

DISERTASI

**EKSISTENSI HUKUM ADAT PIDANA SEBAGAI
HUKUM POSITIF INDONESIA
(Analisis Hukum Terhadap Beberapa Delik
Kesusilaan Putusan Pengadilan)**

**Oleh :
DARA INDRAWATI
P0400308004**



**PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2013**

HALAMAN PERSETUJUAN

**EKSISTENSI HUKUM ADAT PIDANA SEBAGAI
HUKUM POSITIF INDONESIA
(Analisis Hukum Terhadap Beberapa Delik
Kesusilaan Putusan Pengadilan)**

Disusun dan diajukan Oleh :

Dara Indrawati
Nomor Pokok : P0400308004

Telah memenuhi syarat untuk diajukan di depan Panitia Ujian
Disertasi

Menyetujui :

Komisi Penasihat :

Prof. Dr. M. Syukri Akub, S.H., M.H
Promotor

Prof. Dr. H. Aminuddin Salle, S.H.,M.H
Ko-Promotor

Prof. Dr. Muhadar, S.H.,M.S
Ko-Promotor

Ketua Program Doktor
Ilmu Hukum

Prof. Dr. Achmadi Miru, S.H., M.H

PRAKATA

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Tiada terhingga rasa syukur dan terima kasih hamba kepada-Mu Ya Allah atas berkat dan taufik serta hidayah-Mu penulisan disertasi ini hamba dapat menyelesaikannya. Salawat dan Salam kepada Rasulullah Muhammad Saw. Disertasi ini berjudul : **"EKSISTENSI HUKUM ADAT PIDANA SEBAGAI HUKUM POSITIP INDONESIA (Analisis Hukum Terhadap Beberapa Delik Kesusilaan Putusan Pengadilan)"**. Penulis menyadari bahwa walaupun telah dilakukan perbaikan-perbaikan, karya ini masih jauh dari kesempurnaan. Karena itu, dari lubuk hati yang paling dalam penulis memohon ampunan ya Allah jika sekiranya substansi disertasi ini banyak mengandung kekurangan dan keterbatasan. Kepada para pembaca, penulis harapkan kritikan dan masukan yang konstruktif demi penyempurnaan tulisan ini.

Penulis yakin disertasi ini mustahil dapat diselesaikan tanpa bantuan dan dukungan dari berbagai pihak. Selayaknyalah dalam kesempatan ini penulis menyampaikan ucapan terima kasih yang tak terhingga dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada mereka diringi do'a semoga Allah Swt memberikan pahala yang berlipat ganda.

Ucapan terima kasih tak terhingga kepada Prof. Dr. M. Syukri Akub, S.H.,M.H selaku promotor dan Prof. Dr. H. Aminuddin Salle, S.H.,M.H dan Prof. Dr. Muhadar, S.H.,M.S masing-masing selaku ko-promotor atas segala bimbingan dan petunjuk serta pemikiran aktual yang telah

diberikan, juga dalam penyelesaian studi ini, ucapan terima kasih berturut-turut kepada: Prof. Dr. Aswanto, S.H.,M.H., DFM (Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin), Dr. Anshory Ilyas, S.H.,M.H (Pembantu Dekan II Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin), Romli Librayanto, S.H.,M.H (Pembantu Dekan III Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin), Prof. Dr. Achmadi Miru, S.H.,M.H (Ketua Program Doktor Ilmu Hukum), Prof. Dr. Muhadar, S.H.,M.S (Ketua Bagian Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin), Hj. Nur Azisah, S.H.,M.H (Sekretaris Bagian Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin) dan semua staf dan dosen Fakulta Hukum Universitas Hasanuddin yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu dan semoga doa dan bantuannya dapat menjadi amal jariah dan mendapat pahala yang berlipat ganda dari Allah SWT.

Ucapan terima kasih khusus kepada keluarga penulis mulai dari kedua orang tua penulis, ayahanda Drs. H. Andi Arifin Manggu, SH (alm.) dan ibunda Hj. Andi Hasnah Nur yang telah mendidik, membesarkan dan membimbing serta doanya yang tulus sehingga penulis dapat mendapatkan pendidikan sampai program doktor. Begitu pula ucapan terima kasih kepada keluarga kedua mertua penulis yaitu Prof. Em. Mr. Dr. H. Andi Zainal Abidin Farid (alm.) dan Hj. Andi Rapiatu (alm.) yang telah memberikan motivasi dan bantuan yang sangat berharga semasa hidupnya sehingga penulis semakin bersemangat dalam penyelesaian studi ini.

Selanjutnya, teristimewa kepada suami Ir. Andi Helmy Abidin dan anak-anakku tercinta Andi Hilda Handayani, SH dan Andi Muh. Ilhamsyah yang telah memberikan perhatian dan dorongan moril sehingga penulisan Disertasi ini dapat selesai.

Terima kasih yang sebesar-besarnya kepada para guru besar dan amat terpelajar sebagai Tim Penguji, masing-masing: Prof. Dr. Heri Tahir, S.H.,M.H, Prof. Dr. Ir. Abrar Saleng, S.H.,M.H, Prof. Dr. H. M. Said Karim, S.H.,M.H dan Prof. Dr. Andi Sofyan, S.H.,M.H yang dalam kesibukan mereka masih berkenan meluangkan waktunya dengan penuh keikhlasan dan kesabaran memberikan masukan, kritikan demi perbaikan Disertasi yang penulis ajukan dalam semua tahap ujian. Semoga Allah SWT mencatat sebagai amal saleh yang bernilai ibadah dan diberikannya pahala yang berlipat ganda.

Terima kasih kepada Civitas Akademika Universitas Hasanuddin, khususnya Rektor dan Pembantu Rektor yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk mengikuti pendidikan Program Pascasarjana di Universitas Hasanuddin.

Terima kasih yang sebesar-besarnya kepada Direktur Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin dan para stafnya atas pelayanannya dan kepada para Dosen yang selama ini telah memberikan ilmu pengetahuan selama penulis mengikuti Program Pascasarjana, semoga semuanya mendapatkan pahala yang setimpal dari Allah SWT.

Terima kasih kepada semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu yang telah memberikan dukungan moril dan materil selama penulis menyelesaikan studi pada Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin dan semoga Allah SWT memberikan balasan yang setimpal.

Makassar, Mei
2013

Penulis,

ABSTRAK

Dara Indrawati : Eksistensi Hukum Adat Pidana Sebagai Hukum Positif Indonesia (Analisis Hukum Terhadap Beberapa Delik Kesusilaan Putusan Pengadilan). Dibimbing oleh M. Syukri Akub sebagai promotor dan H. Aminuddin Salle dan Muhadar sebagai ko-promotor.

Penelitian ini bertujuan menganalisis eksistensi Hukum Adat Pidana sebagai hukum positif Indonesia yang berlaku dan diakui oleh masyarakat adat Bugis-Makassar, Bali dan Toraja.

Penelitian ini menggunakan tipe penelitian normatif-empiris dan responden penelitian terdiri dari aparat penegak hukum dan beberapa tokoh masyarakat adat untuk mengetahui bagaimana persepsi dan sanksi adat berupa tata cara pemulihan atas ketidakseimbangan kosmos akibat dari delik kesusilaan. Teknik analisis data kualitatif (deduktif-induktif) dengan menggunakan penalaran (*legal reasoning*) dan argumentasi hukum.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa pertama, persepsi aparat penegak hukum terhadap nilai, moralitas dan ide keseimbangan yang terdapat dalam hukum adat pidana sangat mendukung tujuan hukum pidana hukum positif yaitu pemberian perlindungan kepada pelaku, korban, aparat, negara dan lingkungan sehingga mendukung berlakunya konsep ***daad-dader strafrecht***. Meskipun dalam praktiknya jaksa penuntut umum dan hakim (*yudex facti*) seringkali mengabaikan penerapan Hukum Adat Pidana sebagai bagian hukum positif. Penegak hukum (hakim dan jaksa) cenderung menerapkan delik yang ada kemiripan (bandingannya) dalam KUHP, hal ini disebabkan karena adanya pengaruh Hukum Barat yang menganut asas Legalitas yang menghendaki perumusan undang-undang harus tertulis dan jelas pengaturannya dalam perundang-undangan pidana. Sebaiknya tata cara pemulihan yang dilakukan oleh petugas adat disesuaikan dengan jenis dan sanksi delik kesusilaan adat masing-masing kelompok masyarakat (Bugis-Makassar, Toraja dan Bali) yang pada umumnya dilaksanakan dalam suatu upacara adat dalam wilayah adatnya atau komunitasnya. Tujuan utama yaitu untuk memulihkan keseimbangan kosmos yang rusak atau terganggu akibat pelanggaran delik kesusilaan.

ABSTRACT

Dara Indrawati : *Existence of Customary Law Criminal Law Positive As Indonesia (Legal Analysis Of Some Glare Decency Court Decision)* . Supervised by M. Sukri Akub, H. Aminuddin Salle and Muhadar.

This study aims to analyze the existence of Criminal Customary Law as applicable Indonesian positive law and recognized by the indigenous people of Bugis - Makassar , Bali and Toraja.

This study uses a type of normative - empirical research and survey respondents comprised of law enforcement officers and some indigenous leaders to determine how perceptions and sanctions in the form of customs procedures for recovery over the cosmos due to the imbalance of decency offense . Qualitative data analysis techniques (deductive - inductive) using reasoning (legal reasoning) and legal arguments.

The results showed that the first , the perception of law enforcement officers to values, morality and the idea that there is a balance in the criminal customary law strongly supports the goal of criminal law is a positive law granting protection to the perpetrators , victims , officials , state and environment that supports the enactment of the concept daad - dader Strafrecht . Although in practice the public prosecutor and the judge penuntut (yudex facti) often ignore the application of Criminal Customary Law as part of positive law . Law enforcement (judges and prosecutors) tend to apply the offense that there are similarities (incomparable) of the Criminal Code , it is due to the influence of Western law that adheres to the principle of legality which requires the formulation of legislation must be in writing and clearly setting the criminal law . Recovery procedures should be carried out by customs officers adapted to the type of offense and the sanction of customary morality respective groups (Bugis - Makassar , Toraja and Bali) which is normally done in a traditional ceremony in the ancestral lands or communities. The main goal is to restore the balance of the cosmos that is broken or shaken due to violation of decency offense.

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Halaman Persetujuan	ii
Prakata	iii
Abstrak	vii
ABSTRACT	viii
Daftar Isi	ix
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	13
C. Tujuan Penelitian	13
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	14
A. Hukum Pidana Adat di Indonesia	14
1. Konsep, Tujuan dan Filosofi Eksistensi Hukum Adat	15
2. Nilai-Nilai Hukum Pidana Adat	19
3. Konsep Hukum Pidana Adat	23
4. Konsep Hukum Positif sebagai Hukum yang Hidup	28
5. Hukum positif mengikat subjek hukum.....	28
6. Hukum positif ditegakkan oleh pengadilan.....	29
7. Karakteristik Hukum Pidana Adat	34
B. Konsep Pertanggungjawaban Pidana	35
1. Pengertian Pertanggungjawaban Pidana	38

2. Pertanggungjawaban Pidana Menurut Hukum Adat Pidana	41
3. Unsur-Unsur Pertanggungjawaban Adat Pidana	43
C. Teori Sanksi Pidana.....	44
1. Delik Kesusilaan Adat	46
2. Tujuan Pidana	47
3. Sanksi Menurut Hukum Adat Pidana	50
4. Wujud Sanksi Pidana Adat	51
D. Kerangka Pikir	53
E. Definisi Operasional Konseptual	54
BAB III METODE PENELITIAN	58
A. Tipe dan Jenis Penelitian	58
B. Sifat Penelitian	58
C. Pendekatan yang Digunakan	59
D. Lokasi Penelitian	60
E. Populasi dan Sampel	60
F. Jenis, Sumber Bahan Hukum dan Data	61
G. Teknik Analisis	62
BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	64
A. Gambaran Umum Delik Kesusilaan	64
1. Delik Kesusilaan Menurut Hukum Adat Pidana	
Bugis-Makassar	64
2. Delik Kesusilaan Menurut Hukum Pidana Adat Bali	71

B. Persepsi Aparat Penegak Hukum Mengenai Keberadaan Hukum Adat Pidana sebagai Hukum Positif dan Konsekuensinya	83
1. Persepsi Aparat Penegak Hukum terhadap Eksistensi Nilai, Moralitas dan Ide Keseimbangan dalam Delik Kesusilaan Adat	
1. Persepsi dan Tuntutan Jaksa	83
1.1. Tuntutan Jaksa Klungkung	91
1.2. Tuntutan Jaksa Denpasar	94
1.3. Tuntutan Jaksa Sengkang	100
1.4. Tuntutan Jaksa Kendari	105
2. Persepsi dan Putusan Hakim	113
2.1. Putusan Hakim Gianyar	117
2.2. Putusan Hakim Klungkung	121
2.3. Putusan Hakim Denpasar	124
2.4. Putusan Hakim Klungkung.....	128
2.5. Putusan Hakim Sengkang.....	130
2.6. Putusan Hakim Kendari	135
2.7. Putusan Hakim Poso	143
C. Tata Cara Pemulihan Bersama Delik Kesusilaan Menurut Hukum Adat Pidana	160
1. Tata Cara Menurut Masyarakat Bugis-Makassar	165
2. Tata Cara Menurut Masyarakat Bali	173
3. Tata Cara Menurut Masyarakat Toraja	181

BAB V PENUTUP	191
A. Kesimpulan	191
B. Saran	192
DAFTAR PUSTAKA	194

BAB 1

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dalam negara hukum, supremasi hukum mendapat tempat yang sangat penting dalam mencapai tujuan pembangunan nasional. Negara hukum sebagaimana maksud Pasal 1 ayat 3 UUD NRI 1945 dimaknai sebagai negara yang menjadikan aturan hukum menjadi alat ukur pelaksanaan dan pencapaian tujuan pembangunan. Dalam kaitan itu, salah satu hukum yang mendapat tempat dalam pelaksanaan dan pencapaian tujuan pembangunan nasional adalah hukum adat Pidana sebagai salah satu stelsel sistem hukum positif di Indonesia. Dasar hukum berlakunya sistem hukum Adat Pidana adalah UUD 1945 Pasal 2 Aturan Peralihan, Pasal 5 ayat (3) huruf sub (b) Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan, Susunan, Kekuasaan, dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil juncto UU No.14 Tahun 1970 bagian 7 dan Pasal 4 ayat 1, Pasal 5 ayat 1, Pasal 10 ayat 1 dan Pasal 50 ayat 1 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 Tentang kekuasaan Kehakiman yang mengakui eksistensi hukum pidana adat sebagai hukum tidak tertulis (Tolib Setiady, 2008:151-153).

Dalam Pasal 5 ayat (3) huruf sub (b) Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan, Susunan, Kekuasaan, dan Acara

Pengadilan-Pengadilan Sipil disebutkan secara tegas bahwa semua hukum materiil sipil dan untuk sementara waktu pun hukum materiil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh pengadilan adat, ada dan tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang-orang dengan pengertian bahwa perbuatan pidana tidak ada bandingannya dalam KUHP, maka ancaman pidana tidak boleh lebih dari tiga bulan penjara atau denda lima ratus rupiah. Beberapa ketentuan ini hukum Pidana Adat menjadi hukum pidana positif di Indonesia dan menjadi acuan dalam pembentukan dan penegakan hukum yang mendukung sistem hukum nasional.

Dalam rangka pembaharuan sistem hukum pidana nasional diperlukan suatu kajian perbandingan dua atau lebih sistem hukum pidana. Penelusuran terhadap dua atau lebih sistem hukum dimaksudkan agar dapat diketahui sejauhmana tuntutan masyarakat terhadap sistem hukum dimaksud sehubungan dengan perkembangan dan pertumbuhannya sebagai pranata sosial yang diciptakan oleh manusia untuk mengatur manusia itu sendiri. Hukum sebagai pranata sosial, diciptakan dan dikehendaki atas kesepakatan bersama sekelompok manusia, dan ia muncul secara alamiah sebagai kebutuhan bersama (Satjipto Rahardjo, 2002: 34). Untuk itu, catatan terhadap perkembangan dan pertumbuhan suatu sistem hukum dalam suatu wilayah hukum sangat bermanfaat bagi pembentukan dan penegakan suatu kaidah hukum itu sendiri sebagai upaya mengukuhkan sistem hukum nasional.

Penelurusan terhadap perkembangan dan pertumbuhan suatu sistem hukum dalam masyarakat erat kaitannya dengan idiom hukum yang dikemukakan oleh Cicero bahwa "*Ibi societas Ubi Ius*" yang dimaknai bahwa dimana ada hukum di situ ada masyarakat (Romli Atmasasmita, 2005:6). Bahkan, terbentuknya pranata-pranata hukum, seperti, substansi, kelembagaan dan budaya hukum keberadaannya bersifat *rooted, paculier* dan *base on society* (Satjipto Rahardjo, 2005). Sifat tersebut melekat dalam hukum adat karena hukum ini merupakan suatu tatanan kehidupan yang memuat nilai dan moralitas masyarakatnya. Nilai dan itas hukum ditentukan oleh sejauhmana masyarakat merefleksikannya dalam gerak kehidupan baik secara individu maupun kolektif. Oleh sebab itu, tuntutan akan pertumbuhan dan penegakan suatu sistem hukum ditentukan oleh sejauhmana nilai dan itas hukum dan ide keseimbangan yang dipertahankan dan diperjuangkan oleh masyarakatnya secara terus menerus melalui tata caranya sendiri.

Dalam kaitan itu, sistem hukum Pidana Adat sebagai suatu sistem hukum tidak terlepas dari adanya pengaruh dari perubahan-perubahan dalam masyarakatnya. Eksisnya hukum Pidana Adat dalam masyarakat disebabkan karena hukum tersebut merupakan realitas sosial dan sebagai hukum yang hidup atau *living law* yang diikuti, dan ditaati oleh masyarakat adat secara terus menerus, dan dilestarikan dari satu generasi ke generasi berikutnya. Pelanggaran terhadap tata tertib dipandang dapat menimbulkan kegoncangan dalam masyarakat karena telah mengganggu keseimbangan kosmis dan pelakunya diberi sanksi adat sebagai reaksi

adat, koreksi dari masyarakat. Munculnya rekasi dari masyarakat menunjukkan bahwa hukum Pidana Adat itu masih eksis dan meskipun demikian eksistensinya dimaksudkan perlu diketahui sejauhmana perkembangan dan pertumbuhannya sebagai gambaran arah dan perubahan yang terjadi sistem hukum Pidana Adat dalam masyarakat.

Perubahan-perubahan dalam masyarakat hukum menghendaki pula perubahan akan sistem hukum Pidana Adat yang sesuai dengan tuntutan masyarakat itu sendiri dalam rangka mencapai tujuannya. Sebagai sistem hukum, hukum pidana adat dalam perkembangan dan pertumbuhannya berhadapan dengan kondisi masyarakat yang senantiasa berubah sehingga dalam perubahan-perubahan itu diasumsikan akan mengubah nilai-nilai dan moralitas hukum *status-quo* ke arah perubahan hukum yang mengandung nilai-nilai dan moralitas serta ide keseimbangan hukum yang modern. Adanya perubahan itu dimungkinkan karena salah satu corak hukum adat dapat menerima perubahan atau sesuai dengan tuntutan dan perkembangan asal tidak bertentangan dengan jiwa hukum adat masyarakatnya (Tolib Setiyadi, 2008:53). Salah satu jiwa masyarakat hukum adat adalah bersifat ***magis-religius*** yang oleh Kuntjaraningrat (Tolib Setiyadi, 2008:54) mengemukakan empat unsur yaitu :

- 1) Kepercayaan kepada makhluk-makhluk halus, roh-roh dan hantu-hantu yang menempati seluruh alam semesta dan khusus terhadap gejala-gejala alam, tumbuh-tumbuhan, binatang, tubuh manusia, dan benda-benda lainnya.
- 2) Kepercayaan kepada kekuatan sakti yang meliputi seluruh alam semesta dan khusus terdapat dalam peristiwa-peristiwa luar biasa, tumbuh-tumbuhan yang luar biasa, benda-benda yang luar biasa, dan suara-suara yang luar biasa.

- 3) Anggapan bahwa kekuatan sakti yang pasif itu dipergunakan sebagai '*magische kracht*' dalam berbagai perbuatan Ilmu ghaib untuk mencapai kemauan manusia untuk menolak bahaya ghaib.
- 4) Anggapan bahwa kelebihan kekuatan saksi dalam alam menyebabkan keadaan krisis, menyebabkan timbulnya berbagai macam bahaya ghaib yang hanya dapat dihindari atau dihindarkan dengan berbagai macam pantangan.

Berdasarkan hal tersebut maka sejak hukum adat berlaku sampai saat ini perlu diteliti eksistensinya sebagai gejala sosial dan sebagai salah satu primat hukum pidana; menemukan eksistensi dalam yurisprudensi hukum pidana positif di Indonesia serta menjadi kekuatan atau minat penelitian untuk mendorong pembentukan konsep-konsep hukum pidana adat baru sebagai wujud pembuktian keterbukaan hukum adat di Indonesia. Selain itu menemukan dan merumuskan kembali asas-asas hukum pidana positif yang baru sebagai suatu tuntutan dari perkembangan dan perubahan masyarakat. Oleh karena itu, melalui media Penelitianlah yang diharapkan dapat menemukan dan menganalisis sejauhmana perubahan sistem hukum Pidana Adat dalam masyarakatnya. Apakah perubahan masyarakat juga sekaligus mengubah sistem hukum Pidana Adat dalam arti semakin besar tuntutan masyarakat untuk berubah dan atau tetap mempertahankan nilai dan itas hukum Pidana Adat. Karena pentingnya mengetahui perubahan hukum Pidana Adat dalam masyarakatnya dari masa-ke masa, maka penelitian ini dimaksudkan agar diperoleh sejumlah informasi yang dapat menjadi dasar mengembangkan sistem hukum Pidana Adat agar dapat menjadi masukan pembentukan konsep-konsep hukum pidana positif sesuai dengan tuntutan masyarakatnya agar selalu searah dengan sistem hukum nasional.

Penelitian terhadap perkembangan dan pertumbuhan sistem hukum Pidana Adat juga merupakan penelitian yang berupaya membandingkan dua situasi keberlakuan aturan hukum. Keberlakuan suatu sistem hukum akan diuji validitas keberlakuannya pada dua kondisi masyarakatnya yaitu validitas keberlakuan hukum Pidana Adat menurut waktu dan tempat sehingga melalui perbandingan kondisional (tempat dan waktu) dapat diketahui aspek-aspek mana dari dua kondisi sistem hukum dimaksud menjadi pendorong terjadinya perubahan hukum dalam masyarakat esensi pandangan Peter Mahmud Marzuki (2005:133) bahwa melalui perbandingan hukum (sejarah hukum) dapat mengetahui perkembangan hukum dari suatu waktu tertentu dengan waktu yang lain. Dalam kenyataannya hukum Pidana Adat, dalam pembentukan dan penegakannya tidak diberlakukan sebagaimana hukum positif lainnya, seperti KUHP dan KUHAP sebagai bagian dari sistem hukum pidana. Hukum pidana Adat kurang dipahami oleh aparat penegak hukum sehingga penegakannya, khususnya penanganannya tidak menjadikan hukum Adat Pidana sebagai sumber materil atau substantif dalam penerapan hukum, melainkan hanya KUHP yang tidak sesuai atau sebagai stelsel hukum Adat Pidana yang otonom (mandiri) sesuai dengan nilai dan moralitas masyarakat setempat (adat). Padahal, hukum Adat pidana sebagai bagian hukum pidana positif merupakan salah satu sumber hukum materil atau substantif hukum pidana nasional, akan tetapi banyak aparat penegak hukum (jaksa dan hakim) tidak menyadari bahwa

eksistensi Hukum Adat Pidana menyebabkan banyak delik kesusilaan adat diselesaikan melalui pengadilan (litigasi) berdasarkan KUHP yang mereduksi norma dan nilai-nilai hukum adat. Seharusnya, penyelesaian delik adat diserahkan kepada pemuka adat berdasarkan tata cara adat setempat. Itulah sebabnya kasus-kasus delik kesusilaan yang diajukan ke Mahkamah Agung memutuskan pengembalian perkara kepada pemuka adat setempat, terutama yang menimbulkan kerugian materil dan immateril. Praktek di beberapa daerah, seperti, di Sulawesi Selatan, Toraja dan Bali diselesaikan menurut hukum adat setempat dan adat tidak menyerahkannya kepada pengadilan akan tetapi melalui peradilan adat pidana sesuai dengan hukum adat yang berlaku. Bahkan, di Bali praktek penegakan hukum adat Pidana diselesaikan melalui peradilan dan peradilan adat sehingga melanggar asas hukum “ *ne bis in idem*”. Fakta penegakan hukum Adat Pidana tersebut telah menimbulkan inkonsistensi dan kontrovensi dalam penegakan hukum yang pada gilirannya akan menimbulkan inkonsistensi-inkonsistensi dalam pembentukan dan penegakan hukum; akan menghambat pencapaian tujuan hukum nasional.

Oleh karena itu, ada tiga hal pokok yang penting dipertimbangkan dan menjadi tujuan dalam studi perbandingan hukum yaitu, pertama, pembaharuan sistem hukum pidana nasional yang dilakukan masih sangat lamban, tidak berkelanjutan, bersifat parsial dan terkesan tidak berpola/tidak konsisten. Kedua, gagasan untuk memperbaharui dan melakukan konstruksi/restrukturisasi sistem induk hukum pidana nasional

(KUHP) sampai saat ini belum juga terwujud. Ketiga, banyak masalah yuridis di dalam penyusunan produk legislatif (kebijakan formulasi) atau dalam melakukan perubahan/amandemen undang-undang (Barda Nawawi Arief, 2005: v).

Menurut Romli Atmasasmita (1989:16) ada tiga fungsi mempelajari perbandingan hukum bagi perkembangan ilmu hukum pidana yaitu: pertama, berfungsi sebagai analisis kritis (*critical analyses*) terhadap substansi hukum dua sistem hukum yang berbeda dengan metode problematik. Kedua, fungsi inovatif bagi penelitian untuk menemukan konsep-konsep baru, tidak hanya menggali fakta semata dan ketiga, pembentukan konsep atau pola konstruksi hukum dalam bidang ilmu hukum pidana.

Kedua pernyataan tersebut menunjukkan bahwa studi perbandingan dua atau lebih materi suatu sistem hukum, termasuk sistem hukum pidana sangat diperlukan untuk mengetahui konsistensi dan kontinuitasnya serta menentukan bagaimana seharusnya kebijakan kriminal (*policy criminal*) secara nasional dilakukan agar hukum Pidana Adat tetap eksis sebagai bagian dari hukum positif di Indonesia. Untuk mengetahui hal dimaksud dapat dilakukan melalui penelitian terhadap eksistensi delik kesusilaan adat dalam sistem Hukum Pidana Adat di beberapa daerah di Indonesia apakah ditegakkan menurut hukum Adat Pidana atau menurut KUHP. Penelitian ini sangat penting mengingat praktek penegakan hukum Pidana adat pidana tidak seragam sehingga melanggar asas-asas hukum pidana, seperti asas legalitas dan asas persamaan.

Beberapa fenomena yang menjadi dasar pertimbangan mengambil delik kesusilaan sebagai fokus yaitu, pertama, di beberapa daerah, seperti, di Bali masih memberlakukan delik kesusilaan berdasarkan hukum Pidana Adat. Bahkan, penerapan pidana bagi pelaku delik kesusilaan ada dua yaitu menurut KUHP dan hukum Pidana Adat. Demikian pula di Sulawesi Selatan, terutama di daerah terpencil masih berpengaruh nilai-nilai hukum Pidana Adat pada perbuatan-perbuatan kesusilaan tertentu (incets, salimara, dsb). Selain itu, delik kesusilaan dewasa ini sudah lemah dalam penegakannya karena pengaruh globalisasi. Banyak kasus sebenarnya sudah tergolong delik kesusilaan, tetapi karena pengaruh era globalisasi menjadi lemah pengaruhnya dalam masyarakat baik jenis dan sanksinya. Kedua, banyak kasus delik kesusilaan di beberapa daerah sudah tidak berlaku lagi padahal delik kesusilaan ini merupakan perbuatan yang bertentangan dengan nilai-nilai lokal akan tetapi karena pengaruh nilai baru sehingga delik kesusilaan adat menjadi hilang karakteristiknya sebagai delik kesusilaan. Ketiga, adanya perubahan nilai-nilai dan karakteristik delik kesusilaan dalam masyarakat Indonesia yang mendorong penelitian untuk mengetahui sejauhmana eksistensi delik kesusilaan dalam masyarakat adat di Indonesia. Apakah daerah mengalami pergeseran atau tidak. Hal ini penting dalam rangka menentukan politik kriminal delik kesusilaan di Indonesia sebagai salah satu bentuk kejahatan yang masih perlu dipertahankan sebagai delik kesusilaan dalam masyarakat Indonesia. Adanya perubahan dalam masyarakat, termasuk perubahan nilai dan karakteristik suatu delik akan menimbulkan berbagai inkonsistensi dalam masyarakat itu sendiri dan

untuk menentukan mana kejahatan yang tergolong delik kesusilaan dan mana yang bukan lagi menjadi delik kesusilaan. Konsekuensi dari ketidakjelasan atau ketidaktegasan akan menambah daftar inkonsistensi baik dalam pembuatan maupun lebih lebih dalam penagakan hukum. Kegagalan ini menjadi sumber inspirasi perlunya penelitian secara terus menerus terhadap norma-norma hukum yang ada agar dapat disesuaikan dengan tuntutan dan perubahan-perubahan sosial dalam masyarakat. Sinyal tentang perubahan dalam masyarakat menjadi faktor determinan terdapatnya ketertinggalan kaidah-kaidah hukum, termasuk kaidah-kaidah hukum pidana merupakan permasalahan hukum yang saat ini sudah merupakan puncak inkonsistensi dalam praktek sebagaimana terungkap dalam pelbagai seminar atau simposium atau pertemuan-pertemuan nasional dan internasional yang memandang bahwa banyak sistem hukum di negara bekas jajahan sudah tidak sesuai nilai-nilai budaya dan agama masing-masing negara dan menjadi pemicu munculnya inkonsisten dalam penegakannya selama bertahun-tahun dan jauh dari realitas masyarakatnya.

Dalam laporan kongres PBB VI disebutkan bahwa :

"sistem hukum pidana selama ini ada di beberapa negara (terutama yang berasal/diimpor dari hukum asing semasa kolonial) pada umumnya bersifat 'obsolete and unjust' (telah usang dan tidak adil) serta 'outmoded and real' (sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai lagi dengan kenyataan". Alasannya, karena hukum pidana dari beberapa negara yang berasal/impor dari hukum asing semasa zaman kolonial tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada 'diskrepansi' dengan aspirasi masyarakat, serta tidak responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini. Kondisi demikian oleh Kongres PBB dinyatakan sebagai faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan (*'a contributing factor to the increase of crime'*) (Barda Nawawi Arief, 2005:8-9).

Berdasarkan hasil kongres PBB tersebut diperoleh simpulan bahwa acapkali ketiadaan konsistensi undang-undang dengan kenyataan merupakan faktor kriminogen. Artinya, semakin jauh undang-undang bergeser dari perasaan dan nilai-nilai yang hidup (*living law*) dalam masyarakat, semakin besar ketidakpercayaan dan keefektifan sistem hukum itu. Laporan dimaksud tertuang dalam "*The Preventions of Crime and the Treatment of Offenders*" suatu pertemuan internasional yang dilakukan PBB satu kali dalam lima tahun (Barda Nawawi Arief, 2005:8). Demikian pula bahwa "*The trial process should be consonant hit the cultural realities and social values of society in order to make it understood and to permit it to operate effectively hit in the community it serves*" (Barda Nawawi Arief, 2005: 6-7). Realitas ini menjadi indikator bahwa diperlukan suatu reformasi dalam bidang hukum pidana dari sistem hukum pidana impor (asas konkordansi) ke sistem hukum yang berbasis bada nilai-nilai kultural dan agama masyarakat atau *family law*. Indonesia sebagai salah satu negara jajahan telah mewarisi sistem hukum pidana eropa kontinental (W.v.S. Belanda) yang *note bene* adalah sisten hukum negara jajahan (KUHP) yang merupakan sistem hukum pidana impor dari Belanda yaitu pemerintah Belanda juga mengimpor dari Code Penal Perancis tahun 1811 sebagai konsekuensi negara jajahan Perancis ketika itu berdasarkan Koninkrijk Besluti yang berlaku mulai tahun 1813 sampai dengan tahun 1886 (Andi Zainal Abidin Farid,1995:62-63). Bahkan, saat ini Belanda sendiri sudah tidak menggunakan KUHP yang merupakan

sistem hukum pidana yang bersumber dari Code Penal Perancis dan berlaku di Belanda tahun 1811 sampai tahun 1813 (Andi Zainal Abidin Farid,1995:62-63).

Dalam rangka pembaharuan sistem hukum pidana (*legal reform criminal*) Indonesia di masa yang akan datang (*ius constituendum*), isu hukum perlunya pengkajian secara komprehensif dan berkelanjutan (*sustainable report*) terhadap norma atau kaidah delik kesusilaan Hukum Pidana Adat di beberapa daerah di Indonesia sebagai upaya untuk mendorong optimalnya kebijakan kriminal nasional (*national criminal policy*) untuk mendukung tujuan hukum pidana nasional sebagai kebijakan (*social policy*) maupun tujuan jangka pendek, menengah dan jangka panjang yaitu mencapai kesejahteraan sosial (*social welfare*) dalam sistem peradilan pidana (*criminal justice system*). Tujuan sistem peradilan pidana ini dalam pembaharuan hukum pidana menjadi bagian yang sangat urgen karena sampai saat ini tujuannya tidak terarah dan terkesan parsial dan bahkan komponen-komponen sistem peradilan pidana nasional yang diberikan kewenangan dalam penegakan hukum belum menjadi agen perubahan atau mempercepat terwujudnya sistem peradilan pidana yang mampu mencapai tujuannya sehingga diperlukan langkah dan kebijakan pidana baru untuk melakukan reformasi dalam hukum pidana baik hukum pidana materil dan formil dengan memperhatikan nilai-nilai dan moralitas dan ide keseimbangan yang ada dalam hukum pidana adat yang merupakan himpunan kaidah hukum pidana yang tumbuh dan berkembang sesuai pandangan Van Apeldoorn dalam Romli Atmasasmita (1989: 29) menjadi warisan kultural bangsa dan masih

mengikat komunitasnya di setiap daerah. Salah satu upaya tersebut adalah melakukan inventarisasi norma hukum adat pidana melalui kajian penelitian perbandingan hukum sebagai upaya mereduksi dan mengisi kekosongan (*recht vacuum*), pembentukan dan penegakan hukum pidana nasional baik pada masa kini (*recht vorming*), esok dan akan datang (*ius constituendum*).

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan beberapa uraian latar belakang maka diajukan beberapa isu penelitian yaitu sebagai berikut:

1. Bagaimanakah persepsi aparat penegak hukum (jaksa dan hakim) mengenai keberadaan Hukum Adat Pidana sebagai hukum positif dan konsekuensinya?
2. Sejauhmanakah masyarakat adat melakukan pemulihan bersama melalui upacara adat berdasarkan tata cara dalam masyarakat?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan dan kegunaan penelitian ini diharapkan dapat :

1. Dapat mengetahui dan memahami persepsi aparat penegak hukum (jaksa dan hakim) mengenai keberadaan Hukum Adat Pidana sebagai hukum positif dan konsekuensinya.
2. Dapat mengetahui dan memahami sejauhmana masyarakat adat melakukan pemulihan bersama melalui upacara adat berdasarkan tata cara dalam masyarakat.

BAB 2

TINJAUAN PUSTAKA

Hukum pidana sebagai objek ilmu hukum memiliki banyak studi yang pada intinya berusaha menemukan aspek-aspek hukum pidana pada masa lalu, kini dan masa yang akan datang guna mendukung konsep hukum pidana yang akan diatur kemudian (*ius constituendum*). Dalam kaitan itu perlu dilakukan penelusuran landasan teoretik yang menjadi acuan dalam pembahasan berikutnya. Landasan teoretik yang ingin dikemukakan dalam bab ini adalah teorisasi yang akan menjadi dasar analisis temuan-temuan penelitian dengan merekonstruksi teori-teori mana yang menjadi ***grand theory***, ***middle range theory*** dan ***applied theory***. Untuk merekonstruksi ketiga teori tersebut diperlukan uraian-uraian dasar, terutama yang berkaitan dengan hukum pidana, konsep hukum pidana, pertanggungjawaban pidana dan sanksi pidana. Melalui penelusuran ketiganya akan direkonstruksi ketiga jenis teori yang digunakan dalam hasil penelitian disertasi ini.

A. Hukum Pidana Adat di Indonesia

Menelusuri tentang teori mana yang cocok digunakan dalam suatu penelitian diperlukan penelusuran secara substansial apa yang menjadi fokus penelitian. Oleh karena fokus penelitian dalam hasil penelitian ini membandingkan delik kesusilaan Pidana Adat di Indonesia, maka penentuan apa yang menjadi teori utama sangat penting dalam hasil

penelitian ini. Karena itu, untuk menemukan teori utama yang relevan digunakan penelusuran secara substansial beberapa teori perbandingan hukum. Untuk menemukan teori tentang eksistensi hukum pidana adat sebagai bagian dari sistem hukum pidana positif dalam perspektif perbandingan hukum yang relevan digunakan beberapa teori yang relevan dalam penelitian ini yang perlu dimulai dari pengertian konseptual perbandingan hukum yang dikemukakan beberapa ahli pidana sebagai berikut:

1. Konsep, Tujuan dan Filosofi Eksistensi Hukum

Eksistensi suatu aturan hukum, termasuk hukum Pidana Adat tidak dapat dilepaskan dari beberapa asumsi teoretis yang dikemukakan beberapa ahli hukum. Pandangan yang paling fundamental tentang eksistensi hukum sebagaimana dikemukakan oleh Von Savigny yang pandangannya yang terkenal yaitu “ *Das Recht wird nich gemacht, es its und wird mit den volke*”. Makna pernyataan tersebut bahwa hukum itu tidak dibuat, melainkan berada dan berkembang dengan bangsa itu sendiri (Notohamidjojo, tth:12). Pendapat tersebut menunjukkan bahwa eksistensi suatu kaidah hukum, termasuk hukum Pidana Adat ditentukan oleh masyarakat itu sendiri yang berakar pada pada sistem nilai dan budaya masyarakat. Selain itu, eksistennya hukum Pidana Adat disebabkan karena hukum Pidana Adat difungsikan sebagai instrumen untuk menjaga keseimbangan atau stabilasator masyarakat dari segala guncangan akibat pelanggaran peraturan-peraturan hukum maupun

pelanggaran terhadap norma-norma kesusilaan, keagamaan, dan sopan santun dalam masyarakat (Satjipto Rahardjo, 2002). Tujuan utama masyarakat mengeksistensikan hukum dalam masyarakat karena hukum Pidana Adat bertujuan untuk menjaga keseimbangan (*evenwicht, harmonie*) antara dunia lahir dan dunia gaib, antara golongan manusia seluruhnya, dan orang seorang, antara persekutuan dan teman masyarakatnya. Segala perbuatan yang mengganggu perimbangan tersebut merupakan pelanggaran hukum dan petugas hukum wajib mengambil tindakan-tindakan yang perlu guna memulihkan kembali keseimbangan hukum. Selain itu, masyarakat tradisional memercayai bahwa manusia adalah bagian dari makro kosmos (alam semesta), tidak terpisah dengan Tuhan yang Maha Esa sebagai pencipta-Nya dan bersatu dengan lingkungan alam sekitarnya (Satjipto Rahardjo, 2002). Konsep, tujuan dan filosofi hukum Pidana Adat tersebut menjadi landasan asumsi mendasari terbentuknya landasan teoretis yang utama dalam pembahasan eksistensi hukum Pidana Adat sebagai hukum positif Indonesia.

Untuk mencapai tujuan hasil penelitian ini memilih *grand theory* teori Von Savigny menjadi “payung” dalam menganalisis temuan penelitian dalam perspektif perbandingan hukum pidana. Penetapan teori tersebut dalam perspektif perbandingan hukum sebagai *grand theory* dalam hasil penelitian ini berangkat dari asumsi bahwa tidak akan mungkin dapat ditemukan eksistensi suatu kaidah hukum pidana adat

tanpa membandingkan kondisional masyarakat adat menurut ruang dan waktu keberlakukannya. Dalam kaitannya dengan delik kesusilaan Pidana Adat tanpa melakukan kajian perbandingan akan sulit untuk memperoleh suatu informasi yang akurat dan ilmiah tentang sesuatu baik berupa konsep-konsep atau teori-teori baru. Keberadaan studi perbandingan akan diketahui suatu perbedaan atau persamaan konsep tentang hukum pidana dan selanjutnya akan dibangun konsep-konsep baru atau revisi konsep yang kemudian akan melahirkan teori baru. Teori tersebut menjadi acuan utama untuk mengetahui sejauhmana eksistensi hukum Pidana Adat kesusilaan dalam masyarakat yang menjadi fokus analisis dalam hasil penelitian penelitian ini.

Selanjutnya, menurut Romli Atmasasmita (1989:28) bahwa tujuan mempelajari perbandingan hukum adalah untuk mengetahui asal-usul dan perkembangan suatu sistem hukum dalam masyarakat dan pendapat lain juga diperkuat Van Apeldoorn dalam Romli Atmasasmita (1989: 29) (bahwa :

“ Tujuan perbandingan hukum dapat dibedakan antara tujuan yang bersifat teoretis dan tujuan bersifat praktis. Tujuan bersifat teoretis menjelaskan bahwa hukum sebagai gejala dunia (universiil) dan karena itu ilmu pengetahuan harus dapat memahami hukum gejala dunia tersebut; dan untuk itu kita harus memahami hukum di masa lampau dan pada masa sekarang. Tujuan bersifat praktis dari perbandingan hukum adalah merupakan alat pertolongan untuk tertib masyarakat dan pembaharuan pada hukum kita sendiri dan memberikan pengetahuan tentang berbagai peraturan dan pikiran hukum kepada pembentuk undang-undang dan hakim“.

Selain itu, menurut Sudarto ada beberapa tujuan mempelajari perbandingan hukum yaitu; (1) unifikasi hukum (2) harmonisasi hukum (3) mencegah adanya chauvinisme hukum nasional (secara negatif) dan menempuh kerjasama internasional (secara positif) (4) memahami hukum asing dan (5) pembaharuan hukum nasional (Romli Atmasasmita (1989:94). Hal tersebut dipertegas oleh Romli Atmasasmita bahwa “ studi perbandingan hukum (pidana) adalah sangat potensial untuk mempelajari sejarah hukum dan falsafah hukum”. Dari segi segi falsafah hukum, perbandingan hukum sangat potensil dalam pengungkapkkan dan menunjukkan pelbagai ragam konsep tentang hukum itu sendiri.

Dalam falsafah hukum itu sendiri tidak dapat diragukan peranannya dalam pengungkapan tentang sifat dan peran hukum pada bagian tertentu dari kemanusiaan. Karena itu, adalah suatu pemikiran yang sempit jika hanya mempelajari salah satu sistem hukum tertentu saja atau kumpulan hukum nasional saja. Melalui perbandingan hukumlah dapat temukan hal-hal yang baru atau persamaan dan perbedaan suatu sistem hukum yang dapat menjadi sumber insfirasi yang lelatu akan memberikan peran yang berarti dalam pengembangan suatu sistem hukum yang diawali dari kajian filsafat hukumnya (Romli Atmasasmita, 1989:33). Oleh karena itu, filosofi mempelajari perbandingan hukum yaitu bahwa hukum memiliki keragaman konsep yang daripadanya diketahui konsep-konsep hukum yang bersifat individual dan universal. Pengetahuan akan keragaman konsep hukum pidana (teoretis) akan mempermudah penegakan hukum

pidana (praktis) dalam masyarakat dapat menemukan konsep-konsep substantif dalam kaitannya dengan pengembangan ilmu hukum pada umumnya dan hukum pidana pada khususnya.

Selanjutnya, Romli Atmasasmita (1989:16) menggambarkan tiga fungsi mempejalari perbandingan hukum bagi perkembangan ilmu hukum pidana yaitu: pertama, berfungsi sebagai analisis kritis (*critical analyses*) terhadap substansi hukum dua sistem hukum yang berbeda dengan metode problematik. Kedua, fungsi inovatif bagi penelitian untuk menemukan konsep-konsep baru, tidak hanya menggali fakta semata dan ketiga, pembentukan konsep atau pola konstruksi hukum dalam bidang ilmu hukum pidana. Pemilihan teori tersebut sangat tepat karena berkaitan langsung dengan kajian hukum pidana yang kemudian akan dilakukan analisis-analisis normatif terhadap hasil kajian dengan menggunakan pendekatan-pendekatan yang relevan untuk melahirkan suatu konsep baru hasil studi perbandingan hukum.

2. Nilai-Nilai Hukum Pidana Adat

Hukum Pidana adat sebagai sistem hukum memperoleh kekuatan eksistensinya dalam masyarakat karena sistem hukum ini memiliki karakteristik yang berbeda dengan hukum perundang-undangan (*ius constitutum*). Perbedaan itu ada karena karakteristik itulah yang menarik untuk diteliti dan menjadi dasar keberlakuan atau validitas hukum Pidana adat; hukum pidana adat mampu berlangsung secara terus menerus dari satu generasi ke generasi berikutnya, dari satu norma hukum ke norma

hukum baru yang tumbuh, berkembang dan diikuti atau dipatuhi oleh masyarakat itu sendiri yang sekaligus mencerminkan alam pikiran masyarakatnya.

Dalam alam pemikiran tradisional Indonesia yang bersifat kosmis, yang paling utama adalah terciptanya keseimbangan atau harmonisasi antara dunia lahir dan dunia gaib. Pemaduan kedua dunia tersebut memunculkan keharusan-karusan (preskriptif) untuk senantiasa terjaga agar tetap seimbang dengan merumuskan kaidah-kaidah hukum dengan membuat patokan-patokan perilaku yang harus ditaati oleh setiap warga masyarakat baik dalam hukum perdata, hukum pidana dan kaidah lain. Tujuan utamanya adalah agar tetap terjaga keseimbangan kosmos dalam masyarakat. Kaidah hukum harus dipatuhi dan tidak boleh dilanggar. Pelanggaran terhadap kaidah tersebut merupakan suatu perbuatan yang mengganggu keseimbangan dan harus diberi sanksi oleh adat. Menurut Ter Haar dalam I Made Widyana (1993: 5) bahwa :

“ terjadinya pelanggaran delik adat apabila terjadi gangguan segi satu (*eenzijdig*) terhadap keseimbangan dan setiap penubrukan segii satu pada barang-barang kehidupan materiil orang seorang, atau dari pada orang banyak yang merupakan satu kesatuan (segerombolan), tindak demikian menimbulkan reaksi yang sifat dan besar kecilnya ditentukan oleh hukum adat (adat reaksi) karena reaksi mana keseimbangan dapat dan harus dipulihkan kembali (kebanyakan dengan cara pembayaran pelanggaran berupa barang-barang atau uang”.

Pernyataan tersebut menunjukkan bahwa eksistensi hukum Pidana adat sebagai kaidah hukum yang mengontrol perilaku individu dan kelompok dalam masyarakat dari tindakan-tindakan yang mengguncang

neraca keseimbangan dalam masyarakat dengan cara-cara tertentu yang telah menjadi substansi, kelembagaan dan budaya hukum dalam masyarakat adat. Bahkan, eksistensi hukum Pidana adat dalam masyarakat juga karena ia memiliki karakter yang hakiki yaitu "*prae existence*". Karakteristik normanya tidak didasarkan pada asas legalitas atau undang-undang tertulis sebagaimana dimiliki oleh hukum perundang-undangan akan tetapi sifatnya ditentukan pada asas kepatutan menurut pandangan masyarakat. Sifat ini mengandung makna bahwa hakim tidak boleh menghukum suatu perbuatan yang pada saat perbuatan dilakukan tidak ada anggapan masyarakat (perasaan keadilan rakyat/hukum rakyat) bahwa perbuatan itu bertentangan dengan hukum (Hermien Hadiarti Koeswadi, 1978: 51). Perasaan keadilan yang menjadi dasar tumpuan kaidah hukum pidana adat yakni perasaan keadilan dan pencelaan hukum berdasarkan rasa keadilan yang hidup, berkembang dan dipelihara dalam konteks waktu tertentu (Satjipto Rahardjo, 2002). Perbuatan dianggap sebagai kejahatan apabila bertentangan dengan ketentuan hukum pidana adat, bersifat kontemporer, seiring dengan rasa keadilan dan kesadaran masyarakat, terhadap norma-norma, keagamaan dan sopan santun dalam masyarakat. Sehingga, dalam konsep hukum Pidana adat, suatu perbuatan disebut sebagai kejahatan pada suatu saat tertentu sebagai delik adat dan pada saat lain bukan sebagai delik adat sesuai dengan berjalannya waktu demikian pula sebaliknya. Selain itu, beberapa

karakteristik hukum pidana adat dikemukakan oleh I Made Widyana dalam

Tolib Setiady (2008:349) yaitu:

- (1) Menyeluruh dan menyatukan
Karena dijiwai oleh sifat kosmis yang mana satu sama lain saling berhubungan. Hukum Pidana Adat tidak membedakan pelanggaran yang bersifat pidana dan pelanggaran yang bersifat perdata.
- (2) Ketentuan yang terbuka
Hal ini didasarkan atas ketidak mampuan meramal apa yang akan terjadi sehingga tidak bersifat pasti sehingga ketentuannya selalu terbuka untuk segala peristiwa atau perbuatan yang mungkin terjadi.
- (3) Membeda-bedakan permasalahan
Apabila terjadi peristiwa pelanggaran maka yang dilihat bukan semata-mata perbuatan dan akibatnya tetapi dilihat apa yang menjadi latar belakang dan siapa pelakunya. Dengan alam pikiran demikian maka dalam mencari penyelesaian dalam suatu peristiwa menjadi berbeda-beda.
- (4) Peradilan dengan permintaan
Menyelesaikan pelanggaran adat sebagian besar berdasarkan adanya permintaan atau pengaduan, adanya tuntutan atau gugatan dari pihak yang dirugikan atau diperlakukan tidak adil; dan
- (5) Tindakan reaksi atau koreksi
Tindakan reaksi ini tidak hanya dapat dikenakan pada si pelakunya tetapi dapat juga dikenakan pada kerabatnya atau keluarganya bahkan mungkin juga dibebankan kepada masyarakat yang bersangkutan untuk mengembalikan keseimbangan yang terganggu.

Berdasarkan beberapa uraian tersebut tampak bahwa karakteristik atau ciri hukum adat pidana berbeda dengan ciri hukum lain yang dari segi konsep dan implementasinya juga menjadi berbeda-beda di setiap daerah. Perbedaan tersebut menjadi penanda bahwa setiap sistem hukum atau sub sistem hukum memiliki ciri tersendiri yang dapat dikenali dari setiap ciri yang ditampilkan. Meskipun demikian terdapat beberapa persamaan prinsip dalam hal nilai-nilai, moralitas dan ide keseimbangan

yang mempengaruhi perumusan jenis perbuatan pidana adat, sanksi dan tata cara pemulihan yang tentu terkait dengan kondisi dan lingkungan sosial budaya masing-masing masyarakat adat. Ada beberapa corak kesamaan hukum adat di beberapa daerah sebagaimana dihimpun oleh Tolib Setiady (2008: 32-38) yaitu : (1) tradisional (2) keagamaan (3) kebersamaan (4) kongkrit dan visual (5) terbuka dan sederhana (6) dapat berubah dan menyesuaikan dan (7) musyawarah dan mufakat. Ketujuh corak tersebut merupakan corak umum dari hukum adat yang melekat dalam setiap hukum adat di beberapa komunitas masyarakat adat di Indonesia.

3. Konsep Hukum Pidana Adat

Studi terhadap Hukum Pidana Adat dewasa ini mengalami penurunan ketika hukum-hukum pidana modern mendominasi studi ilmu hukum pada umumnya. Fenomena ini ditandai beberapa fakta yaitu, pertama, jarang sekali mahasiswa memilih Hukum Pidana Adat menjadi objek penelitian. Kedua, pandangan Dunne (Andi Zainal Abidin, 1977:3-4) bahwa sebagian besar dosen-dosen fakultas hukum di Indonesia menghendaki dihapuskannya Hukum Pidana Adat yang diganti dengan hukum pidana modern. Ketiga, permintaan dana penelitian untuk meneliti Hukum adat di perguruan tinggi tidak pernah dikabulkan (Andi Zainal Abidin, 1977:3-4). Meskipun demikian dapat dipahami bahwa pada dasarnya hukum Pidana Adat memiliki banyak persamaan dengan hukum pidana modern (barat), terutama pada pengertian dan asas-asasnya,

seperti, Hukum Pidana Adat di Sulawesi Selatan. Oleh karena itu, dalam sub bab ini akan dikemukakan pengertian Hukum Pidana Adat oleh beberapa ilmuwan yang relevan.

Istilah Hukum Pidana Adat diterjemahkan dari bahasa Belanda *adat delicten recht* atau hukum pelanggaran adat (Hilman Hadikusuma, 1989:7). Istilah atau arti Hukum Pidana Adat tersebut tidak dikenal oleh masyarakat di Indonesia. Menurut I Made Widyana (1993:2) bahwa *Hukum Pidana Adat hukum yang hidup (the living law), diikuti dan ditaati oleh masyarakat adat secara terus menerus dari satu generasi ke generasi berikutnya*. Selanjutnya, Hukum Pidana Adat memuat unsur peraturan tata tertib, dibuat dan diikuti oleh masyarakat secara terus menerus. Menurut A.Z. Abidin (Andi Zainal Abidin dan Rahmad Baro, 1977: 53) sesungguhnya adat Bugis (*adek*) berarti hukum juga.

Jadi, hukum adat pengertiannya berlebihan. Misalnya, di dalam Lontarak-lontarak Bugis ditemukan kalimat*adek-e temmake eppo temmake anak*....Artinya, hukum tidak mengenal anak dan cucu. Ucapan Ketua Pengadilan Adat Sidenreng, La Pagala Nene' Mallomo tersebut ketika menjatuhkan pidana mati kepada anaknya pada abad ke XVI. Selain itu, istilah *adek* di dalam Lontarak ditemukan banyak istilah sinonim dengan *adek* yaitu, *panggadereng* (hukum dalam arti luas), *beccik* (alat pelurus), *jorik* (garis lurus), *petau* (pematang), *pabbatang* (penghalang) dan *laleng* atau jalan (Andi Zainal Abidin, 1977:3-4).

Penamaan menjadi adat atau hukum pelanggaran adat dapat dipahami sebagai wujud politik hukum pemerintah Hindia Belanda untuk membedakannya dengan hukum pidana yang diatur dalam W.v.S, yang kemudian diubah dengan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). Di kalangan masyarakat adat istilah pelanggaran adat beragam pada masing-masing daerah, seperti, *kata salah* atau *kata sumbang* di Lampung. Sebutan tersebut terkait dengan perbuatan yang bertentangan dengan hukum adat atau suatu perbuatan yang merugikan seseorang atau masyarakat pada umumnya (Hilman Hadikusuma, 1989:7). Di Sulawesi Selatan, perbuatan yang melanggar kesusilaan adat dikenal bermacam-macam, seperti, *sapak ri tana* (Bugis) atau *salimarak* (Makassar) yaitu suatu delik persetubuhan antara lelaki dengan perempuan yang tidak boleh dinikahi menurut Hukum Adat dan menurut hukum Islam baik sedarah maupun semenda. Bahkan, pelanggaran adat termasuk persetubuhan yang dilakukan antara ibu susu dengan anak yang menyusu, antara saudara sesusu, ayah atau ibu dengan anak tirinya, serta mertua dengan menantu. Delik ini dikenal pula sebagai *incest* (Andi Zainal Abidin, 1997:59).

Perbuatan melanggar hukum dalam BW maknanya lebih sempit dibandingkan dengan perbuatan melawan hukum adat yang tidak hanya bersifat positif tetapi juga bersifat negatif (Wirjono Prodjodikoro, 1960:8). Hal ini sesuai pendapat Ter Haar (Hilman Hadikusuma, 1989:7-8) bahwa yang disebut sebagai delik adalah :

“ *Het woord delikt geeft dus aan een eenzijdige, door de wederpartij niet vooraf uitdrukkelijk of stilzwijgend goedgevonden, handeling van evenwichtsverstoring* (Jadi istilah delik itu menunjuk pada perbuatan sepihak yang oleh pihak lain dengan tegas atau diam-diam dinyatakan sebagai perbuatan yang mengganggu keseimbangan”.

Selanjutnya, pengertian delik adat juga yang terkait dengan perbuatan-perbuatan yang mengganggu keseimbangan individu dan keseimbangan kelompok dalam masyarakat. Menurut van Vollenhoven (Hilman Hadikusuma, 1989:9) yang dimaksud dengan delik adat adalah “perbuatan yang tidak boleh dilakukan, walaupun dalam kenyataannya peristiwa atau perbuatan itu hanya merupakan pelanggaran yang kecil saja”. Dari pengertian tersebut diketahui bahwa delik adat adalah perbuatan atau peristiwa yang bertentangan dengan kepatutan, kerukunan, ketertiban, keamanan, rasa keadilan dan kesadaran hukum masyarakat bersangkutan, baik sebagai akibat dari perbuatan seseorang maupun perbuatan penguasa adat sendiri (Hilman Hadikusuma, 1989:10). Tujuan Hukum Pidana Adat bukan saja mencapai ketertiban lahiriah manusia tetapi juga ketertiban batiniah. Itulah sebabnya Hukum Pidana Adat merupakan kaidah hukum yang hidup (*living law*) dan akan terus hidup selama ada manusia. Bahkan, jika undang-undang menghapuskannya, akan percuma, oleh karena hukum pidana perundang-undangan akan kehilangan kekuatan mengikatnya oleh karena Hukum Pidana Adat lebih dekat hubungan dengan antropologi dan sosiologi daripada hukum perundang-undangan (Hilman Hadikusuma, 1989:10).

Salah satu karakteristik Hukum Pidana Adat adalah menjunjung tinggi keseimbangan dalam kehidupan yang terkait dengan struktur masyarakat sebagai sumber pembentuknya. Hal ini sesuai dengan pendapat Robert Saidman bahwa hukum tidak dapat ditransfer ke dalam suatu masyarakat atau konsep '*non transferability of law*'. Artinya, hukum tidak dapat ditransfer ke dalam suatu masyarakat yang berbeda struktur masyarakatnya (Satjipto Rahardjo 2000:51.) yang oleh Allotts disebutkan bahwa hukum tidak akan berkerja dengan baik jika tidak sesuai dengan kondisi sosialnya (Otje Salman dan Anton F. Susanto, 2004: 97). Oleh sebab itu, studi perbandingan Hukum Pidana Adat sangat penting untuk dijadikan dasar pembentukan asas-asas hukum pidana baru dan menjadi sumber aturan hukum pidana yang akan datang (*ius constituendum*).

Selanjutnya, menurut van Vollenhoven bahwa untuk mengetahui hukum suatu masyarakat, perlu diselidiki sifat dan susunan badan-badan persekutuan hukumnya. Sebab, di manapun semua orang dikuasai oleh hukumnya dan mereka hidup sehari-hari (Soerjono Soekanto, 1983:91) sebagai karakteristiknya. Untuk itu, salah satu karakteristik yang sangat mendasar dari kehidupan masyarakat adat yaitu memiliki alam pemikiran tradisional yang sifatnya kosmos atau magis-religius. Alam pemikiran ini mempengaruhi pembentukan kaidah-kaidah hukumnya (kaidah Hukum Pidana Adat). Apabila seseorang melakukan pelanggaran yang menyebabkan kehidupan masyarakat tidak seimbang, maka menurut hukum Pidana Adat bukan saja orang yang membuat kerusakan yang

bertanggung jawab, akan tetap termasuk keluarga atau kerabatnya (Hilman Hadikusuma, 1989:11).

4. Konsep Hukum Positif sebagai Hukum yang Hidup

Hukum yang berlaku dalam masyarakat dalam kajian ilmu hukum ada dua yaitu konsep hukum tertulis atau semua hukum yang dibentuk dan diberlakukan oleh negara atau disebut juga hukum positif. Hukum positif sebagai salah satu objek kajian Ilmu Hukum dogmatik- hukum merupakan hukum yang berlaku dalam suatu masyarakat. Menurut Bagir Manan (2004:1) bahwa hukum positif adalah :

” Kumpulan asas-asas dan kaidah hukum tertulis dan tidak tertulis yang pada saat ini sedang berlaku dan mengikat secara umum atau khusus dan ditegakkan oleh atau melalui pemerintah atau pengadilan dalam negara Indonesia”.

Rumusan atau pengertian tersebut menunjukkan bahwa hukum positif tidak hanya memuat hukum tertulis (*written law*) akan tetapi seluruh hukum yang ditegakkan oleh pemerintah atau ditetapkan melalui putusan pengadilan sebagai temuan hukum oleh hakim-hakim yang berhadapan dengan kasus-kasus hukum *in concreto*. Kaidah hukum yang diterapkan dapat saja beradal dari hukum tertulis dan hukum tidak tertulis (*living law*) yang merupakan bagian dari suatu sistem hukum positif atau hukum nasional yang diakui eksistensinya oleh pemerintah Indonesia.

5. Hukum positif mengikat subjek hukum

Hukum positif sebagai produk lembaga legislatif memiliki ciri sebagai indikator. Suatu hukum positif diketahui dari beberapa indikatornya yaitu, pertama, penelusuran terhadap makna hukum positif

juga dapat diketahui dari daya mengikatnya terhadap subjek hukum. Daya mengikat suatu hukum positif dapat berupa mengikat secara umum dan mengikat secara khusus. Ia mengikat secara umum karena hukum positif itu berlaku secara umum atau tidak menunjuk subjek hukum tertentu sedangkan mengikat secara khusus karena hukum positif itu menentukan subjek hukum tertentu sebagai subjek hukum. Kekuatan mengikat hukum positif diterima oleh semua subjek hukum karena hukum positif dibuat oleh suatu badan yang diberi wewenang untuk membuat peraturan perundang-undangan berdasarkan wewenang yang telah diberikan oleh suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku.

6. Hukum positif ditegakkan oleh pengadilan

Pengadilan sebagai salah satu institusi hukum memiliki banyak fungsi dalam bidang hukum. Fungsi pengadilan yang paling menonjol adalah fungsi penegakan dan pembentukan hukum. Fungsi ini secara teoretik merupakan fungsi yang sangat penting karena hukum harus diterapkan pada kasus-kasus empirik sehingga untuk mengetahui sejauhmana hukum itu diberlakukan maka harus diterapkan baik melalui kepatuhan atau ketaatan hukum oleh subjek hukum (teralamat) juga melalui sengketa hukum yang diproses melalui putusan pengadilan.

Pemberlakuan hukum positif melalui pengadilan merupakan pekerjaan secara teknis-yuridis oleh para hakim. Dinyatakam sebagai teknis-yuridis, karena selain mengetahui praktik, juga dibutuhkan kemampuan keilmuan hakim untuk menemukan hukum-hukum baru

(*rechts vinding*) dari sengketa hukum yang diajukan oleh para pihak sebagai pencari keadilan (*justiciabelen*). Para hakim harus memeriksa dan memutus semua kasus hukum yang diajukan kepadanya dan tidak boleh menolak dengan alasan tidak ada peraturan hukumnya atau kabur peraturan hukumnya. Penolakan hakim terhadap kasus-kasus yang diajukan kepadanya merupakan pelanggaran asas hukum hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak ada aturannya (*ius curia novit*) yang diatur dalam Pasal 10 UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kehakiman. Dari sinilah pentingnya penemuan hukum oleh hakim melalui metode penafsiran dan konstruksi hukum.

Penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum oleh hakim. Dalam ilmu hukum terdapat banyak metode penafsiran yang dapat digunakan hakim dalam menemukan hukum dalam peraturan perundang-undangan yaitu, penafsiran gramatikal, penafsiran sistematik, penafsiran sosiologis, penafsiran teleologis, penafsiran histories. Bahkan, telah berkembang menjadi penafsiran komparatif, penafsiran antisipatif dan penafsiran futuristik (Sudikno Mertokusumo, 1996:48). Tujuan utama penerapan kedua metode penemuan hukum ini adalah untuk mencari dan menemukan kehendak pembuat undang-undang yang telah dinyatakan pembuat undang-undang kurang jelas. Menurut Logemann, bahwa yang dimaksud dengan maksud pembuat undang-undang (*kennelijke bedoeling*) pembuat undang-undang adalah itu segala sesuatu yang didasarkan penafsiran yang baik, yang dapat diterima sebagai suatu yang

logis dan dapat disimpulkan menjadi kehendak pembuat undang-undang (Sudikno Mertokusumo, 1996:48). Pada dasarnya, undang-undang ditafsirkan menurut undang-undang itu sendiri (penjelasan resmi) sehingga apabila kata-kata atau rumusan dalam undang-undang itu cukup jelas, maka hakim tidak boleh menyimpang dari kata-kata itu, walaupun kehendak sungguh-sungguh dari pembentuk undang-undang itu berlainan dari kata-kata tersebut (Sudikno Mertokusumo, 1996:87). Selain itu, penemuan hukum juga dapat dilakukan oleh hakim melalui konstruksi hukum. Metode penemuan hukum positif ini juga dapat digunakan oleh lembaga pengadilan untuk menegakkan hukum, terutama terhadap kasus-kasus hukum yang belum mempunyai hukum.

Metode konstruksi hukum adalah metode penemuan hukum positif untuk mengetahui maksud pembuat undang-undang. Prinsip utama penerapan konstruksi hukum adalah apabila aturan hukum belum ada sehingga hakim dalam metode ini menemukan dan membentuk kaidah hukum baru berdasarkan hukum positif. Hasil pembentukan hukum oleh hakim melalui metode ini juga dikategorikan sebagai hukum positif yang dalam penelitian ini tereduksi dalam yurisprudensi hukum Indonesia.

Bahkan, dari pengertian hukum positif tersebut dalam perspektif ilmu hukum dapat diperluas yaitu pengertian hukum yang sedang berlaku saat ini juga dimaknai sebagai hukum-hukum yang pernah berlaku di masa lalu (Bagir Manan, 2004:1). Karena menurut definisi keilmuan hukum mengenai hukum positif dimasukkan pula unsur "berlaku pada

waktu tertentu dan tempat tertentu” (Bagir Manan, 2004:1). Masuknya rumusan hukum positif terhadap beberapa ketentuan yang berlaku pada masa tertentu disebabkan karena hukum yang pernah berlaku juga merupakan hukum positif pada masanya sehingga semua aturan hukum yang pernah berlaku termasuk kategori hukum positif dalam perspektif sejarah hukum.

Selain itu, konsep hukum tidak tertulis atau kumpulan asas-asas hukum, norma-norma hukum tidak tertulis yang berlaku dalam masyarakat yang masih berlaku dan masih dianut oleh masyarakatnya atau lazim disebut hukum yang hidup atau “*living law*” yang dapat disejajarkan dengan hukum positif. Hal ini didasarkan pada asumsi teoretis bahwa hukum positif semua jenis hukum yang pernah berlaku, pada masa lalu dan sekarang dan diakui oleh pemerintah yang juga disebut sebagai hukum yang hidup atau *living law*. Konsep hukum yang hidup, dalam pandangan para ahli hukum berbeda-beda yang salah satu diantaranya dikemukakan pandangan Uegen Ehrlich dalam Achmad Ali (2008: 214) bahwa:

"It was the 'living law' that dominated society's life even though it had not always been reduced to formal, legal propositions. It reflected the values of society". Adalah "*the living law*" yang mendominasi kehidupan masyarakat, meskipun '*the living law*' itu tidak selalu diubah menjadi formal, ke dalam proposisi-proposisi legal. '*The living law*' mencerminkan nilai-nilai dari masyarakatnya).

Bahkan dalam pandangan Curzon dalam Achmad Ali (2008:215) bahwa :

“*The 'inner order' of society's life—its 'culture pattern'—was never static. Values changed; attitudes to wrong-doing varied from time to time; concept what constituted 'criminal conduct' altered over years*”. Artinya, tertib dalam dari kehidupan masyarakat—adalah ‘pola-pola kultur’—yang tidak pernah statis. Nilai-nilai berubah; sikap-sikap tentang perbuatan yang salah, berbeda dari waktu ke waktu; konsep-konsep tentang apa yang ditentukan sebagai tindak kriminal’ berubah dari tahun ke tahun”.

Pandangan lain tentang *living law* sebagaimana dikemukakan oleh Brian Z. Tamanaha dalam Achmad Ali, 2008: 215) mengemukakan bahwa menurut Ehrlich:

"Law consists of the rules of conduct followedⁱⁿ everyday life—the customary practices and usages which give rise to and maintain the inner ordering of associations (the family, village community, corporations, business associations, professions, clubs, a school or factory, etc.). This is the 'living law'. (Hukum terdiri dari aturan-aturan tentang perilaku yang diikuti di dalam kehidupan setiap hari—kebiasaan-kebiasaan praktis yang menyebabkan dan mempertahankan ‘tertib dalam dari asosiasi-asosiasi; keluarga, komunitas pedesaan, korporasi, asosiasi bisnis, asosiasi profesi, klub, sekolah atau pabrik, dan lain-lain. Inilah ‘*the living law*’).

Dalam kaitan itu, menurut Sampford dalam Achmad Ali (2008: 216) bahwa hukum yang hidup terkait dengan pendapat Ehrlich bahwa *‘the living law’* adalah *the 'living law' is the rules used in ongoing living relationships* atau merupakan aturan-aturan yang digunakan di dalam hubungan-hubungan kehidupan yang sedang berlangsung. Beberapa pandangan tentang hukum yang hidup tersebut menunjukkan bahwa *living law* merupakan kumpulan norma hukum yang masih ada dan dipraktikkan oleh warga masyarakat dan direduksi atau menjadi sumber hukum pembentukan dan penerapan hukum pidana dalam suatu masyarakat serta masih aktual, eksis dalam putusan-putusan pengadilan negara.

7. Karakteristik Hukum Pidana Adat

Tujuan Hukum Pidana Adat adalah menjaga keseimbangan dalam bermasyarakat. Untuk itu, ia memiliki karakter tersendiri dalam mengatur tingkah laku manusia dalam masyarakat. Beberapa karakteristik tersebut antara lain, **pertama**, Hukum Pidana Adat memiliki sifat penyentuhan dan mempersatukan warga masyarakat. Sifat ini terkait dengan sifat kosmisnya masyarakat adat. **Kedua**, tidak membedakan antara kejahatan dan pelanggaran. **Ketiga**, tidak membedakan delik hukum (*recht delict*) dan delik undang-undang (*wet delict*), namun tidak membedakan sistem pidana antara kejahatan dengan pelanggaran. **Keempat**, ketentuan Pidana Adat tidak bersifat pasti atau bersifat terbuka dan berintikan rasa keadilan. Sifat ini membuka peluang terjadinya delik pidana baru sesuai dengan perkembangan masyarakat. **Kelima**, Hukum Adat Pidana mengenal pembedaan permasalahan sesuai dengan proporsinya. **Keenam**, peradilan diadakan karena ada permintaan atau tuntutan atau pengaduan dari pihak yang dirugikan, kecuali pelanggaran yang mengganggu ketertiban umum, para petugas adat dapat menangani langsung meskipun tidak ada pengaduan dari pihak yang dirugikan. **Ketujuh**, Hukum Pidana Adat memungkinkan diselesaikan secara kekeluargaan sesuai dengan adat yang berlaku. Hal ini terutama pelanggaran yang dikategorikan delik adat ringan, seperti, jika terjadi *incest* (Bugis: *sapak ri tanah*). **Kedelapan**, Ada tindakan korektif dan reaksioner yang menjadi kewenangan petugas adat untuk memulihkan

keseimbangan bersama. Tindakan korektif dan reaksionar bukan saja terhadap pelakunya, akan tetapi juga kepada kerabatnya yang turut bertanggungjawab terhadap perbuatan pelaku, kecuali dalam Hukum Pidana Adat Bugis yang hanya mengenal tanggung jawab individual (Andi Zainal Abidin dan Rahmat Baro, 1997:55). Wujud pertanggungjawaban keluarga/kerabat bermacam-macam mulai dari pidana ringan sampai pidana berat (Hilmam Hadikusuma,1989:12-15). **Kesembilan**, Hukum Pidana Adat tidak membedakan jenis delik berdasarkan delik selesai dan tidak selesai, seperti, percobaan melakukan delik atau *poging*. Konsep ini dianut karena orang-orang yang melakukan delik diperhitungkan sesuai kenyataan yang terjadi. Misalnya, orang yang berniat mencuri, lalu memanjat rumah dan merusak jendela. Ia akan dijatuhi sanksi pidana merusak barang orang lain. Bahkan, Hukum Romawi, juga awalnya tidak mengenal delik tidak selesai. Masuknya konsep delik ini (percobaan) dipengaruhi oleh konsep etika Yunani yang bukan saja menitikberatkan pada perbuatan akan tetapi kehendak manusia menurut Hazewinkel-Suringa dan Remellink dalam Andi Zainal Abidin (2002:11-12). **Kesepuluh**, Hukum Pidana Adat tidak mengenal perbedaan antara delik undang-undang dan delik hukum.

B. Konsep Pertanggungjawaban Pidana

Kajian teoretik suatu hasil penelitian penelitian yang menggunakan teori utama perlu penelusuran secara konseptual bagaimana agar teori yang digunakan lebih terarah pada fokus penelitian. Hal ini sangat penting

mengingat konsep dan proposisi yang termuat dalam teori utama masih bersifat abstrak dan belum terfokus pada aspek tertentu. Oleh karena itu, untuk memfokuskannya digunakan beberapa teori hukum pidana adat di Indonesia yang lebih spesifik yang bertujuan untuk menentukan apa yang menjadi fokus penelitian. Oleh karena penelitian ini bertujuan untuk mengetahui apa yang menjadi dasar suatu perbuatan itu dapat dipidana atau tidak diperlukan teori pertanggungjawaban pidana dan teori sanksi pidana.

Penetapan suatu perbuatan dapat dipidana atau tidak merupakan realisasi dari teori pertanggungjawaban pidana. Teori pertanggungjawaban pidana berkaitan dengan teori tentang kriminalisasi perbuatan yang biasa digunakan untuk merumuskan ada tidaknya pertanggungjawaban pidana. Teori kriminalisasi perbuatan dalam hukum pidana akan berkaitan dengan politik kriminal (*criminal policy*) yaitu suatu proses penentuan suatu perbuatan dapat dipidana melalui peraturan perundang-undangan. Untuk menemukan ***middle range theory*** yang akan digunakan diperlukan penelusuran konsep pidana dalam kaitannya dengan kriminalisasi delik kesusilaan Pidana Adat sehingga dapat ditemukan konsep-konsep dan proposisi-proposisi dari politik kriminal (*criminal policy*) yang akan dimasukkan sebagai acuan dalam membahas fokus penelitian. Dalam kaitan itu, perlu diketahui lebih dahulu apa yang menjadi dasar kriminalisasi delik kesusilaan Pidana Adat di Indonesia.

Hukum Pidana Adat dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai suatu pelanggaran hukum atau bukan menurut caranya sendiri. Menurut Andi Zainal Abidin Farid, dkk, (1981:65) bahwa "kriminalisasi adalah perubahan nilai yang tadinya merupakan perbuatan yang tidak tercela dan tidak dituntut pidana, berubah menjadi perbuatan yang dipandang tercela dan perlu dipidana". Adapun Soerjono Soekanto (1981:62) menyatakan "kriminalisasi merupakan tindakan penguasa mengenai perbuatan-perbuatan tertentu yang oleh masyarakat atau golongan-golongan masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang dapat dipidana". Selanjutnya, menurut Suwondo "kriminalisasi adalah proses penetapan suatu perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan yang dapat dipidana.

Landasan utama kriminalisasi delik adat adalah itas dalam masyarakat yang bersamaan dengan lahirnya tiap-tiap peraturan yang tidak tertulis oleh petugas hukum. Delik adat itu ada, ketika ada peraturan yang mengatur tingkah laku seseorang (*rule of behavior*) dan dipertahankan oleh petugas adat kepada setiap pelanggarnya, atau ketika petugas adat mencegah pelanggaran peraturan. Oleh karena itu, delik adat tidak statis dan dapat timbul, berkembang dan lenyap dengan lahirnya peraturan baru (Soepomo, 2000:113)

Selanjutnya, esensi dan sifat Hukum Pidana Adat adalah itas dalam masyarakat. itas dalam masyarakat juga berkembang sesuai dengan perkembangan dalam masyarakat. Hal ini sesuai dengan pandangan Hall

bahwa ” *the quality of the criminal laws is the major issues the our times and permeates all the social discipline*” (Salman Luthan, 1999:4). Dalam kaitan itu, kriteria atau nilai-nilai yang mendukung pembentukan kaidah hukum Pidana Adat yaitu, **pertama**, Perumusan suatu perbuatan sebagai delik yaitu apabila perbuatan itu bertentangan dengan adat. **Kedua**, hukum Pidana adat tidak memisahkan antara pelanggaran dan kejahatan. **Ketiga**, Hukum Pidana Adat tidak mengenal pemisahan hakim pidana dan hakim perdata. **Keempat**, pelaksanaan delik adat diproses oleh petugas adat (kepala adat) yang bertindak sebagai eksekutor untuk mengambil tindakan hukum konkret (*adatreactie*). **Kelima**, penerapan ketentuan sanksi disesuaikan dengan seberapa jauh kerusakan yang dirasakan oleh masyarakat. **Keenam**, tindakan hukum dilakukan berdasarkan permintaan korban atau yang berkepentingan.

1. Pengertian Pertanggungjawaban Pidana

Salah satu aspek yang menjadi objek kajian Hukum pidana adalah masalah pertanggungjawaban pidana sebagai akibat dari perbuatan kriminal pelaku kejahatan. Pertanggungjawaban pidana dalam pandangan monistis merupakan sesuatu yang melekat dalam diri pelaku atau dengan kata lain tidak ada pemisahan pembuat dengan perbuatannya. Sedangkan menurut faham dualistis, antara perbuatan dan pembuat berbeda atau terpisah sebagai bentuk dari unsur-unsur perbuatan dan unsur kesalahan.

Dalam teori pertanggungjawaban pidana, kesalahan menjadi alat ukur normatif seseorang untuk dijatuhi pidana. Dalam teori kesalahan

menyatakan seseorang baru dapat dipertanggungjawabkan secara pidana apabila seseorang telah dapat dibuktikan kesalahannya baik kesalahan dalam wujud sengaja atau lalai (*dolus* atau *culpa*). Dalam hal tersebut, maka perlu di ketahui apakah hukum adat juga menganut konsep kesalahan dalam pertanggungjawaban pidananya. Beberapa uraian berikut akan dikemukakan beberapa pengertian pertanggungjawaban pidana menurut para ahli hukum sebagai dasar penemuan konsep pertanggungjawaban pidana menurut hukum adat pidana.

Para ahli hukum pidana berbeda pendapat tentang pengertian pertanggungjawaban pidana karena perbedaan tersebut belum ditemukan secara tegas maksud dan pengertian pertanggungjawaban pidana.

Bahkan menurut Andi Zainal Abidin Farid, 1995:60) bahwa :

“ pada umumnya kitab undang-undang pidana di seluruh dunia tidak mengatur tentang kemampuan bertanggung jawab. Yang diatur adalah kebalikannya yaitu ketidakmampuan bertanggung jawab, seperti isi Pasal 44 KUHP Indonesia yang masih memakai rumusan Pasal 37 lid 1 W.v.S Nederland tahun 1886 yang berbunyi (terjemahan secara harfiah penulis):

‘Tidak dapat dipidana barangsiapa mewujudkan suatu peristiwa, yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya sebab kekurangsempurnaan atau gangguan sakit kemampuan akalnya’.

Berdasarkan pendapat tersebut, maka penulis simpulkan bahwa kemampuan bertanggung jawab dilekatkan pada subjek atau pelaku kejahatan. Dalam diri pelaku kejahatan oleh para ahli melekatkan unsure kesalahan sebagai dasar pijakan pertanggungjawaban pidana. Unsur kesalahan merupakan unsure diri pembuat dan bukan unsur normatif yang diatur dalam undang-undang pidana.

Van Bemmelen dalam menilai kesalahan seseorang mengikuti pendapat atau ajaran W. Nierboer (seorang ahli syaraf dan doktor dibidang hukum) bahwa:

” kemampuan atau ketidakmampuan bertanggungjawab (dalam arti kesalahan) ditetapkan oleh adanya hubungan kausal (sebab-akibat) antara penyimpangan jiwa terdakwa dengan delik. Ajaran yang mendasarkan pada *causale criterium*, menyatakan bahwa bilamana *aandeel* (saham) penyakit jiwa atau penyimpangan jiwa itu besar, maka kesalahan itu semakin kecil”.

Pandangan ini sejalan dengan ajaran *Durhamsrules* di Amerika Serikat yang dikutip Van Bemmelen tentang kasus ketika hakim Bazelon mengadili terdakwa Durham dan memutuskan bahwa “ketidakmampuan suatu kelakuan terjadi bilamana perbuatan yang unlawfull dapat dipandang sebagai ***product of mental disease or mantal defect***”.

Dalam kaitan itu, menurut Andi Zainal Abidin Farid (1995:266) bahwa :

“ Pendapat hakim yang merumuskan Durhamamsrule dan Nieboer dapat memudahkan hakim dalam menentukan kemampuan atau ketidakmampuan bertanggungjawab terdakwa. Hakim hanya menanyakan kepada psikiater apakah delik yang diwujudkan oleh terdakwa dipengaruhi sekali atau diindividualisasikan oleh penyimpangan jiwa terdakwa. Apabila jawaban membenarkan pertanyaan itu, maka hakim dapat menyatakan bahwa terdakwa mampu bertanggungjawab dan menjatuhkan pidana”.

Perdebatan tentang unsur kesalahan ini menurut pandangan para ahli hukum pidana beragam untuk setiap delik. Pada umumnya yang menjadi titik sentral perbedaan adalah masalah unsur ‘*wilen*’ (menghendaki) dan ‘*weten*’ (mengetahui). Unsur ini oleh Memorie van Toelicting yang oleh Menteri Kehakiman Belanda Mr. Modderman yang menjelaskan tentang kesegajaan (*opzet*) atau kata ‘*opzettelijk*’ sama

dengan yang tersebar dalam beberapa pasal KUHP adalah sama dengan 'wilen' en 'weten' yaitu menghendaki dan mengetahui (Andi Zainal Abidin Farid (1995:269). Meskipun demikian, keaburan tentang makna dari kedua istilah ('wilen' en 'weten') tersebut menjadi berbeda-beda setiap delik sehingga para ahli hukum pidana (Van Bemmelen, Noyon, van Hattum, M.v.T. dan *Hoge Raad* berbeda dalam penerapannya (Andi Zainal Abidin Farid (1995:272-273). Oleh sebab itu, dalam hal tersebut dapat dipahami bahwa masalah pertanggungjawaban pidana erat terkait dengan faktor internal pelaku (kondisi kejiwaan) dan faktor eksternal berupa akibat yang ditimbulkan dari perbuatannya. Meskipun demikian dalam konsep hukum pidana konsep normatif atau yang diatur dalam undang-undang tidak dapat dijadikan patokan atau satu-satunya dasar karena dapat saja unsure-unsur yang disebutkan dilakukan atau semua menjadi pengetahuan atau dikehendaki oleh pelaku (van Bemmelen). Dalam kaitan itu, beberapa uraian berikut akan dikemukakan konsep pertanggungjawaban adat pidana berkaitan dengan delik kesusilaan yang menjadi focus dalam penelitian ini.

2. Pertanggungjawaban Pidana Hukum Pidana Adat

Pertanggungjawaban pidana secara teoretis memuat unsur *mens rea* dan *actus reus* (Andi Zainal Abidin Farid, 1997: 14). *Actus reus* terkait dengan perbuatan seseorang dalam arti berbuat dan atau tidak berbuat, sedangkan *mens rea* terkait dengan unsur sengaja, alpa dan lalai. Unsur *actus reus* dalam kaitannya dengan pertanggungjawaban pidana adalah

unsur adanya perbuatan atau peristiwa pidana yang dilakukan baik secara individual atau bersama-sama.

Dalam Hukum Pidana Adat konsep pertanggungjawaban pidana ditetapkan berdasarkan perbuatan apa yang dilanggar pelaku menurut hukum adat. Sumbernya yaitu hukum adat tertulis dan tidak tertulis. Hukum adat tidak tertulis adalah kebiasaan-kebiasaan yang timbul, diikuti dan ditaati secara terus menerus serta turun-temurun dari masyarakat yang bersangkutan. Sedangkan yang tertulis terdapat pada daun lontar atau bahan kulit lainnya (I Made Widyana, 1993: 3). Menurut Bushar Muhammad (I Made Widyana, 1993:5) bahwa :

“ delik adat sebagai suatu perbuatan seseorang atau sekelompok mengancam atau menyimpang atau mengganggu keseimbangan kehidupan persekutuan baik secara materil atau immaterial, terhadap orang-orang atau terhadap masyarakat sebagai suatu kesatuan”.

Adapun Ter Haar (I Made Widyana, 1993:5) menyatakan:

“ bahwa yang dianggap suatu pelanggaran (delik) adalah setiap gangguan segi satu (*eenzijdig*) terhadap keseimbangan dan setiap penubrukan segi satu pada barang-barang kehidupan materil orang seorang atau daripada orang-orang banyak yang merupakan satu kesatuan (segerombolan), tindakan demikian menimbulkan reaksi adat (adat reaksi) dimana reaksi itu memulihkan kesetimbangan yang dilakukan secara pembayaran berupa barang-barang atau uang”.

Berdasarkan dua rumusan tersebut dapat diketahui bahwa konsep pertanggungjawaban pidana dalam Hukum Pidana Adat yaitu pertanggungjawaban individual dan pertanggungjawaban kelompok sebagai akibat pelaku melakukan ketidakseimbangan atau kegoncangan

dalam masyarakat. Kriteria tersebut lebih banyak tidak tertulis sehingga unsur-unsur delik adat tidak terinci.

3. Unsur-Unsur Pertanggungjawaban Pidana Adat

Sistem Hukum Pidana Adat mengenal unsur-unsur pertanggungjawaban pidana yaitu, **pertama**, ada perbuatan yang dilakukan oleh seseorang, kelompok atau penguasa adat sendiri. **Kedua**, perbuatan itu bertentangan dengan norma-norma hukum adat. **Ketiga**, perbuatan itu dipandang dapat menimbulkan kegoncangan karena mengganggu keseimbangan dalam masyarakat dan **keempat**, perbuatan itu menimbulkan reaksi dari masyarakat berupa sanksi adat (I Made Widyana, 1993: 6). Keempat unsur delik adat tersebut menjadi dasar pertanggungjawaban pidana dalam Hukum Pidana Adat.

Selain itu, perlu pula diperhatikan pandangan Cardozo (I Made Widyana, 1993:7) bahwa ada empat hal yang perlu diperhatikan yaitu, **pertama**, seberapa jauh eksistensi adat itu dapat diterima oleh masyarakat atau yang sewajarnya demikian menurut adat. **Kedua**, sejauhmana kekuatan mengikat putusan-putusan hakim pada waktu lalu terhadap kasus yang sama. **Ketiga**, sifat dari hukum adat yang hidup dalam masyarakat dan **keempat**, kebebasan hakim dalam memutus suatu perkara. Pandangan tersebut sangat esensial ditinjau dari Hukum Pidana Adat, oleh karena tanpa adanya keempat persyaratan tersebut kekuatan mengikat Hukum Pidana Adat dapat menjadi hilang. Itulah sebabnya sehingga menurut Hermien Hadiati Koeswaji bahwa “hukum adat tidak

dapat menghukum suatu perbuatan yang pada saat perbuatan itu dilakukan tidak ada anggapan masyarakat (perasaan keadilan/hukum rakyat) bahwa perbuatan itu menentang hukum adat.

Berdasarkan beberapa uraian tersebut perlu menemukan teori kriminalisasi delik yang relevan dengan fakta atau kondisi sosial suatu masyarakat untuk merumuskan perbuatan mana yang tergolong delik kesusilaan atau bukan delik kesusilaan. Adanya tidak perbuatan pidana yang dapat dipidana menurut Pidana Adat yang menyandarkan pada perasaan keadilan/hukum rakyat sesuai dengan pandangan Jerome Hall bahwa "*the quality of the criminal law is the major issues of our times and permeates all the social disciplines* (Salman Luthan, 1999: 4). Teori ini menunjukkan bahwa sumber utama kriminalisasi delik dalam Hukum Pidana Adat adalah moralitas dan atau perasaan keadilan hukum masyarakat. Kuatnya hubungan hukum dengan masyarakat menunjukkan bahwa hukum Pidana Adat tidak dapat dilepaskan dari perasaan keadilan masyarakat sehingga teori ini relevan menjadi *middle range theory* untuk melengkapi teori pertanggung jawaban pidana yang diajukan oleh Simons.

C. Teori Sanksi Pidana

Setiap putusan hakim yang menetapkan pelaku delik didasarkan pada pertanggungjawaban pidana dengan menjatuhkan sanksi atau hukuman. Pelaksanaan suatu teori yang sangat relevan dalam kaitannya untuk menjawab salah satu rumusan masalah adalah penelusuran tentang persamaan dan perbedaan sanksi delik kesusilaan Pidana Adat di

Indonesia. Untuk menemukan teori sanksi mana yang digunakan dalam menentukan apakah sanksi delik kesusilaan itu telah tercapai atau tidak tercapai pada penerapannya ditentukan landasan teori atau doktrin yang digunakan aparat penegak hukum. Oleh karena itu, untuk mengetahui arah dan tujuan pemberian sanksi delik kesusilaan menurut Hukum Pidana Adat diperlukan landasan teori sanksi dan doktrin sanksi pidana yang digunakan.

Dalam penelitian ini sangat penting ditelusuri teori sanksi oleh karena dalam beberapa teori tujuan pembedaan mempunyai tujuan yang berbeda-beda. Adapun perbedaan dan persamaan dimaksud ditentukan oleh kriminalisasi delik yang didasarkan pada politik kriminal suatu daerah sesuai dengan sistem hukumnya. Diasumsikan bahwa adanya perbedaan dan persamaan jenis sanksi delik kesusilaan di beberapa daerah di Indonesia itu disebabkan karena kriminalisasi dan politik kriminal masing-masing daerah berbeda-beda. Oleh sebab itu, dalam hasil penelitian ini perlu penelusuran tentang teori tujuan pembedaan sebagai acuan teori untuk menemukan persamaan dan perbedaan sanksi delik kesusilaan Hukum Pidana Adat di Indonesia dan cara penyelesaian masing-masing delik adat kesusilaan masing-masing etnis. Untuk itu diperlukan penelusuran dengan mengidentifikasi pengertian sanksi Pidana Adat di beberapa daerah di Indonesia.

Sanksi dalam hukum pidana merupakan salah satu unsur yang selalu ada dalam setiap aturan hukum pidana. Hal ini dapat diketahui dari

pandangan Leo Pospisil (Achmad Ali, 2002:52) bahwa setiap hukum mempunyai unsur-unsur yaitu, pertama, hukum memiliki ***attribute of authority*** yaitu hukum merupakan keputusan penguasa dalam masyarakat. Kedua, ***attribute of obligations*** yaitu hukum harus memuat kewajiban-kewajiban pihak pertama kepada pihak kedua atau sebaliknya. Ketiga, hukum merupakan ***attribute of intentions of universal applications*** yaitu setiap hukum memiliki daya jangkauan yang panjang untuk masa mendatang. Keempat, hukum memiliki ***attribute of sanction*** yaitu setiap hukum harus dikuatkan oleh sanksi berdasarkan kekuasaan dalam masyarakat. Dalam hal tujuan pemidanaan, yaitu pembalasan sesuai teori absolut dan teori retributif dan teori perbaikan (Sholehuddin, 2003:34-35), maka melalui sanksi (hukuman) aturan hukum menjadi berarti dalam kehidupan umat manusia karena adanya tujuan pemidanaan berupa pembalasan dan perbaikan akibat pelaku melakukan kejahatan baik sengaja maupun karena kelalaiannya.

1. Delik Kesusilaan Pidana Adat

Konsep kesusilaan atau kejahatan/pelanggaran kesusilaan hukum adat pidana menganut konsep perbuatan dan perkataan sebagaimana juga dianut dalam KUHP. KUHP sebagai hukum pidana positif mengertikan delik kesusilaan sebagai setiap perbuatan atau perkataan yang menimbulkan rasa tidak nyaman bagi seseorang atau menyinggung perasaan orang banyak (Soesilo, 1980:23). Pengertian ini menunjukkan ada perbuatan kejahatan kesusilaan dilakukan melalui perbuatan dan ada

delik kesuilaan yang diwujudkan melalui perkataan yang menyinggung individu atau perasaan umum. Adapun hukum pidana adat sebagai bagian dari hukum pidana positif menganut pandangan yang sama. Hal ini dapat dipahami demikian karena hukum pidana adat memiliki sifat kosmis-religius yang menjadikan semua perbuatan dan atau perkataan yang melanggar kesopanan/kesusilaan umum termasuk kejahatan atau pelanggaran. Pemahaman demikian diperoleh dari konsep delik kesusilaan di beberapa daerah, salah satu diantaranya delik kesusilaan pidana adat di Sulawesi Selatan, seperti, Suku Bugis yang menempatkan perbuatan *kagauk-gauk* atau di Suku Makassar sebagai *pitigaugauki* (Makassar) dapat dijatuhi ancaman pidana adat kepada para pelakunya. Menurut Andi Zainal Abidin Farid dan Rahmat Baro (1997:22) bahwa "delik tersebut memiliki pengertian yang luas yaitu mencakup semua delik kesusilaan. Atau dengan kata lain bahwa delik kesusilaan dalam hukum pidana adat meliputi perbuatan dan perkataan yang dapat menimbulkan keguncangan dalam masyarakat.

2. Tujuan Pidanaan

Dalam hukum pidana dikenal teori tentang tujuan pidana. Teori ini menjelaskan bahwa suatu pidana diterapkan kepada setiap pelaku delik mempunyai tujuan tertentu. Oleh karena itu, dalam subbab ini akan dikemukakan beberapa ulasan tentang peran sanksi dalam hukum pidana menurut beberapa ahli berdasarkan tujuannya. Dalam kaitan itu, *applied theory* yang relevan digunakan dalam penelitian ini adalah teori

tujuan pidana untuk mengoperasionalkan *grand theory* dan *middle range theory*.

Teori tujuan pidanaan yang digunakan sebagai *applied theory* adalah teori-teori tujuan pidanaan yang dikemukakan beberapa ahli. Teori-teori dimaksud sudah diklasifikasikan oleh para ahli menjadi tiga golongan yaitu, teori absolut, teori relatif dan teori campuran (Rusli Effendy dan Poppy Andi Lolo, 1989:103).

Menurut penganut paham tujuan pidanaan kelompok absolut bahwa tujuan pidanaan haruslah merupakan pembalasan yang tidak boleh lebih dan tidak boleh kurang dari apa yang telah dilakukan (Leo Polak) sedangkan menurut penganut teori relatif bahwa tujuan pidanaan bukanlah pembalasan semata-mata tetapi disesuaikan dengan tujuan negara yaitu kesejahteraan serta memperbaiki dan menakutkan (Thomas Aquino). Adapun penganut teori campuran menyatakan bahwa Tujuan pidanaan diberikan baik sebagai karena orang membuat kejahatan maupun supaya orang tidak melakukan kejahatan (Van Apeldoorn, W.A. Bongger dan Simons).

Bagi mereka yang menyatakan tujuan pidanaan untuk membalas tindakan pelaku didasarkan pada filosofi bahwa setiap perbuatan jahat harus dibalas setimpal sesuai dengan perbuatannya (determinisme). Filosofi ini didasarkan pada pandangan pemikiran klasik yang menghendaki adanya determinisme terhadap kebebasan manusia yang menekankan pada perbuatan bukan pada pelakunya (Teguh

Presetyo, 2010:72). Paham pidanaaan ini mempengaruhi tujuan pidanaaan yaitu memberikan pembalasan bagi kepada setiap pelakunya (retributif atau represif). Selanjutnya muncul pandangan modern yang dipelopori oleh Lombroso dan Lacassange dan Ferry bahwa pandangan modern dalam hal pidanaaan merupakan perkembangan baru dalam tujuan pidanaaan yang mulanya berorientasi pada tujuan pembalasan (retributif) ke tujuan pidanaaan untuk maksud untuk menguragi kejahatan dalam masyarakat. Dalam perkembangannya, tujuan pidanaaan bergeser dan berporos pada tiga tujuan utama yaitu, preventif, *deterrence* dan reformatif. Tujuan pidanaaan menurut faham modern ini dianut oleh beberapa ahli hukum pidana antara lain, Leonard Orland, Karl O. Christiansen (Teguh Presetyo (2010:70). Dalam konsep tujuan pidanaaan faham modern, setiap pidanaaan harus memenuhi tiga unsur utama sebagaimana dikemukakan oleh Ted Hoderich dalam Teguh Presetyo (2010:70-71) yaitu:

- “ **Pertama**, pidanaaan harus mengandung semacam kehilangan (*derivation*) atau kesengsaraan (*distress*). Yang biasanya secara wajar dirumuskan sebagai sasaran dari tindakan pidanaaan. Biasanya unsur ini ada dasarnya merupakan kerugian atau kejahatan yang diderita oleh subjek yang menjadi korban sebagai akibat dari tindakan sadar subjek lain. Secara aktual, tindakan subjek lain itu dianggap salah bukan saja karena mengakibatkan penderitaan kepada orang lain, tetapi juga melawan hukum secara tidak sah. **Kedua**, setiap pidanaaan harus dari dari institusi yang berwenang secara hukum pula. Jadi, pidanaaan tidak merupakan konsekuensi alamiah suatu tindakan, melainkan hasil keputusan secara personal suatu lembaga yang berkuasa. Karena pidanaaan bukan merupakan tindakan balas dendam dari korban terhadap pelanggar hukum yang mengabaikan penderitaan. **Ketiga**, penguasa yang

berwenang berkuasa untuk menjalankan pemidanaan terhadap subjek yang telah terbukti secara sengaja melanggar hukum atau peraturan yang berlaku dalam masyarakatnya. Unsur ketiga ini mengandung pertanyaan tentang “hukum kolektif”, misalnya embargo ekonomi yang dirasakan juga oleh orang-orang yang tidak bersalah. Meskipun demikian secara umum pemidanaan dapat dirumuskan terbuka sebagai denda (*penalty*), yang diberikan oleh instansi yang berwenang kepada pelanggar hukum atau peraturan”.

Berdasarkan beberapa uraian tersebut dapat dipahami bahwa konsep tujuan pemidanaan atau sanksi dalam hukum pidana merupakan sesuatu yang absolut yang diberikan kepada setiap pelanggar hukum yang bertujuan untuk, selain bersifat refresif juga preventif untuk menciptakan ketertiban dan mendukung tercapainya kesejahteraan masyarakat banyak (*social welfare*).

3. Sanksi Hukum Pidana Adat

Hukum Pidana Adat dalam kaidah-kaidah hukumnya juga memuat sanksi sebagai salah satu unsur kaidah hukum. Pemuatan sanksi dalam Hukum Pidana Adat menjadi bukti bahwa sistem hukum ini termasuk juga kategori sebagai kaidah hukum modern (teori Leo Posposil) sebagaimana sistem hukum pidana lain di dunia. Tujuan penerapan sanksi bagi pelaku delik adat adalah mengembalikan keseimbangan yang terganggu sebagai akibat dari pelanggaran adat (I Made Widyana, 1993:19). Pengembalian keseimbangan sosial dalam masyarakat menjadi tujuan utamanya.

Konsep ini merupakan konsep pemulihan keguncangan sosial yang pada dewasa ini mendapat perhatian dari masyarakat pada umumnya. Orientasi penerapan sanksi pidana melalui putusan pengadilan pada umumnya bersifat individualistik dan terkesan perorangan (hanya bagi

korban dan pelaku delik). Padahal, untuk kasus-kasus tertentu, termasuk pelaku delik kesusilaan bukan akibatnya yang berkaitan dengan pemikiran akan tetapi menyangkut kepentingan orang banyak sehingga penyelesaiannya juga harus menyentuh orang banyak. Itulah sebabnya sehingga dalam Pidana Adat tata cara penjatuhan sanksi pidana bagi pelaku delik kesusilaan dapat berupa sanksi individu dan kolektif.

Sanksi individu diterapkan pada kasus-kasus tertentu, seperti, pencurian, pembunuhan, akan tetapi kasus-kasus kesusilaan, seperti, perkosaan, kerusakan hutan tata cara penerapan sanksinya pada umumnya. Selain sanksi individu juga sanksi kolektif (melibatkan pihak keluarga) sebagai bagian dari tujuan pembedaan.

3. Wujud Sanksi Pidana Adat

Sanksi dalam Hukum Pidana Adat ada jenis dan wujudnya. Wujud atau sanksi Pidana Adat dilakukan atau disesuaikan dengan tujuannya yaitu, pertama, sanksi selalu disertai dengan suatu kejadian atau perbuatan yang harus dipertanggungjawabkan oleh pelaku atau keluarganya. Kedua, pelaksanaan sanksi adat biasanya disertai dengan upacara adat. Ketiga, penerapan sanksi bukan saja untuk penderitaan si pelaku, atau korban atau keluarganya, akan tetapi juga untuk keseimbangan kosmis. Keempat, sanksi adat muncul dan lenyap sesuai dengan perkembangan masyarakat. Kelima, penerapan sanksi adat yang diterapkan di luar pengadilan (*dadosan* atau denda). Keenam, terdapat variasi sanksi dalam delik adat baik yang terkait dengan delik kesusilaan, merugikan individu dan ketertiban umum. Selanjutnya, Hukum Pidana

Adat membagi sanksi menjadi dua kelompok yaitu (1) sanksi delik adat yang telah ditinggalkan sama sekali oleh masyarakat (2) sanksi delik adat yang masih berlaku sepenuhnya (I Made Widyana, 1993:20-21). Sanksi delik adat yang ditinggalkan warganya tidak lagi memiliki itas atau etika sebagaimana yang diharapkan atau dituntut oleh masyarakat. Sanksi-sanksi yang telah tidak memiliki validitas normatif tidak lagi mengikat warga masyarakat sedangkan sanksi delik adat yang masih dituntut masyarakat mengikat semua warga masyarakat dan harus dilaksanakan atau diterapkan oleh petugas adat kepada semua pelaku delik adat.

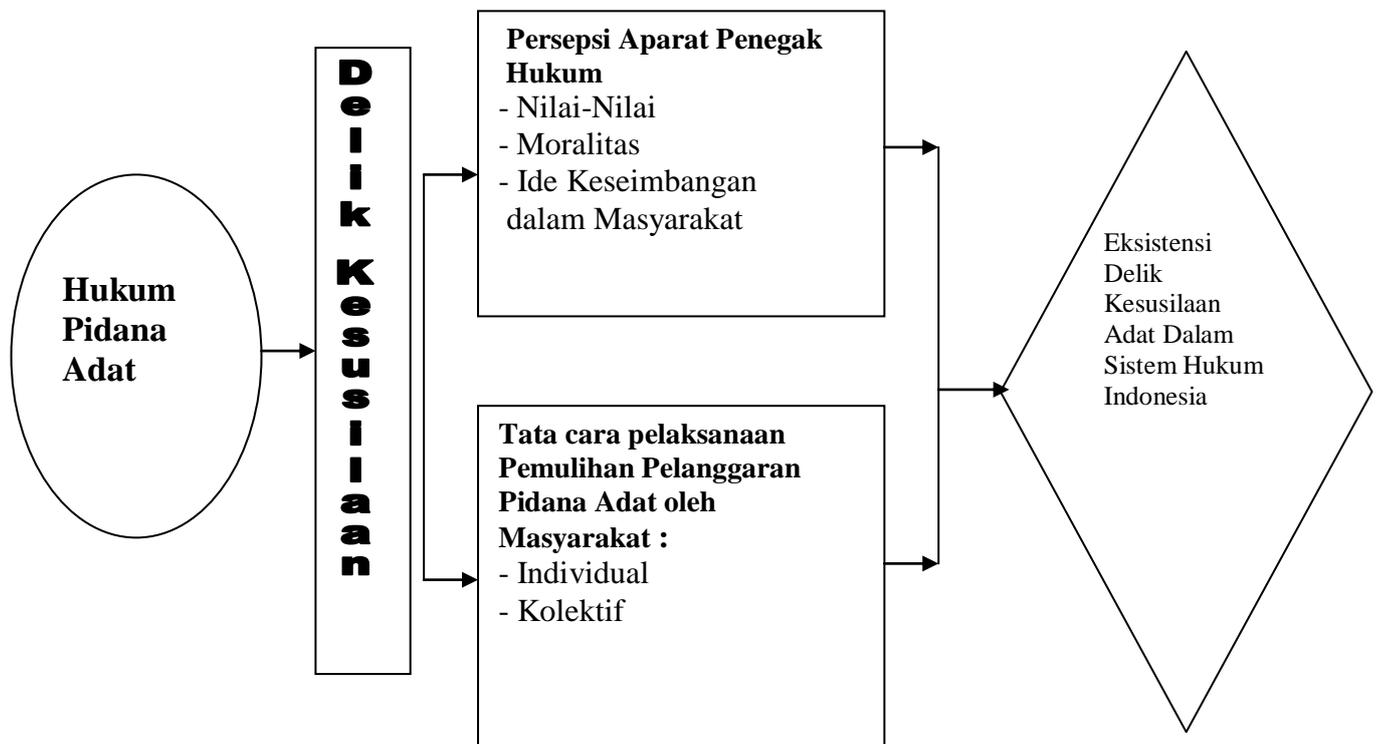
Dalam hukum pidana adat terdapat beberapa contoh wujud sanksi yang dikenal oleh warga masyarakat adat pada beberapa daerah, antara lain, bagi pelaku delik *mappangaddi* (Bugis) *kagaukgauk* (Makassar), *Silariang* (Makassar), *Sionrong* (Bugis), *Salimara* (Makassar), *sapak*” *ritana* (Bugis), *Salimara* (Makassar) dan *Mallariang* (Bugis) atau *Nilariang* (Makassar) wujud sanksinya berupa pengusiran ke luar kampung, *rilabu* atau pidana mati atau juga disebut “*ripaoppangi tanah*” (Andi Zainal Abidin Farid dan Rahmat Baro, 1997:35). Beberapa jenis delik kesusilaan dan wujud sanksinya tersebut yang semuanya bertujuan untuk mengembalikan keseimbangan sosial, dan guncang dimaksud sebagai akibat perbuatan para pelaku delik. Pengembalian keseimbangan sosial tersebut dapat saja berupa pidana mati atau diusir ke luar kampung. Tata cara penerapan sanksi pidana delik kesusilaan adat tersebut dalam konteks masyarakat adat Bugis-Makassar sampai sekarang masih dianut dan diberlakukan serta masih tumbuh dalam kesadaran hukum masyarakat Bugis-Makassar sebagai bagian dari kultur hukumnya.

D. Kerangka Pikir

Dalam menganalisis eksistensi delik kesusilaan menurut hukum pidana adat dalam perspektif perbandingan terhadap sistem hukum Pidana Adat, diajukan dua variabel konseptual yaitu, sejauhmana persepsi aparat penegak hukum delik kesusilaan sebagai kejahatan. Persepsi aparat dimaksudkan untuk mengetahui bagaimana pandangannya terhadap nilai-nilai dan moralitas masyarakat dan ide keseimbangan dalam pemulihan kejahatan. Nilai dan moralitas masyarakat menjadi landasan kriminalisasi perbuatan mana saja yang dipandang oleh masyarakat sebagai delik kesusilaan dan mana yang bukan delik kesusilaan. Indikator yang menjadi dasar analisis yaitu : (1) nilai-nilai, moralitas dan kebiasaan masyarakat setempat (2) ide-ide keseimbangan terhadap tindakan-tindakan yang dianggap oleh masyarakat dapat mengguncangkan keseimbangan sosial dalam masyarakat.

Variabel konseptual kedua adalah tata cara pelaksanaan hukum pidana adat oleh masyarakat dalam memulihkan ketidakseimbangan yang terjadi dalam masyarakat. Tata cara ini berkaitan dengan cara pertanggungjawaban pidana yang dilakukan untuk menuntut atau menggugat pelaku delik kesusilaan sesuai dengan hukum adat menjadi dasar pelaksanaan hukum pidana adat setempat. Cara pemulihan tersebut menjadi bagian dari pertanggungjawaban pidana bagi pelaku untuk pemulihan hukum atas keguncangan sosial yang dilakukan oleh pelaku delik. Indikator yang diajukan yaitu : (1) tata cara pertanggungjawaban individual dan (2) tata cara pertanggungjawaban

kolektif masyarakat setempat. Adapun bagan kerangka pemikiran penelitian (*conceptual frame work*) sebagai berikut :



Gambar 1
Bagan Kerangka Pikir Penelitian

E. Definisi Operasional Konseptual

Berdasarkan rumusan masalah, tujuan penelitian dan tinjauan pustaka maka beberapa konsep penelitian yang terdapat dalam kerangka konseptual didefinisikan untuk memudahkan pengambilan data dan analisis dalam penelitian sebagai berikut :

1. Delik kesusilaan pidana adat adalah semua delik kesusilaan yang diwujudkan pelaku delik baik dalam perbuatan maupun perkataan yang masih berlaku dan diakui oleh warga masyarakat.
2. Persepsi aparat penegak hukum adalah pandangan aparat kejaksaan dan hakim terhadap nilai-nilai, moralitas dan ide keseimbangan dalam delik kesusilaan adat yang masih berlaku dan diakui oleh masyarakat serta dapat mempengaruhi penerapan hukum pidana positif di Indonesia.
3. Dasar kriminalisasi kejahatan adalah landasan atau patokan yang digunakan petugas adat menentukan suatu perbuatan dikategorikan sebagai pelanggaran delik kesusilaan adat menurut Hukum Adat Pidana di beberapa daerah di Indonesia.
4. Kriminalisasi delik yang dimaksud dalam penelitian ini adalah jenis penetapan perbuatan-perbuatan mana yang disebut delik kesusilaan adat sesuai dengan pandangan dan nilai-nilai masyarakat Adat pada umumnya.
5. Pertanggungjawaban pidana yang dimaksud dalam penelitian ini konsep pertanggungjawaban pidana delik kesusilaan adat yang dianut dalam hukum Pidana Adat baik yang sifatnya individual dan kolektif.
6. Sanksi adalah pemberian rasa tidak enak kepada pembuat delik kesusilaan adat sebagai koreksi atas perbuatannya, baik dari segi jenis pidana dan wujudnya sebagaimana yang dianut dalam masyarakat adat.

7. Tata cara masyarakat mempertahankan delik kesusilaan pidana adat yaitu cara yang ditempuh oleh masyarakat setempat melalui petugas hukum untuk menuntut dan menggugat pelaku delik kesusilaan pidana adat sebagai wujud pertanggungjawaban pidana baik secara individu dan kolektif sebagai sarana untuk memulihkan kembali keguncangan yang terjadi dalam masyarakat setempat.
8. Eksistensi hukum pidana adat Indonesia adalah berlakunya norma-norma hukum yang mengatur delik kesusilaan adat secara terus-menerus dalam masyarakat sebagai bagian dari sistem hukum pidana nasional yang bertujuan untuk mendukung tujuan hukum pidana nasional dan sekaligus menjadi salah satu instrumen hukum nasional yang dapat mendorong tercapainya tujuan hukum pidana nasional yaitu mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*).
9. Yurisprudensi adalah semua putusan hakim pengadilan baik di tingkat pengadilan negeri, pengadilan tinggi dan mahkamah agung yang berkaitan dengan penerapan hukum positif berdasarkan norma hukum adat pidana kesusilaan di Indonesia.
10. Konsekuensi adalah pembatalan atau pernyataan tidak dapat diterima dakwaan atau putusan hakim pengadilan *yudex-facti* terhadap kasus-kasus delik kesusilaan adat pidana yang dijadikan dasar dakwaan dan pertimbangan hakim di beberapa daerah di Indonesia oleh hakim mahkamah agung (*yudex-jurist*).