 29 Desember 1983 serta penjatuhan sanksi adat (*obat adat*) hakikatnya bersifat untuk pemulihan keseimbangan alam magis, pemulihan alam kosmos guna mengembalikan pada keseimbangan yang terganggu agar bersifat religio magis kembali. Kemudian dalam kajian hukum pidana maka eksistensi hukum pidana adat Indonesia berada pada tataran dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum. Oleh karena itu hukum pidana adat secara holistik menjiwai seluruh lapisan ilmu hukum dalam praktek hukum sehingga eksistensi dari dimensi ilmu hukum maka hakikatnya hukum pidana adat tidak diragukan kapabilitasnya sebagai karakteristik praktek hukum di Indonesia.

**Kata kunci:** hukum pidana adat, sanksi adat, serta asas, norma, teori, praktik dan prosedurnya

### **Abstract**

*Existence of indigenous Indonesian criminal law examined from the perspective of normative (ius constitutum) set forth in Article 18 B of the 1945 Amendment, Article 1, Article 5 paragraph (3) sub B Drt Law No. 1 of 1951, Article 5 paragraph (1), Article 10 paragraph (1) and Article 50 paragraph (1) of Law No. 48 of 2009. Then partial in certain areas such as Nanggroe Aceh Darussalam stipulated in Law No. 44 of 1999, Act No. 11 of 2006, the next is*

*implemented in the form of Qanun both provincial and district levels. Next in Bali set up and implemented in the form of Awig - Awig Village People (Pakraman) as well as from the perspective of ius constituendum set out in Article 2 paragraph (1), (2) of the RUU KUHP of 2012. Then the level of principle set Ciwasasana book or book Purwadhigama, Book of Gajah Mada, Simbur Cahaya, Book Kuntara Raja Niti, Book Lontara 'ade' and Awig awig. In addition, examined from the perspective of theory, practice and procedures found in the form jurisprudence Mahkamah Agung RI as Putusan Mahkamah Agung RI No. 42 K/Kr/1966 Tanggal 8 Januari 1966, Putusan Mahkamah Agung RI No. 275 K/Pid/1983 tanggal 29 Desember 1983 and sanctions adat (traditional medicine) for recovery of the balance essentially magical nature, the cosmos recovery to restore the disturbed balance in order to be religio magic back. Later in the study of criminal law the existence of indigenous Indonesian criminal law is at the level of dogmatic law, legal theory and philosophy of law. Therefore customary criminal law holistically animates all levels of law in the practice of law so that the existence of the law - dimensional nature of criminal law is undoubtedly indigenous capabilities as a characteristic practice of law in Indonesia.*

**Keywords:** *criminal law customary, traditional sanctions, as well as the principles, norms, theories, practices and procedures*

## **A. Pendahuluan**

### **1. Latar Belakang**

Pada dasarnya, terminologi *hukum adat*<sup>51</sup> berasal dari kata *adatrecht* dipergunakan oleh **Snouck Hurgronje** dan dipakai sebagai terminologi teknis yuridis oleh **van Vollenhoven**. Kemudian, terminologi *hukum adat* dikenal dalam zaman Hindia Belanda diatur ketentuan Pasal 11 *Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesia* (AB) dengan terminologi *godsdientige wetten, volksinstellingen en gebruiken*, ketentuan Pasal 75 ayat 3 *Reglement op het Beleid der Regeling van Nederlands Indie* (RR) dengan terminologi *Instellingen en gebruiken des volks*, berikutnya menurut ketentuan Pasal 128 *Wet op de Staatsinrichting van Nederlandsch Indie* atau *Indische Saatsregeling* (IS) dipergunakan terminologi *godsdientige wetten en oude herkomsten* dan berdasarkan ketentuan Stb. 1929 Nomor 221 jo Nomor 487 terakhir dipergunakan terminologi *adatrecht*.

Dikaji dari perspektif peraturan perundang-undangan Indonesia saat ini (*ius constitutum*) terminologi *hukum adat* dikaji dari perspektif asas, norma, teoretis dan praktik dikenal dengan istilah, “*hukum yang hidup dalam masyarakat*”, “*living law*”, “*nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”, “*hukum tidak tertulis*”, “*hukum kebiasaan*”, dan lain sebagainya.

<sup>51</sup> Berdasarkan kesimpulan Hasil Seminar Hukum Adat dan Pembangunan Hukum Nasional pada tahun 1976 yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) maka Hukum Adat diartikan sebagai, “*hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia yang disana-sini mengandung unsur agama.*”

Selain itu, dari dimensi demikian terminologi hukum adat beserta masyarakat adatnya mempunyai korelasi erat, integral dan bahkan tak terpisahkan yang lazim diungkapkan dalam bentuk *petatah petatih*. Sebagai contoh, misalnya dalam masyarakat Aceh dikenal dengan ungkapan “*matee anak mepat jerat matee adat phat tamita*” yang diartikan kalau anak mati masih dapat dilihat pusaranya, akan tetapi kalau adat dihilangkan/mati, maka akan sulit dicari. Ungkapan lainnya, berupa “*murip i kanung edet, mate i kanung bumi*” yang berarti bahwa keharusan mengikuti aturan adat sama dengan keharusan ketika mati harus masuk ke perut bumi.

Eksistensi berlakunya hukum adat selain dikenal dalam instrumen hukum nasional juga diatur instrumen Internasional. Ketentuan Pasal 15 ayat (2) International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) menyebutkan bahwa, “*Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations*”. Kemudian rekomendasi dari Konggres Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang “*The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*” dinyatakan bahwa sistem hukum pidana yang selama ini ada di beberapa negara (terutama yang berasal/diimpor dari hukum asing semasa zaman kolonial), pada umumnya bersifat “*obsolete and unjust*” (telah usang dan tidak adil) serta “*outmoded and unreal*” (sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan). Alasannya karena sistem hukum di beberapa negara tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada “diskrepansi” dengan aspirasi masyarakat, serta tidak responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini. Kondisi demikian oleh konggres PBB dinyatakan sebagai faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan.

Ruang lingkup dan dimensi hukum adat sebagaimana konteks di atas teramat luas dimana diatur dalam instrumen hukum, baik instrumen Nasional dan Internasional. Selain itu, dikaji dari dimensi substansinya hukum adat dapat terbagi menjadi hukum perdata adat, hukum tata negara adat, hukum pidana adat (*delictentrecht*) dan lain sebagainya.

Terminologi *hukum pidana adat*, *delik adat*, *hukum pelanggaran adat* atau *hukum adat pidana*<sup>52</sup> cikal bakal sebenarnya berasal dari hukum adat.

<sup>52</sup> Lilik Mulyadi, Makalah Penelitian Eksistensi Hukum Pidana Adat di Indonesia: *Pengkajian Asas, Teori, Norma, Praktik dan Prosedurnya*, untuk wilayah Pengadilan Tinggi Banda Aceh, Medan, Denpasar, Mataram dan Banjarmasin, bulan Juni-Juli 2010, hlm. 2 dimana hasil penelitian dari para respondent sejumlah 150 orang pada 5 (lima) Pengadilan Tinggi dalam 4 (empat) lingkungan peradilan menentukan istilah *Hukum Pidana Adat* untuk PT Banda Aceh sebanyak 68%, PT Medan (72%), PT Denpasar (55%), PT Mataram (90%), PT Banjarmasin (80%), *Delik Adat* untuk PT Banda Aceh (24%), PT Medan (20%), PT Denpasar (10%), PT Mataram (0%), PT Banjarmasin (16%), *Hukum Adat Pidana* untuk PT Banda Aceh (4%), PT Medan (0%), PT Denpasar (3%), PT Mataram (0%) dan PT Banjarmasin (8%) dan *Hukum Pelanggaran Adat* untuk PT Banda Aceh (20%), PT Medan (4%), PT Denpasar (31%), PT Mataram (10%), dan PT Banjarmasin (16%). Apabila dianalisis, ternyata para responden memilih terminologi hukum pidana adat dibandingkan terminologi yang salah satu alasannya disebabkan terminologi hukum pidana adat dianggap lebih

Apabila dikaji dari perspektif sumbernya, hukum pidana adat bersumber tertulis dan tidak tertulis. Tegasnya, sumber tertulis dapat merupakan kebiasaan-kebiasaan yang timbul, diikuti serta ditaati secara terus menerus dan turun temurun oleh masyarakat adat bersangkutan. Misalnya dapat dilihat dalam *Kitab Ciwasasana* atau *Kitab Purwadhiyama* pada masa Raja Dharmawangsa pada abad ke-10, *Kitab Gajahmada*, *Kitab Simbur Cahaya* di Palembang, *Kitab Kuntara Raja Niti* di Lampung, *Kitab Lontara "ade"* di Sulawesi Selatan, *Kitab Adi Agama* dan *Awig-Awig* di Bali, dan lain sebagainya. Kemudian sumber tidak tertulis dari hukum pidana adat adalah semua peraturan yang dituliskan seperti di atas daun lontar, kulit atau bahan lainnya.

**I Made Widnyana** menyebutkan di Bali sumber tertulis dari hukum pidana adat dapat ditemukan pada beberapa sumber seperti:

**Pertama**, *Manawa Dharmasastra (Manu Dharmacastra)* atau *Weda Smrti (Compendium Hukum Hindu)*. **Kedua**, *Kitab Catur Agama* yaitu *Kitab Agama*, *Kitab Adi Agama*, *Kitab Purwa Agama*, *Kitab Kutara Agama*. **Ketiga**, *Awig-Awig (Desa Adat, Banjar)* adalah aturan-aturann atau keinginan-keinginan masyarakat hukum adat setempat yang dibuat dan disahkan melalui suatu musyawarah dan dituliskan di atas daun lontar atau kertas. Di dalam awig-awig ini dimuat/diatur larangan-larangan yang tidak boleh dilakukan oleh warga masyarakat yang bersangkutan atau kewajiban-kewajiban yang harus diikuti oleh masyarakat tersebut, yang apabila dilanggar mengakibatkan dikenakan sanksi oleh masyarakat melalui pimpinan adatnya.<sup>53</sup>

Eksistensi hukum pidana adat di Indonesia telah lama dikenal baik dikaji dari perspektif asas, teoretis, norma, praktik dan prosedurnya. Sebagai salah satu contoh eksistensi pengaturan hukum pidana adat terdapat dalam *Oendang-Oendang Simboer Tjahaja*<sup>54</sup> pada abad ke-16 di wilayah Kesultanan Palembang Durussalam Sumatera Selatan. Pada *Oendang-Oendang Simboer Tjahaja* (UUSC) dikenal

---

familier sebagaimana terdapat dalam pelbagai literatur hukum, pendapat doktrin serta terminologi yang dipakai dalam beberapa yurisprudensi Mahkamah Agung RI dan bukan disebabkan dari aspek substansi pokok bahwa hukum pidana adat merupakan bagian dan bersumber dari hukum pidana. Hal ini terbukti dari jawaban responden karena memilih bahwa hukum pidana adat merupakan cabang dari hukum pidana lebih dominan berbanding terbalik dengan responden yang memilih hukum adat pidana, sebagai bagian atau bersumber dari hukum adat. Konklusi dasarnya, apabila responden memilih terminologi hukum pidana adat merupakan bagian dari hukum pidana atau bagian dari hukum adat maka responden yang memilih terminologi hukum pidana adat dan terminologi hukum adat pidana relatif berimbang dan bukan sebaliknya.

<sup>53</sup> **I Made Widnyana**, *Kapita Selektu Hukum Pidana Adat*, PT Eresco, Bandung, 1993, hlm. 4

<sup>54</sup> *Oendang-Oendang Simboer Tjahaja* merupakan karya dari Ratu Sinuhun yang merupakan istri Pangeran Sending Kenayan. Pangeran Sending Kenayan disebut juga Pangeran Sido Ing Kenayan merupakan salah satu sultan di Kesultanan Palembang Darussalam yang memerintah dari tahun 1639-1650 Masehi. *Oendang-Oendang Simboer Tjahaja* berlaku untuk sebagian di daerah uluan kota Palembang (daerah pedalaman Sumatera Selatan) dan juga sebagian berlaku untuk masyarakat Kota Palembang dan belum dikodifikasikan.

hukum pidana adat dimana sanksi denda dikenakan pada delik kesusilaan diatur Pasal 18-23 Bab I tentang Adat Bujang Gadis dan Kawin UUSC, maka pidana denda yang dikenakan sesuai dengan tingkatan perbuatan seseorang, yaitu senggol tangan perempuan (naro gawe) kena denda 2 ringgit. Dimensi "Naro Gawe" ini, diatur Pasal 18 UUSC dengan redaksional "*Djika laki-laki senggol tangan gadis atau rangda "Naro Gawe" namanja, ia kena denda 2 ringgit djika itoe perampoean mengadoe: dan 1 R poelang pada itoe perampoean "tekap maloe" namanja dan 1 R pada kepala doesoen serta pengawanja.*" (Jika laki-laki senggol tangan gadis atau janda, disebut "Naro Gawe", maka ia kena denda 2 ringgit jika perempuan tersebut mengadu, dan 1 Ringgit diberikan kepada si perempuan sebagai "tekap malu", serta satu ringgit diberikan kepada kepala dusun serta perangkatnya). Selain itu, juga diatur mengenai Pegang lengan perempuan (*meranting gawe*) didenda 4 Ringgit. Pegang di atas siku perempuan (*meragang gawe*) kena denda 6 ringgit. Peluk badan (*meragang gawe*) dan nangkap badan gadis (*nangkap rimau*) serta pegang istri orang lain, masing-masing kena denda 12 ringgit.

Konteks di atas mendeskripsikan bahwa hukum pidana adat tersebut eksistensinya telah ada, lahir, tumbuh dan berkembang di bumi Indonesia sejak lama. Kemudian dalam bentuk kodifikasi hukum pidana adat setelah kemerdekaan diatur dalam ketentuan Pasal 1 dan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Nomor 1 Drt tahun 1951<sup>55</sup> tentang *Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan, dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil*.

Pada ketentuan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Drt tahun 1951 disebutkan bahwa kecuali pengadilan desa seluruh badan pengadilan yang meliputi badan pengadilan gubernemen, badan pengadilan swapraja (*zelbestuurrechtspraak*), kecuali pengadilan agama jika pengadilan itu menurut hukum yang hidup merupakan suatu bagian dari pengadilan swapraja, dan badan pengadilan adat (*Inheemse rechtspraak in rechtsreeks bestuur gebied*), kecuali pengadilan agama jika pengadilan itu menurut hukum yang hidup merupakan suatu bagian tersendiri dari pengadilan adat telah dihapuskan. Hakikat dasar adanya ketentuan tersebut berarti sebetulnya Undang-Undang Nomor 1 Drt tahun 1951

55

Selain diatur dalam UU Nomor 1 Drt 1951 maka eksistensi hukum pidana adat juga diatur dalam Pasal 18 B UUD 1945 hasil Amandemen, UU Nomor 48 Tahun 2009, yurisprudensi Mahkamah Agung. Kemudian secara parsial dalam daerah tertentu juga diatur seperti misalnya di Aceh Nangroe Darussalam dengan UU Nomor 44 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Keistimewaan Propinsi Daerah Istimewa Aceh, UU Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh, berikutnya diimplementasikan dalam bentuk *Qanun* baik tingkat Propinsi maupun Kabupaten seperti *Qanun* Aceh Nomor 10 Tahun 2008 tentang Lembaga Adat, *Qanun* Kabupaten Aceh Tengah Nomor 10 Tahun 2002 tentang Hukum Adat Gayo, dan lain sebagainya. Kemudian di Bali diatur dan diimplementasikan dalam bentuk *Awig-Awig* Desa Adat (Pakraman) seperti *Awig-Awig* Desa Adat (Pakraman) Karangasem, *Awig-Awig* Desa Adat Mengwi, Kabupaten Badung dan lain sebagainya.

telah meniadakan badan-badan pengadilan lain kecuali badan pengadilan umum, agama dan pengadilan desa.

## 2. Fokus Penulisan

Dari titik tolak bahwa eksistensi hukum pidana adat Indonesia bersifat multi dimensional baik dalam perspektif kebijakan formulatif maupun aplikatif maka kajian berikut lebih menitikberatkan fokus penulisan tentang:

- (a) Bagaimana eksistensi hukum pidana adat Indonesia dikaji dari perspektif asas, norma, teori, praktik dan prosedurnya
- (b) Bagaimana eksistensi hukum pidana adat Indonesia dikaji dalam korelasinya dengan Filsafat Hukum, Teori Hukum dan Dogmatik Hukum

## 3. Kajian Pustaka

Melalui sejarah hukum dapat diketahui bahwa hukum yang mula pertama berlaku dan merupakan pencerminan kesadaran hukum rakyat Indonesia ialah hukum adat. Aspek dan dimensi ini identik dengan *theorie receptie* dari **Snouck Hurgronje**.<sup>56</sup> Untuk jangka masa yang cukup lama hukum adat ini sebagai suatu norma hukum, bersama-sama dengan norma-norma sosial lainnya dan norma agama Hindu, memainkan peranannya berfungsi sebagai alat pengendalian sosial.<sup>57</sup> Konsekuensi logis sebagai alat pengendalian sosial maka hukum adat lahir, tumbuh dan berkembang dalam suatu sistem sosial.

Sistem sosial adalah suatu sistem interaksi, jadi suatu tindakan manusia, yang melibatkan sejumlah individu. Sistem tindakan manusia itu, sebagai suatu sistem, tersusun atas jumlah bagian, yang disebut subsistem, yang saling berkaitan dan saling mendukung. Tiap bagian atau subsistem mempunyai fungsi tertentu terhadap sistem yang meliputinya. **Talcott Parsons** menyebut ada 4 (empat) fungsi yang meliputi, yaitu:

1. Fungsi adaptasi (*Adaptation*), yaitu penyesuaian diri terhadap situasi dan lingkungan. Fungsi ini menunjuk pada keharusan bagi sistem-sistem sosial untuk menghadapi lingkungannya;
2. Fungsi pencapaian tujuan (*Goal attainment*), yang merupakan pencapaian sasaran atau tujuan. **Parsons** beranggapan bahwa suatu tindakan diarahkan pada

<sup>56</sup> *Theori Receptie* dari **Snouck Hurgronje** pada pokoknya menyebutkan hukum yang hidup dan berlaku dikalangan rakyat Indonesia (Bumi Putra) adalah hukum adat. Teori ini menanggapi teori *Receptio in Complexu* dari **L.W.C. van den Berg** dan **Solomon Keyzer** yang pada pokoknya menyebutkan adat istiadat dan hukum sesuatu golongan (hukum) masyarakat adalah resepsi seluruhnya dari agama yang dianut oleh golongan masyarakat itu. Kemudian teori ini ditentang oleh **Hazairin** dengan teori *Receptio a Contrario* yang menyebutkan hukum adat adalah suatu ketentuan yang berbeda dan tidak serta merta dapat diberlakukan dengan hukum Islam sehingga keduanya harus tetap terpisah dan ketentuan hukum agama bersifat mutlak dan hukum adat baru dapat diberlakukan kalau tidak bertentangan dengan hukum agama Islam.

<sup>57</sup> **H.R. Otje Salman**, *Kesadaran Hukum Masyarakat Terhadap Hukum Waris*, PT Alumni, Bandung, 2007, hlm. 21

- tujuannya. Namun perhatian yang diutamakan di sini bukanlah tujuan pribadi individu, melainkan tujuan bersama para anggota dalam suatu sistem sosial;
3. Fungsi integrasi (Integration) adalah memadukan atau mengakomodasikan pelbagai faktor yang terkait pada pencapaian tujuan. Yang terdiri atas penjaminan koordinasi yang perlu antara unit-unit dari sistem sosial berkaitan dengan kontribusi tiap unit pada organisasi dan berfungsinya secara keseluruhan;
  4. Fungsi pemeliharaan pola atau latensi (*patterns maintenance* atau *latency*) yaitu melestarikan pola-pola yang sudah terbentuk berdasarkan nilai-nilai.<sup>58</sup>

Hukum adat sebagai suatu model sosial dari **Talcott Parsons** titik beratnya pada fungsi integrasi. **H.R. Otje Salman** lebih lanjut menyebutkan hukum diarahkan untuk mengakomodasikan keseluruhan sistem sosial kemasyarakatan. Fungsi ini meliputi sistem kaidah (sistem norma) yang bertugas untuk mengoreksi perilaku yang menyimpang dari kaidah-kaidah yang bersangkutan. Jadi kaidah-kaidah itu dalam integrasi sosial menuntut perilaku tertentu yang mewujudkan peranan-peranan tertentu. Dengan demikian, kaidah-kaidah ini merupakan kerangka orientasi perilaku manusia (anggota sistem kemasyarakatan).<sup>59</sup>

Hukum Adat, menurut pandangan **Soepomo** diartikan sebagai “suatu hukum yang hidup, karena ia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat, serta hukum adat bersifat dinamis dan akan tumbuh serta berkembang sejalan dengan perkembangan masyarakatnya.”<sup>60</sup> Temuan **Soepomo** tersebut bertitik tolak dari konsepsi pemikiran **Friedrich Carl von Savigny** dengan madzab sejarah dan kebudayaannya dari **van Vollenhoven**. Oleh sebab itu maka hukum adat bersifat dinamis dan akan tumbuh serta berkembang sejalan dengan perkembangan masyarakatnya. Dalam bahasa **Friedrich Carl von Savigny**, hal tersebut disebut *Volksgeist* (jiwa bangsa). *Volksgeist* berbeda-beda menurut tempat dan zaman yang dinyatakan dalam bahasa adat-istiadat dan organisasi sosial rakyat.<sup>61</sup> Hampir identik dengan pendapat tersebut maka penggagas sosiologi hukum (*sociology of law*) **Eugene Ehrlich** mengatakan bahwa, “*The centre of gravity of legal development lies not in legislation nor in juristic science, nor in judicial decision, but in society it self*”. **Eugene Ehrlich** mengganti term *voksgeist Savigny* dengan term yang khusus dan lebih rasional yaitu fakta-fakta hukum (*Rechtstaatsachen / fact of law*) dan hukum yang hidup di dalam masyarakat (*living law of the people*).<sup>62</sup>

Pada dasarnya, hukum adat tidak saja merupakan adat-adat yang mempunyai akibat-akibat hukum, atau keputusan-keputusan yang berwibawa dari kepala-kepala rakyat, karena antara adat yang mempunyai akibat hukum dan yang tidak mempunyai akibat hukum tidak ada pemisahan yang tegas. Dengan kata lain

<sup>58</sup> **Doyle P. Johson**, *Teori Sosiologi Klasik dan Modern*, PT Gramedia, Jakarta, 1985, hlm. 128-144

<sup>59</sup> **H.R. Otje Salman**, *Kesadaran Hukum Masyarakat...*, Op. Cit, hlm. 45

<sup>60</sup> **Soepomo**, *Bab-Bab Tentang.....*, Op. Cit., hlm. 7

<sup>61</sup> **L.B. Curzon**, *Jurisprudence*, Macdonald & Evans Ltd, Plymouth, 1979, hlm. 155-156

<sup>62</sup> **Eugene Ehrlich**, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York, 1936, hlm. 21

bahwa setiap kebiasaan yang kemudian menjadi perilaku sehari-hari merupakan hukum adat.<sup>63</sup>

Polarisasi hukum adat tersebut tidak membedakan antara hukum pidana adat, hukum perdata adat, hukum tata negara adat dan lain sebagainya. Konsekuensi logisnya bahwa hukum adat tidak mengenal pemisahan secara tegas antara hukum pidana dengan hukum perdata (*privat*) dan diantara keduanya saling berkorelasi satu sama lain. Sehubungan dengan hal tersebut, tidak ada perbedaan prinsip dalam prosedur penyelesaian perkara-perkara pelanggaran hukum adat. Jika terjadi pelanggaran para fungsionaris hukum (penguasa/kepala adat) berwenang mengambil tindakan konkret, baik atas inisiatif sendiri atau berdasarkan pengaduan pihak yang dirugikan.

Dalam konteks hukum pidana adat maka terhadap pelanggarnya dapat dituntut atas dasar norma hukum pidana dan norma hukum perdata. Pada norma hukum pidana dituntut berdasarkan ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b UU Dart Nomor 1 Tahun 1951 jo Pasal-Pasal dalam KUHP. Menurut **H.R. Otje Salman Soemadiningrat** disebutkan bahwa hukum pidana adat berikut sanksi-sanksi adat diupayakan untuk dihapus dari sistem hukum di Indonesia dan diganti oleh peraturan perundang-undangan sehingga prosedur penyelesaian perkara-perkara pidana pada umumnya disalurkan melalui peradilan umum. Akan tetapi, sampai sekarang masih terdapat hakim-hakim yang mendasarkan putusannya pada "*hukum adat*" (dalam tanda petik) atau setidaknya-tidaknya pada hukum yang dianggap sebagai hukum adat dengan penafsirannya atas Pasal 5 ayat 3 UU No. 1/Drt/1951.<sup>64</sup>

Eksistensi norma, asas dan praktek hukum pidana adat sampai sekarang masih diterapkan hakim yang bertitik tolak pada hukum pidana adat atau menganggap hukum pidana adat masih berlaku seperti dalam praktek yurisprudensi Mahkamah Agung RI salah satunya tercermin pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991<sup>65</sup> yang menyatakan bahwa terhadap terdakwa yang telah melakukan perbuatan hubungan kelamin di luar perkawinan dijatuhi sanksi adat (reaksi adat) oleh kepala adat, tidak dapat diajukan lagi (untuk kedua kalinya) kepada badan peradilan negara (pengadilan negeri) dengan dakwaan yang sama melanggar hukum adat dan dijatuhkan hukuman penjara menurut ketentuan hukum pidana.

Kemudian terhadap pelanggaran adat juga dalam praktek peradilan bertitik tolak pada dimensi hukum perdata. Misalnya, pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 3898 K/Pdt/1989 tanggal 19 November 1992 yang menyebutkan bahwa jika dua orang dewasa melakukan hubungan kelamin atas dasar suka sama suka yang mengakibatkan si perempuan hamil, dan si laki-laki tidak bertanggung

<sup>63</sup> **Soerjono Soekanto**, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, Kurnia Esa, Jakarta, 1982, hlm. 36-37

<sup>64</sup> **H.R. Otje Salman Soemadiningrat**, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, PT Alumni, Bandung, 2002, hlm. 155

<sup>65</sup> Selain putusan tersebut ada juga Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 666 K/Pid/1984 tanggal 23 Februari 1985 yang menganggap bahwa perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa merupakan suatu perbuatan yang dikategorisasikan sebagai perbuatan zina menurut hukum adat.



jawab atas kehamilan tersebut, harus ditetapkan suatu *sanksi adat* berupa pembayaran *belis* (biaya atau mas kawin) dari pihak laki-laki kepada pihak perempuan (dikenal dengan nama *Adat Pualeu Manleu*). Apabila si laki-laki sudah beristri serta ingin keluar dari lingkungan keluarga di perempuan (yang dihamilinya), si laki-laki tersebut diharuskan pula membayar *belis* berupa *seorang anak hasil perkawinannya* dan beberapa ekor sapi (binatang piaraan) dan sejumlah uang atau obat adat (dikenal dengan nama *Adat Tam-noni*).

Apabila diperbandingkan dari dua putusan Mahkamah Agung tersebut maka pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991 perbuatan melakukan hubungan kelamin di luar perkawinan dikategorisasikan sebagai delik (pidana) yang tidak ada kualifikasinya dalam KUHP (hukum pidana adat), sedangkan dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 3898 K/Pdt/1989 tanggal 19 November 1992 yang diselesaikan secara perdata maka perbuatan tersebut dianggap sebagai pelanggaran terhadap hukum perkawinan sehingga harus dikenakan sanksi adat.

Dikaji dari perspektif asas, teori, norma, praktek dan prosedurnya maka dalam hukum pidana adat penjatuhan sanksi adat (*obat adat*) hakikatnya bersifat untuk pemulihan keseimbangan alam magis, pemulihan alam kosmos guna mengembalikan pada keseimbangan yang terganggu agar bersifat religio magis kembali. Penjatuhan sanksi pidana ini penting eksistensinya. Di satu sisi, penjatuhan sanksi pidana bersifat preventif dan represif dan di sisi lainnya pemulihan keseimbangan magis yang terganggu sehingga diharapkan masyarakat hukum adat tersebut seperti sedia kala.

Pada hakikatnya, “*sanksi pidana*” merupakan “*penjamin / garansi yang utama / terbaik*” atau (*prime guarantor*) dan sekaligus sebagai “*pengancam yang utama*” (*prime threatener*) atau serta merupakan alat atau sarana terbaik dalam menghadapi kejahatan. Konklusi dasar asumsi Herbert L. Packer ini diformulasikan dengan redaksional sebagai berikut:<sup>66</sup>

- a. Sanksi pidana sangatlah diperlukan; kita tidak dapat hidup sekarang maupun di masa yang akan datang tanpa pidana. (*The criminal sanction is indispensable; we could not, now or in the foreseeable future, get along without it*)
- b. Sanksi pidana merupakan alat atau sarana terbaik yang tersedia, yang kita miliki untuk menghadapi kejahatan-kejahatan atau bahaya besar dan segera serta untuk menghadapi ancaman-ancaman dari bahaya. (*The criminal sanction is the best available device are have for dealing with gross and immediate harm and threats of harm*)
- c. Sanksi pidana suatu ketika merupakan “*penjamin yang utama/terbaik*” dan suatu ketika merupakan “*pengancam yang utama*” dari kebebasan manusia. Ia merupakan penjamin apabila digunakan secara cermat dan manusiawi; ia merupakan pengancam apabila digunakan secara

---

<sup>66</sup> Herbert L. Packer, *The Limits Criminal of Criminal Sanctions*, Stanford University Press, California, 1968, hlm. 364-366.

**sembarangan dan secara paksa. (*The criminal sanction is at once prime guarantor; used indiscriminately and coercively, it is threatener*).**

Pada hukum pidana adat eksistensi sanksi pidana dan tujuan pemidanaan mempunyai korelasi yang erat dan penting. Pada dasarnya, konsep RUU KUHP Tahun 2012 merumuskan tujuan pemidanaan. Aspek dan dimensi ini merupakan sebuah kemajuan yang cukup representatif dalam hukum pidana Indonesia. Ketentuan Pasal 54 ayat (1) huruf c RUU KUHP menentukan, "*pemidanaan bertujuan menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat*". Dimensi ini harus diperhatikan hakim dalam menjatuhkan putusan sehingga secara menyeluruh putusan hakim mempunyai dimensi *legal justice*, *moral justice* dan *social justice*.

Tegasnya, agar dapat terpenuhinya dimensi ini secara konkrit pada praktik penegakan hukum telah ditentukan pula adanya eksistensi pidana tambahan sebagaimana ketentuan Pasal 67 ayat (1) huruf e berupa, "*pemenuhan kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat*". Pada dasarnya, pidana tambahan dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana pokok, sebagai pidana yang berdiri sendiri atau dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana tambahan yang lain. Konsepsi pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat atau pencabutan hak yang diperoleh korporasi dapat dijatuhkan walaupun tidak tercantum dalam perumusan tindak pidana. Eksistensi adanya penjatuhan pidana tambahan dimaksudkan untuk menambah pidana pokok yang dijatuhkan dan pada dasarnya bersifat fakultatif.

Pidana berupa *pemenuhan kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat* dianggap setara sebanding dengan pidana denda Kategori I dengan besaran sejumlah Rp. 6.000.000,00 (enam juta rupiah) dan dapat dikenakan pidana pengganti untuk pidana denda, jika kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat itu tidak dipenuhi atau tidak dijalani oleh terpidana. **Barda Nawawi Arief**<sup>67</sup> menyebutkan bahwa pidana tambahan berupa *pemenuhan kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat* di dalam konsep RUU KUHP merupakan salah satu aspek perlindungan terhadap korban dimana jenis pidana ini pada dasarnya dapat juga dilihat sebagai bentuk pemberian ganti rugi kepada korban. Hanya saja yang menjadi korban di sini adalah masyarakat adat.

Konsekuensi logis diakui dan adanya dasar hukum yang tegas eksistensi hukum yang hidup (hukum pidana adat) akan memberikan tugas, tanggung jawab dan beban relatif lebih berat kepada hakim untuk lebih dapat memahami dan menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Hakim harus benar-benar memahami perasaan masyarakat, keadaan masyarakat, terlebih masyarakat Indonesia yang majemuk dengan pelbagai macam adat istiadat, tradisi dan budaya

---

<sup>67</sup> **Barda Nawawi Arief**, *Masalah Penegakan Hukum & Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 59

yang berbeda-beda yang tetap dipertahankan sebagai hukum yang hidup. Soedarto<sup>68</sup> menyebutkan bahwa mata, pikiran dan perasaan hakim harus tajam untuk dapat menangkap apa yang sedang terjadi dalam masyarakat, agar supaya keputusannya tidak kedengaran sumbang. Hakim dengan seluruh kepribadiannya harus bertanggung jawab atas kebenaran putusannya baik secara formal maupun materiil.

#### 4. Metode Penelitian

Tulisan ini merupakan hasil penelitian hukum dogmatik (*dogmatic law research*) dan diperkuat dengan penelitian hukum imperis dan sudut pendekatannya melalui perundangan-undangan (*Statute Approach*), pendekatan konseptual (*Analytical and Conceptual Approach*), pendekatan kasus (*Case Approach*) dan pendekatan persepsional (*perceptional approach*). Kemudian sumber data sekunder berasal dari penelitian kepustakaan (*library reserach*) didukung oleh data primer berupa data lapangan (*field research*) yang diperoleh dari pengamatan (observasi) di lapangan dan serangkaian teknik wawancara terstruktur berupa pengisian questioner terhadap 150 (seratus lima puluh) responden para hakim pada Pengadilan Tinggi Banda Aceh, Medan, Denpasar, Mataram, dan Banjarmasin. Data primair yang diperoleh dianalisis dan diolah secara kualitatif dan kuantitatif dan ditulis secara deskriptif analisis.

### B. Hasil Penelitian dan Pembahasan

#### 1. Eksistensi Hukum Pidana Adat Indonesia Dikaji Dari Perspektif Asas, Teori, Norma, Praktik dan Prosedurnya

Eksistensi hukum pidana adat tersebut dapat dikatakan antara “*ada*” dan “*tiada*”. Ada 2 (dua) argumentasi yang patut dikemukakan dalam konteks ini mengapa kajian terhadap hukum pidana adat diasumsikan eksistensinya antara “*ada*” dan “*tiada*”.

**Pertama**, dikaji dari dimensi asas legalitas formal (selanjutnya disebut sebagai asas legalitas) dan asas legalitas materiil. Pada dasarnya asas legalitas lazim disebut dengan terminologi “*principle of legality*”, “*legaliteitbeginsel*”, “*non-retroaktif*”, “*de la legalite*” atau “*ex post facto laws*”. Ketentuan asas legalitas diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia yang berbunyi: “Tiada suatu peristiwa dapat dipidana selain dari kekuatan ketentuan undang-undang pidana yang mendahuluinya.” (*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaran voorafgegane wettelijke strafbepaling*).

Dikaji dari perspektif sejarah terbentuknya asas legalitas dalam KUHP Indonesia berasal dari *Wetboek van Strafrecht Nederland (WvS. Ned)*, sebagaimana berasal dari ketentuan Pasal 8 *Declaration des Droits De L’Homme Et Du Citoyen* tahun 1789 yang berbunyi, “tidak ada orang yang dapat dipidana selain atas kekuatan undang-undang yang sudah ada sebelumnya”, dan merupakan pandangan **Lafayette** dari Amerika ke Perancis dan bersumber dari **Bill of Rights Virginia** tahun 1776.

---

<sup>68</sup> Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, PT Alumni, Bandung, 1983, hlm. 81

Dari dimensi konteks di atas, nyatalah bahwa asas legalitas lahir, tumbuh dan berkembang dalam alam liberalisme. Akan tetapi pada dimensi kekinian ternyata alam liberalisme tersebut relatif kurang cocok diterapkan dalam kondisi masyarakat Indonesia yang bersifat pluralistis sehingga konsekuensi logisnya perlu dicari suatu formula berupa adanya keinginan untuk menerapkan keseimbangan *monodualistik* antara asas legalitas formal dan asas legalitas materiil.<sup>69</sup> Eksistensi asas legalitas materiil sebagaimana dikaji dari perspektif *ius constituendum* diatur dalam ketentuan Pasal 2 ayat (1) RUU KUHP Tahun 2012 yang berbunyi sebagai berikut: *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 peraturan perundang-undangan.*

Apabila dipadankan asas legalitas formal dan materiil hendaknya diatur dalam peraturan perundang-undangan dan diimplementasikan secara integral. Pada asas legalitas dasar patut dipidana suatu perbuatan adalah undang-undang yang sudah ada sebelum perbuatan tersebut dilakukan. Kemudian asas legalitas materiil menentukan bahwa dasar patut dipidana suatu perbuatan adalah hukum yang hidup dalam masyarakat yaitu hukum tidak tertulis atau hukum adat. **Barda Nawawi Arief** menyebutkan dengan adanya perumusan asas legalitas yang formal di dalam Pasal 1 KUHP, hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup di dalam masyarakat sama sekali tidak mempunyai tempat sebagai sumber hukum yang positif. Dengan perkata lain, adanya Pasal 1 KUHP itu seolah-olah hukum pidana tidak tertulis yang hidup atau pernah ada di masyarakat, sering “ditidurkan atau dimatikan”. Semasa zaman penjajahan, ditidurkannya hukum pidana tidak tertulis itu masih dapat dimaklumi karena memang sesuai dengan politik hukum Belanda pada saat itu. Namun, akan dirasakan lain apabila kebijakan itu juga diteruskan sesuai kemerdekaan. Dengan adanya Pasal 1 KUHP, hukum tidak tertulis / hukum yang hidup itu tidak pernah tergali dan terungkap secara utuh kepermukaan, khususnya dalam praktek peradilan pidana maupun dalam kajian akademik di perguruan tinggi. Selanjutnya, berarti tidak pernah berkembang dengan baik “tradisi yurisprudensi” maupun “tradisi akademik / keilmuan” mengenai hukum pidana tidak tertulis itu. Kalau toh ada, hanya dalam ruang yang sangat terbatas dan (sekali lagi) “tidak utuh” atau “tidak lengkap”.<sup>70</sup>

Konklusi dasar dari apa yang diterangkan di atas menyebutkan asas legalitas sebagaimana ketentuan Pasal 1 KUHP memang merupakan salah satu asas fundamental yang harus tetap dipertahankan, namun penggunaan harus dengan bijaksana dan hati-hati, karena kalau kurang bijaksana dan kurang hati-hati, justru

<sup>69</sup> Berdasarkan hasil penelitian mayoritas responden menghendaki untuk masa mendatang disamping adanya asas legalitas formal juga diatur adanya asas legalitas materiil dalam KUHP diterapkan dalam praktik peradilan sehingga dapat menjatuhkan pidana terhadap pelaku tindak pidana adat yaitu PT Banda Aceh (92%), PT Medan (86%), PT Denpasar (88%), PT Mataram (97%) dan PT Banjarmasin (100%)

<sup>70</sup> **Barda Nawawi Arief**, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*, Pidana Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1994, hlm. 25

dapat menjadi “bumerang”. Sungguh sangat tragis dan menyayat hati apabila dengan dalih Pasal 1 KUHP, nilai-nilai hukum yang ada dan hidup dalam masyarakat tidak dapat tersalur dengan baik atau bahkan ditolak sama sekali. Dikatakan tragis dan menyayat hati karena berarti nilai-nilai hukum adat/hukum yang hidup di dalam masyarakat telah dibunuh/dimatikan oleh bangsanya sendiri lewat senjata/peluru/pisau yang diperoleh dari bekas penjajah (yaitu lewat Pasal 1 KUHP/WvS).<sup>71</sup>

**Kedua**, dikaji dari perspektif UU Nomor 1 tahun 1951 dimana dalam ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b masih dikenal eksistensinya Pengadilan Adat. Akan tetapi, setelah dikodifikasikan Undang-Undang tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (Pasal 10 UU Nomor 14 Tahun 1970), yang kemudian dirubah dengan UU Kekuasaan Kehakiman (UU Nomor 35 Tahun 1999, jis UU Nomor 4 Tahun 2004, UU Nomor 48 Tahun 2009) tidak dikenal lagi eksistensi Pengadilan Adat dalam tataran kebijakan legislasi walaupun untuk daerah Aceh Nangroe Darussalam sebagaimana UU Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh eksistensi Pengadilan Adat masih diterapkan dan dikenal dengan istilah *Peradilan Gampong* atau *Peradilan Damai*.

Akan tetapi walaupun kebijakan formulatif sejak UU 14 Tahun 1970 (berikut UU Nomor 35 Tahun 1999, jis UU Nomor 4 Tahun 2004, UU Nomor 48 Tahun 2009) yang tidak mengakui eksistensi peradilan adat fakta aktual dalam kebijakan aplikatif baik dikaji dari praktik di *yudex facti* (Pengadilan Negeri)<sup>72</sup> dan *yudex juris* (Mahkamah Agung) melalui yurisprudensi eksistensi peradilan adat tetap mengakuinya. Misalnya, sebagai salah satu contohnya pada Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991 dimana dalam *ratio decidendi* putusan disebutkan bahwa apabila seseorang melanggar hukum adat kemudian Kepala dan Para Pemuka Adat memberikan reaksi adat (sanksi adat) maka yang bersangkutan tidak dapat diajukan lagi (untuk kedua kalinya) sebagai

---

<sup>71</sup> **Surojo Wignjodipuro**, *Pengantar dan Azas-Azas Hukum Adat*, Alumni, Bandung, 1979, hlm. 298

<sup>72</sup> Berdasarkan hasil penelitian eksistensi ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b UU drt Nomor 1 Tahun 1951 oleh mayoritas responden dianggap tepat diterapkan dalam praktik peradilan untuk pelaku tindak pidana adat yaitu PT Banda Aceh (92%), PT Medan (88%), PT Denpasar (83%), PT Mataram (79%) dan PT Banjarmasin (74%). Kemudian terhadap cara penyelesaian kasus (tindak pidana adat) para responden bervariasi untuk memberi jawaban yaitu melalui *fungsiaris hukum adat* untuk PT Banda Aceh (55%), PT Medan (48%), PT Denpasar (48%), PT Mataram (55%) dan PT Banjarmasin (10%), melalui *peradilan umum* untuk PT Banda Aceh (40%), PT Medan (50%), PT Denpasar (24%), PT Mataram (24%) dan PT Banjarmasin (80%) dan melalui *mediasi penal* untuk PT Banda Aceh (5%), PT Medan (2%), PT Denpasar (21%), PT Mataram (10%) dan PT Banjarmasin (10%). Kemudian untuk penjatuhan pidana yang paling tepat berupa *pidana pemenuhan kewajiban adat* pada PT Banda Aceh (20%), PT Medan (36%), PT Denpasar (14%), PT Mataram (34%) dan PT Banjarmasin (16%) untuk *pidana penjara dan pemenuhan kewajiban adat* pada PT Banda Aceh (36%), PT Medan (24%), PT Denpasar (41%), PT Mataram (31%) dan PT Banjarmasin (52%) sedangkan untuk *pidana kurungan dan/atau pemenuhan kewajiban adat* pada PT Banda Aceh (48%), PT Medan (32%), PT Denpasar (38%), PT Mataram (31%) dan PT Banjarmasin (52%)

terdakwa dalam persidangan Badan Peradilan Negara (Pengadilan Negeri) dengan dakwaan yang sama melanggar hukum ada dan dijatuhkan pidana penjara menurut ketentuan KUH Pidana (Pasal 5 ayat (3) sub b UU drt Nomor 1 Tahun 1951) sehingga dalam keadaan demikian pelimpahan berkas perkara serta tuntutan Kejaksaan di Pengadilan Negeri harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk Verklaard*).

Konklusi dasar dari yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut menentukan bahwa Mahkamah Agung RI sebagai Badan Peradilan Tertinggi di Indonesia tetap menghormati putusan Kepala Adat (Pemuka Adat) yang memberikan “sanksi adat” terhadap para pelanggar norma hukum adat. Badan Peradilan Umum tidak dapat dibenarkan mengadili untuk kedua kalinya pelanggar hukum adat tersebut dengan cara memberikan pidana penjara (ex Pasal 5 ayat (3) sub b UU dart Nomor 1 tahun 1951 jo pasal-pasal KUH Pidana). Oleh karena itu, konsekuensi logisnya dapat dikatakan bahwa bila Kepala Adat tidak pernah memberikan “sanksi adat” terhadap pelanggar hukum adat, maka hakim badan peradilan negara berwenang penuh mengadilinya berdasarkan ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b UU dart Nomor 1 tahun 1951 jo pasal-pasal KUH Pidana.

Dikaji dari perspektif normatif, teoretis, asas dan praktek dimensi dasar hukum dan eksistensi keberlakuan hukum pidana adat bertitik tolak berdasarkan ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 (LN 1951 Nomor 9). Selanjutnya pada ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Nomor 1 Drt tahun 1951 disebutkan, bahwa:

*“Hukum materiil & sipil dan untuk sementara waktupun hukum materiil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah Swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh Pengadilan Adat, ada tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang itu dengan pengertian bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh Hakim dengan besar kesalahan terhukum, bahwa bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui padanya dengan hukuman kurungan atau denda yang dimaksud di atas, maka atas kesalahan terdakwa dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukuman adat yang menurut paham hakim tidak selaras lagi dengan jaman senantiasa diganti seperti tersebut di atas, bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana yang ada bandingnya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman sama dengan hukuman bandingnya yang paling mirip kepada perbuatan pidana tersebut”.*

*berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis.*<sup>73</sup> Adapun dasar pertimbangan diakui eksistensi hukum (pidana) adat disebutkan dengan redaksional sebagai berikut:

*“bahwa Mahkamah Agung pada azasnya dapat membenarkan pendapat dari Pengadilan Tinggi tersebut, bahwa suatu tindakan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum sebagaimana Pengadilan Tinggi dianggap ada dalam perkara penggelapan yang formil terbukti dilakukan oleh terdakwa.”*

Dengan tolok ukur sebagaimana dimensi di atas, maka berdasarkan kasus **Machroes Effendi** inilah timbul suatu yurisprudensi Mahkamah Agung dengan Nomor 42 K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966 yang jelas menganut asas “perbuatan melawan hukum materiil” (*Materiële Wederrechtelijkheid*) dalam artian Negatif. Sedangkan yurisprudensi Mahkamah Agung yang berpendirian perbuatan melawan hukum materiil dalam *fungsi Positif* terdapat dalam perkara Putusan Nomor 275 K/Pid/1983 tanggal 29 Desember 1983 atas nama terdakwa **Drs. R.S. Natalegawa**. Pada dasarnya, yurisprudensi Mahkamah Agung ini pertimbangan putusannya bersifat futuristis dengan titik tolak penafsiran yang keliru pengertian “melawan hukum” dari *yudex facti* diidentikan sebagai “melawan peraturan yang ada sanksi pidananya”, sebagaimana dikatakan dengan redaksional sebagai berikut:

“Menimbang, bahwa menurut Mahkamah Agung penafsiran terhadap sebutan “melawan hukum” tidak tepat, jika hal itu hanya dihubungkan dengan policy perkreditan direksi yang menurut Pengadilan Negeri tidak melanggar peraturan hukum yang ada sanksi pidananya, akan tetapi sesuai pendapat yang sudah berkembang dalam ilmu hukum, seharusnya hal itu diukur berdasarkan *asas-asas hukum tak tertulis, maupun asas-asas yang bersifat umum menurut keputusan dalam masyarakat.*”

Konkretisasi dan konklusi detail eksistensi pengakuan hukum pidana adat terdapat baik dalam peraturan perundangan-undangan, forum ilmiah, pendapat doktrin maupun yurisprudensi Mahkamah Agung RI.

---

<sup>73</sup> Berdasarkan hasil penelitian para responden menyatakan *ratio decidendi* yurisprudensi Mahkamah Agung RI Nomor 42 K/Kr/1966 tanggal 8 Januari 1966 atas nama terdakwa **Machroes Effendi** tersebut tentang hilangnya sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif dalam tindak pidana korupsi berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis oleh mayoritas responden dianggap tepat diterapkan dalam praktik peradilan untuk pelaku tindak pidana adat yaitu PT Banda Aceh (100%), PT Medan (93%), PT Denpasar (84%), PT Mataram (93%) dan PT Banjarmasin (100%)

## 2. Hukum Pidana Adat Dalam Korelasinya Dengan Filsafat Hukum, Teori Hukum dan Dogmatik Hukum

Dikaji dari perspektif asas, teori, norma, praktek dan prosedurnya merupakan aspek krusial dan menarik untuk dikaji tentang dimanakah letak korelasi eksistensi hukum pidana adat dari dimensi filsafat hukum, teori hukum dan dogmatik hukum. Dari segi teori hukum maka ilmu hukum dibagi menjadi tiga lapisan yaitu dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum. Teori hukum menurut **JJH Bruggink** adalah *keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum, dan sistem tersebut sebagian yang penting dipositipkan*.<sup>74</sup> Menurut **JJH Bruggink** lebih lanjut pengertian teori hukum memiliki makna ganda, yaitu dapat berarti produk, yaitu keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan itu adalah hasil kegiatan teoretis bidang hukum. Dalam arti proses, yaitu kegiatan teoretis tentang hukum atau pada kegiatan penelitian teoretis bidang hukum sendiri. Kemudian dogmatik hukum hakikatnya berisikan hukum positif yaitu yang dibentuk dalam wujud tertentu oleh kekuasaan yang berwenang.

**Gustav Radbruch** dengan mengutip **Lawrence Friedman** dalam *Legal teori* menyebut tugas teori hukum adalah membuat jelas nilai-nilai hukum serta postulat-postulatnya sampai landasan filosofis yang terdalam. **JJH Bruggink** dengan titik tolak pendapat **Jan Gijssels** dan **Mark van Hoeke** menyebutkan hubungan dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum dimana dogmatik hukum merupakan meta teori dari teori hukum, dan terhadap filsafat hukum bersifat meta-meta teori.

**Dogmatik Hukum** menurut **Bellefroid** dan **Kusumadi Pudjesewojo** disebut sebagai Ilmu Hukum Positif mempelajari peraturan dari segi teknis yuridis, berbicara hukum dari aspek yuridis, problem hukum yang konkret, aktual dan potensial dan melihat hukum dari perspektif internal. **Teori Hukum** merupakan refleksi terhadap teknik hukum, pandangan doktrina tentang hukum, justifikasi terhadap hukum positif. Teori hukum mengarah pada pembentukan hukum (perundang-undangan) dan penemuan hukum (ajaran interpretasi). **Filsafat Hukum** merupakan refleksi terhadap hukum atau gejala hukum sehingga sebagai refleksi kefilosofatan eksistensinya tidak ditujukan mempersoalkan hukum positif tertentu melainkan merefleksikan hukum pada umumnya atau hukum sebagai yang demikian (*law as such*). **Filsafat Hukum** mencari hakikat hukum yang terdalam. **Philipus Hadjon** dalam *“Pengkajian Ilmu Hukum”* menyebutkan Filsafat Hukum sifatnya spekulatif, Teori hukum dan dogmatik hukum sifatnya normatif. **Dogmatis Hukum** obyeknya hukum positif nasional yang terdiri atas norma (dimensi penormaan), tujuannya teoretikal tetapi terutama praktekal), **Teori Hukum** obyeknya gejala umum dalam hukum positif, tujuannya teoretikal, **Filsafat Hukum** obyeknya batas-batas kaidah hukum, tujuannya teoretikal dimensinya normatif, empiris dan kontemplatif. **Teori Hukum dalam arti sempit** letaknya antara **dogmatik hukum dengan filsafat hukum**, Teori Hukum dalam arti luas

<sup>74</sup> **JJH Bruggink**, *Refleksi tentang Hukum*, alih bahasa **Arief Sidharta**, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 159-160



*(Rechtstheorie/Rechtswetenschap)* meliputi **Dogmatik Hukum**, **Teori Hukum** (dalam arti sempit) dan **Filsafat Hukum**. **Teori Hukum** menurut **Bernard Arief Sidharta** dalam *Hukum dan Logika* mengkaji analisis bahan hukum, metode, dan kritik ideologikal terhadap hukum. **Analisis Hukum** berarti menganalisis pengertian hukum, asas hukum, kaidah hukum, sistem hukum dan konsep yuridis tentang hukum. **Metodelogi hukum** meliputi epistemologi hukum, metode pembentukan dan penerapan hukum, penemuan hukum, teori perundang-undangan. Ciri khas teori hukum memiliki karakter interdisipliner yang memandang hukum dari luar hukum. Menurut **Posner** memandang hukum dari interdisipliner merupakan tradisi **American Realism** dimana di Indonesia merupakan aspek **Sosiologis** menurut **Satjipto Rahardjo** atau menurut pandangan **Rober Unger** dengan gerakan studi hukum kritis, yang dipengaruhi oleh **American Realist** seperti **Oliver Wendell Holmes**, **John Chipman Gray**, **Karl Llewellyn** dan **Jorome Frank** dan di Eropa sesuai dengan pandangan **Lawrence Wolfgang Friedman** dalam *Legal Theory*.

Ketiga lapisan ilmu hukum yaitu dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum pada akhirnya diarahkan pada praktek hukum khususnya pembentukan hukum dan penerapan hukum. **Philiphus Hadjon**<sup>75</sup> menyebutkan permasalahan penerapan hukum meliputi *interpretasi hukum*, *kekosongan hukum* (*rechtsvacuum*), *kekosongan uu* (*wet vacuum*), konflik norma hukum (*antinomi*), dan norma yang kabur (*vage normen*). **Algra** dan **Duyvendik** berpendapat bahwa orang lebih suka menggunakan istilah “pembentukan hukum” (**rechtsvorming**) dari pada “penemuan hukum” (**rechtsvinding**) karena istilah “penemuan hukum” memberi sugesti seakan-akan hukumnya sudah ada. Dalam praktek, penemuan hukum dilakukan hakim dengan interpretasi, konstruksi dan penghaluasan hukum.

Konklusi dasar apa yang diterangkan konteks di atas dapat diasumsikan bahwa praktek hukum merupakan implementasi dari dogmatik hukum ke dalam fakta hukum. Dari perspektif hermeunitika antara dogmatik hukum ke dalam fakta hukum dan sebaliknya maka teori hukum berfungsi sebagai meta teori dari dogmatik hukum sehingga filsafat hukum merupakan dimensi yang penting dan utama.

Apa yang telah diterangkan di atas maka dapat ditarik suatu asumsi argumentatif bahwasanya dikaji dari dimensi kerangka praktek hukum maka ternyata hukum pidana adat berkorelasi dengan tataran dogmatik hukum, teori hukum dan dalam tataran filsafat hukum.

Pada tataran dogmatik hukum yang secara teoretis berkorelasi dengan teori hukum khususnya hukum positif maka tindak pidana adat (hukum pidana adat) haruslah berupa sebuah rumusan yang bersifat tertulis sehingga dapat dikualifisir unsur perbuatan tindak pidana adat sebagai suatu “*primes mayor*”. Untuk itu, dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b UU Dart Nomor 1 Tahun 1951 sebagai berikut:

---

<sup>75</sup> **Philiphus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati**, *Argumentasi Hukum*, Gajah Mada University Press, Jogjakarta, 2005, hlm. 10

**Pertama**, bahwa tindak pidana adat yang tiada bandingan atau padanan dalam KUHP dimana sifatnya tidak berat atau dianggap tindak pidana adat yang ringan ancaman pidananya adalah pidana penjara dengan ancaman paling lama tiga bulan dan/atau denda sebanyak lima ratus rupiah (setara dengan kejahatan riangan), minimumnya sebagaimana termaktub dalam ketentuan Pasal 12 KUHP yaitu 1 (satu) hari untuk pidana penjara dan pidana denda minimal 25 sen sesuai dengan ketentuan Pasal 30 KUHP. Akan tetapi, untuk tindak pidana adat yang berat ancaman pidana paling lama 10 (spuluh) tahun, sebagai pengganti dari hukuman adat yang tidak dijalani oleh terdakwa.

**Kedua**, tindak pidana adat yang ada bandingnya dalam KUHP maka ancaman pidananya sama dengan ancaman pidana yang ada dalam KUHP seperti misalnya tindak pidana adat *Drati Kerama* di Bali atau *Mapangaddi* (Bugis) *Zina* (Makasar) yang sebanding dengan tindak pidana zinah sebagaimana ketentuan Pasal 284 KUHP.

**Ketiga**, sanksi adat sebagaimana ketentuan konteks di atas dapat dijadikan pidana pokok atau pidana utama oleh hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus perbuatan yang menurut hukum yang hidup (*living law*) dianggap sebagai tindak pidana yang tiada bandingnya dalam KUHP sedangkan tindak pidana yang ada bandingnya dalam KUHP harus dijatuhkan sanksi sesuai dengan ketentuan KUHP.

Pada dimensi teori hukum maka hukum pidana adat dipandang sebagai norma hidup (*living law*) yang eksis dalam masyarakat Indonesia. Oleh karena dimensi demikian maka hukum pidana adat dalam implementasinya dipergunakan penafsiran hukum berupa penafsiran sosiologi atau teleologis. Konsekuensi logis dimensi demikian yang mempergunakan penafsiran sosiologis atau teleologis ini dilakukan terhadap proses heurmanitika dalam praktek hukum sehingga harus mempunyai tolok ukurnya dalam hukum positif.

Dikaji dari perspektif filsafat hukum maka hukum pidana adat mengatur tentang nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat sehingga apabila nilai tersebut dilanggar akan terjadi kegoncangan keseimbangan magis dan oleh karena itu harus dipulihkan keseimbangan tersebut dengan sanksi adat atau obat adat. Nilai-nilai filosofis tersebut diatur dalam bentuk norma dan asas serta diterapkan dalam praktek hukum. Dari dimensi fisafat hukum nilai-nilai filosofis tersebut diatur dalam UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman khususnya pasal 5 ayat (1), Pasal 10 ayat (1) dan Pasal 50 ayat (1) yang secara tegas meletakkan dasar eksistensi hukum pidana adat.

Konklusi dasarnya konteks di atas dapat ditegaskan bahwa dalam kajian ilmu hukum khususnya hukum pidana maka posisi hukum pidana adat berada pada dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum. Oleh karena itu hukum pidana adat secara holistik menjiwai seluruh lapisan ilmu hukum dalam praktek hukum sehingga eksistensi dari dimensi ilmu hukum hukum pidana adat tidak diragukan kapabilitasnya sebagai karakteristik praktek hukum di Indonesia.

### C. Simpulan dan Saran

Eksistensi hukum pidana adat Indonesia dikaji dari perspektif normatif (*ius constitutum*) diatur Pasal 18 B UUD 1945 hasil Amandemen, Pasal 1, Pasal 5 ayat (3) sub b UU Nomor 1 Drt tahun 1951, Pasal 5 ayat (1), Pasal 10 ayat (1) dan Pasal 50 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009. Kemudian secara parsial dalam daerah tertentu seperti Aceh Nangroe Darussalam diatur dalam UU Nomor 44 Tahun 1999, UU Nomor 11 Tahun 2006, berikutnya diimplementasikan dalam bentuk *Qanun* baik tingkat Propinsi dan Kabupaten seperti *Qanun* Aceh Nomor 10 Tahun 2008 tentang Lembaga Adat, *Qanun* Kabupaten Aceh Tengah Nomor 10 Tahun 2002 tentang Hukum Adat Gayo. Berikutnya di Bali diatur dan diimplementasikan dalam bentuk *Awig-Awig* Desa Adat (Pakraman) serta dari perspektif *ius constituendum* diatur dalam ketentuan Pasal 2 ayat (1), (2) RUU KUHP Tahun 2012. Kemudian tataran asas diatur *Kitab Ciwacasana* atau *Kitab Purwadhigama*, *Kitab Gajahmada*, *Kitab Simbur Cahaya*, *Kitab Kuntara Raja Niti*, *Kitab Lontara 'ade'* dan *awig-awig*. Selain itu, dikaji dari perspektif teori, praktik dan prosedurnya ditemukan dalam bentuk yurisprudensi Mahkamah Agung RI seperti Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 42 K/Kr/1966 tanggal 8 Januari 1966, Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 275 K/Pid/1983 tanggal 29 Desember 1983 serta penjatuhan sanksi adat (*obat adat*) hakikatnya bersifat untuk pemulihan keseimbangan alam magis, pemulihan alam kosmos guna mengembalikan pada keseimbangan yang terganggu agar bersifat religio magis kembali. Kemudian dalam kajian hukum pidana maka eksistensi hukum pidana adat Indonesia berada pada tataran dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum. Oleh karena itu hukum pidana adat secara holistik menjiwai seluruh lapisan ilmu hukum dalam praktek hukum sehingga eksistensi dari dimensi ilmu hukum maka hakikatnya hukum pidana adat tidak diragukan kapabilitasnya sebagai karakteristik praktek hukum di Indonesia.

Kemudian saran yang dapat diajukan dalam dimensi ini hendaknya kebijakan formulatif merevisi undang-undang dengan tetap mengakui eksistensi peradilan adat sehingga tidak menimbulkan dualisme dalam praktik ketika peradilan melakukan proses mengadili terhadap pelaku tindak pidana adat. Kemudian dalam pembentukan RUU KUHP masa mendatang (*ius constituendum*) hendaknya diperlukan adanya reorientasi dan perumusan kembali mengenai falsafah/filsafat pembedaan yang bertitik tolak kepada asas, teori, norma, praktik dan nilai-nilai kearifan lokal yang bersumber pada masyarakat Indonesia sehingga kini sudah tiba saatnya bangsa Indonesia mempunyai filsafat pembedaannya sendiri yang berorientasi kepada kearifan lokal hukum pidana adat untuk diterapkan terhadap bangsa Indonesia yang bersifat pluralistik.

### DAFTAR PUSTAKA

**Barda Nawawi Arief**, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*, Pidana

Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1994

-----, *Masalah Penegakan Hukum & Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001

**Doyle P. Johson**, *Teori Sosiologi Klasik dan Modern*, PT Gramedia, Jakarta, 1985

**Eugene Ehrlich**, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York, 1936

**Herbert L. Packer**, *The Limits Criminal of Criminal Sanctions*, Stanford University Press, California, 1968

**H.R. Otje Salman**, *Kesadaran Hukum Masyarakat Terhadap Hukum Waris*, PT Alumni, Bandung, 2007

-----, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, PT Alumni, Bandung, 2002

**I Made Widnyana**, *Kapita Selekta Hukum Pidana Adat*, PT Eresco, Bandung, 1993

**J.J.H. Bruggink**, alih bahasa **Arief Sidharta**, *Refleksi Tentang Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999

**L.B. Curzon**, *Jurisprudence*, Macdonald & Evans Ltd, Plymouth, 1979

**Lilik Mulyadi**, Makalah Penelitian Eksistensi Hukum Pidana Adat di Indonesia: *Pengkajian Asas, Teori, Norma, Praktek dan Prosedurnya*, untuk wilayah Pengadilan Tinggi Banda Aceh, Medan, Denpasar, Mataram dan Banjarmasin, Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2010

**Philipus M. Hadjon**, *Argumentasi Hukum*, Gajah Mada University Press, Jogjakarta, 2005

**Surojo Wignjodipuro**, *Pengantar dan Azas-Azas Hukum Adat*, Alumni, Bandung, 1979

**Soedarto**, *Hukum dan Hukum Pidana*, PT Alumni, Bandung, 1981

**Soerjono Soekanto**, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, Kurnia Esa, Jakarta, 1982