

BAB II

KOHERENSITAS PENGAKUAN HUKUM ADAT DALAM UNDANG-UNDANG NOMOR 1 TAHUN 2023 DENGAN ASAS LEGALITAS

2.1. Asas Legalitas

Asas legalitas yang ada dalam hukum pidana telah termuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia menyatakan bahwa “Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada”. Maka dalam pembahasan pada bab ini, akan membahas asas legalitas berdasarkan sisi historis disertai dinamika asas legalitas, dan akan membahas penerapan asas legalitas disertai dengan pengecualiannya.

2.1.1 Sejarah dan Dinamika Asas Legalitas

Awal tercetusnya asas legalitas diawali dari *Habeas Corpus Act* yang perumusannya dilakukan di Inggris pada tahun 1679. *Habeas Corpus Act* adalah aturan hukum yang mengatur tentang “*for the better securing the liberty of the subject, and for prevention of imprisonment beyond the seas*”. Pada hakikatnya, *Habeas Corpus Act* mengatur tentang dilindunginya kebebasan masyarakat negara Inggris serta pelaksanaan perlindungan pada peradilan pidana yang sewenang-wenang. *Habeas Corpus Act* secara tegas melakukan pembatasan raja

dan Hakim yang diatur dalam hukum pidana dan di kodifikasikan dalam bentuk Undang-undang.²⁴

Sebelum *Habeas Corpus Act*, sebetulnya asas legalitas telah termuat lebih dulu dalam Magna Charta (1215) dan rancangan Undang-undang *Bill of Rights* (1628), yang dalam proses pelaksanaannya diatur sebagai Undang-undang dalam *Habeas Corpus Act*. Peningkatan dari rancangan Undang-undang *Bill of Rights* menjadi *Habeas Corpus Act* memberikan kepastian bahwa urgensi pengaturan dijaminnya dan perlindungan hak-hak warga negara dan harusnya ada batasan mengenai kekuasaan penguasa.²⁵

Permulaannya, asas legalitas termaktub dalam bentuk konstitusi atau berbentuk Undang-undang adalah dalam konstitusi Amerika 1776 dan setelah itu dalam Pasal 8 *Declaration de droits de l'homme et ducitoyen* 1789: *nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee*. Yang kemudian asas tersebut dimasukkan ke dalam Pasal 4 *Code Penal* Perancis yang dibuat oleh Napoleon Bonaparte. Dari *Code Penal* Perancis inilah, asas legalitas selanjutnya dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* di Negeri Belanda yang dengan lugas memberikan pernyataan, "*Geen feit is strafbaar dan uit kraft van eenedaaraan voorafgegane wetelijke straf*".

²⁴ Deni Setyo Bagus Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas: Hukum Pidana; Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*, Setara Press, Malang, 2014, hlm. 26.

²⁵ *Ibid*

Selanjutnya asas legalitas termaktub dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia.²⁶

Di Inggris, asas legalitas juga telah dicetuskan oleh seorang filsuf yaitu Francis Bacon dalam adagium *moneat lex, piusquam feriat*. Artinya Hukum harus memberikan peringatan lebih awal mengenai terwujudnya ancaman yang dikandungnya. Dalam perkembangan selanjutnya di tingkat nasional, asas legalitas ini bukan saja dituangkan dalam hukum pidana di setiap negara, tetapi asas legalitas juga dituangkan dalam konstitusi masing-masing negara.²⁷

Asas Legalitas di Jerman dicetuskan oleh Paul Johan Anslem von Feuerbach (1775-1833), seorang sarjana hukum pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuchdes penlichen recht*. Menurut Bambang Poernomo, apa yang dirumuskan oleh Feuerbach mengandung arti yang sangat dalam, yang jika dengan bahasa latin berbunyi: *nulla poena sine lege* (tidak ada sanksi pidana tanpa adanya Undang-undang); *nulla poena sine crimine* (tidak ada sanksi tanpa perbuatan pidana); *nullum crimen sine poena legali* (tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut Undang-undang).²⁸

Artinya, untuk menentukan perbuatan apa yang dilarang oleh hukum pidana, hukum pidana tidak hanya harus menyatakan dengan jelas

²⁶ Eddy O.S. Hiarej, *Asas Legalitas dan Perkembangannya Dalam Hukum Pidana, Makalah Pelatihan Hukum Pidana Dan Kriminologi*, UGM, Yogyakarta, 2014, hlm., 12.

²⁷ *Ibid*

²⁸ Bambang Poernomo, *Manfaat Telaah Ilmu Hukum Pidana Dalam Membangun Model Penegakan Hukum Di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, 5 Juli 1989, hlm. 8

perbuatan apa yang dilarang, tetapi juga harus menyatakan hukuman apa yang akan dijatuhkan. Tujuannya adalah untuk memungkinkan orang yang mempertimbangkan untuk melakukan kejahatan mengetahui terlebih dahulu jenis kejahatan apa yang akan mereka hadapi. Hal ini menimbulkan rasa takut dalam benak orang untuk melakukan sesuatu yang dilarang.²⁹ Oleh Van Der Donk memberikan pernyataan bahwa yang dimaksud dari ajaran Feuerbach ini adalah pembatasan hasrat manusia untuk melaksanakan perbuatan jahat.³⁰

Penerapan asas legalitas bervariasi dari satu negara ke negara lain dan juga bergantung pada apakah sistem politik suatu negara bersifat demokratis atau otokratis. Perbedaannya juga tergantung pada keluarga hukum di mana seseorang berasal. Sistem Eropa Kontinental cenderung menerapkan asas legalitas lebih ketat daripada negara hukum umum, karena asas ini berfungsi sebagai sarana membatasi kekuasaan negara.

Pada negara-negara dengan sistem *Common Law* asas legalitas tidak terlalu menonjol, karena dalam prinsipnya *rule of law* telah tercapai dengan berkembangnya konsep *due process of law* yang ditunjang dengan hukum acara yang baik. Pada dasarnya, ini analogi tidak diizinkan namun, menjadi basis diperbaharainya *Common Law*. Amerika Serikat cenderung ketat dalam melaksanakan pembatasan analogi dan memberlakukan asas retroaktif yang ada dalam hukum acara, khususnya

²⁹ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hlm. 24

³⁰ E. Utrecht, *Hukum Pidana I*, Penerbitan Universitas, Bandung, 1960, hlm. 195

dalam hukum pembuktian.³¹ Dalam proses berkembangnya hukum modern di Amerika Serikat saat ini, belum sepenuhnya menganut sistem hukum *Common Law*, dikarenakan saat ini Amerika sudah memiliki USSG. Namun, sayangnya USSG di Amerika Serikat saat ini tidak menjadi keharusan untuk diterapkan.³²

Di antara asas-asas dasar hukum pidana, salah satu yang sering dipertimbangkan adalah asas legalitas. Hal ini karena asas legalitas secara historis berlandaskan pada keadilan individual. Asas legalitas (formal) ini menjamin bahwa keadilan individual dilindungi oleh hukum pidana dari kesewenang-wenangan penguasa. Ketika berhadapan dengan hukum adat, seperti di Indonesia, asas legalitas (formal) diuji karena prasangkanya terhadap dua ujung keadilan, yaitu masyarakat dan individu. Kemudian muncullah apa yang disebut asas hukum yaitu legalitas materiil.³³

Dalam hukum pidana, keabsahan temporal hukum pidana didasarkan pada beberapa asas, yaitu asas legalitas dan asas perbuatan *lex temporis delicti*, yang masing-masing mempunyai akibat logis dalam peraturan terkait. Konsekuensi dari asas legalitas adalah adanya perbuatan hukum yang tidak tunduk pada hukum pidana. Dengan

³¹ Muladi, *Demokrasi, Hak Asasi Manusi, Dan Reformasi Di Indonesia*, Habibie Center, Jakarta, 2002, hlm. 74

³² Charles R. Breyer., dkk, "United States Sentencing Commission Guidelines Manual 202", United States Sentencing Commission, Washington, DC, November 2021, [Online], (<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>)

³³ Ahmad Bahiej, "Asas Legalitas Materiil: Mewujudkan Keseimbangan Keadilan Individu dan Masyarakat", *Jurnal Asy-Syir'ah*, Vol. 43, Edisi Khusus, 2009, hlm. 129

tidak dimasukkannya perbuatan tersebut dalam hukum pidana, maka perbuatan tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan asas legalitas.³⁴

2.1.2 Penerapan Asas Legalitas dan Pengecualiannya

Sanksi pidana dan kejahatan berkaitan erat dengan hukum pidana. Hukum pidana terdiri dari norma-norma yang mencakup sanksi seperti perintah, larangan, dan hukuman. W.F.C. Van Hattum berpendapat bahwa hukum pidana positif merupakan keseluruhan asas dan aturan yang dianut oleh negara atau masyarakat hukum umum, yang bertindak sebagai penjaga ketertiban umum, melarang perbuatan melawan hukum, dan menghukum pelanggaran terhadap aturan tersebut. Penderitaan dalam bentuk sanksi atau hukuman yang nyata.

Perbedaannya adalah larangan ditujukan pada perbuatan/perilaku, sedangkan ancaman pidana ditujukan pada pelaku yang menyebabkan kejadian tersebut. Asas legalitas bersumber dari penjelasan hukum positif di atas. Asas legalitas ini berlaku di berbagai negara yang memiliki hukum pidana terkodifikasi, termasuk di benua Eropa. Indonesia menganut asas keseragaman dan menjadikan asas legalitas sebagai salah satu asas umum hukum pidana. “Menurut Muladi mengatakan bahwa asas legalitas bertujuan untuk:

1. Mempertegas adanya kepastian hukum;
2. Mewujudkan keadilan dan dijunjungnya kejujuran untuk terdakwa;

³⁴ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1990, hlm.79-88

3. Memberikan kejelasan terhadap fungsi tangkal (*deterrence function*) dari sanksi pidana;
4. Menangkal penyalahgunaan kekuasaan; dan
5. Memastikan pelaksanaan *rule of law*".³⁵

Asas legalitas tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang dalam bahasa latinnya dirumuskan "*Nullum delictum nulla poena sine praevia legi poenali*" yang jika diartikan secara harfiah ialah "Tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya". pengartian yang lain dapat diartikan sebagai berikut "*Nullum crimen sine lege stricta*" dengan arti harfiah "Tidak ada delik tanpa ketentuan yang tegas". Sedangkan dalam bahasa Belanda "*geen delict, geen straf zonder een voorgaande strafbepaling*" untuk rumusan yang pertama dan "*geen delict zonder een precieze wettelijk*".

Dan jika kita menerapkan sistem dua arah dalam hukum pidana modern, maka dimungkinkan untuk merumuskan sanksi pidana terhadap kejahatan yang belum lama terjadi perampasan kemerdekaan, dengan sanksi pidana berupa penodaan agama dan model ancaman alternatif, *custodial*, atau pidana memaksa menghilangkan kemerdekaan badan, serta alternatif lain dirumuskan bersama sanksi pidana yang bersifat *non custodial* seperti adanya denda.³⁶

³⁵ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Beberapa Pemikiran Ke Arah Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2008

³⁶ Jan Rummelink, *Hukum Pidana – Komentar atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, Terjemahan Tristram Pascal Moeliono, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2014, hlm. 485

Asas legalitas mengandung tiga makna atau pengertian, yaitu sebagai berikut:

1. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan Undang-undang.

Dalam tradisi hukum perdata, aspek pertama adalah bahwa hukuman pidana harus didasarkan pada hukum (hukum yang dikodifikasi). Hukum harus menentukan tindakan mana yang dianggap pelanggaran pidana. Apabila tidak ada undang-undang yang mengatur perbuatan yang dilarang, maka perbuatan tersebut tidak dapat dikatakan pidana.³⁷

Adanya syarat tersebut sering juga dikaitkan dengan asas *lex certa* atau *bestimmtheitsgebot*. Oleh karena itu, pembuat undang-undang perlu merancang sanksi secermat mungkin. Menyusun ketentuan pidana yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan menimbulkan ambiguitas dalam hukum dan membuat penuntutan (pidana) menjadi lebih sulit. Karena masyarakat selalu dapat membela diri dengan argumen bahwa ketentuan tersebut dimaksudkan sebagai pedoman perilaku.³⁸

Fungsi instrumental ini terkait dengan teori *Von Feuerbach* yaitu *psychologische dwang* (teori tekanan psikologis) “Teori ini

³⁷Jan Remmelink, *Hukum Pidana – Komentar Atas pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, hlm. 357

³⁸*Ibid*, hlm. 358

membenarkan penerapan sanksi pidana dengan alasan bahwa semua orang diberi peringatan sebelumnya tentang larangan untuk mematuhi, dan bahwa ancaman kehilangan efektivitasnya jika hukuman tidak dijatuhkan”.³⁹ Dengan demikian makna ini mewujudkan kepastian hukum, setiap orang akan merasa aman dan dilindungi, serta orang tidak akan merasa ragu untuk melakukan sesuatu perbuatan.

2. Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias).

Dalam praktiknya, sering kali sangat sulit untuk menentukan apakah suatu kasus tertentu termasuk dalam ketentuan pidana. Oleh karena itu, hakim wajib menentukan secara tepat makna ketentuan pidana. Hakim harus menafsirkan dan menjelaskan klausul tersebut. Dalam hukum pidana, terdapat beberapa cara penafsiran yang biasa digunakan hakim untuk mencapai penyelesaian yang adil, antara lain penafsiran gramatikal, penafsiran hukum/historis, penafsiran sistematis, penafsiran teologis, dan penafsiran restriktif atau ekspansif.⁴⁰

Selain metode penafsiran tersebut, terdapat metode penafsiran analogi (kias) yang telah menimbulkan perdebatan di antara para yuris yang terbagi dalam dua kelompok yaitu yang menerima dan

³⁹*Ibid*, hlm. 605

⁴⁰ Lihat D. Schaffmeister dkk, *JE Sahetapy (Penerjemah), Hukum Pidana*, Yogyakarta, Liberty, 1995, hlm. 8 - 10

menentang penafsiran analogi.⁴¹ Penafsiran analogi Artinya, suatu perbuatan yang pada waktu dilakukan tidak merupakan tindak pidana, tunduk pada ketentuan hukum pidana yang berlaku bagi tindak pidana lain yang sejenis atau bentuknya dengan perbuatan itu, dan dua perbuatan itu dianggap pidana. serupa satu sama lain.⁴²

Menurut Moeljatno, Meskipun dapat dikatakan bahwa (tentu saja diperbolehkan) ekstensi dan analogi pada dasarnya sama, hanya sedikit berbeda, dari sudut pandang psikologis, ada perbedaan yang jelas antara keduanya bagi mereka yang menggunakannya. Ada perbedaan besar.⁴³

Perbedaannya yaitu, tafsiran ekstensif Masih sesuai dengan bunyi peraturan, dan semua kata-katanya masih diikuti, tetapi ada kata-kata yang tidak lagi diberi makna yang sama seperti pada saat undang-undang itu dibuat, dan ketika diterapkan, maka itu selalu disebut interpretasi dan, seperti metode interpretasi lainnya, selalu diperlukan ketika hukum diterapkan. Analogi, di sisi lain, tidak lagi mengikuti aturan yang ada, tetapi mengikuti esensinya. Oleh karena itu analogi memerlukan aturan sebagai dasar dan karena itu tidak konsisten dengan prinsip legalitas.⁴⁴

⁴¹Jan Rummelink dan Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm. 2008

⁴² Jan Rummelink, *op. cit.* hlm. 359

⁴³ Moeljatno, *op. cit.* hlm. 32

⁴⁴ *Ibid*

Selain Moeljatno, Jan Remmelink juga memberikan dukungan atas adanya larangan analogi, dengan alasan:

1. Larangan analogi mewujudkan kepastian hukum.
 2. Pengembangan hukum (perundang-undangan) tidak serta merta di diputuskan oleh Hakim.⁴⁵
 3. Kemungkinan Jika “terdakwa” dimohon melampaui batas bahasa, opini publik, media, dan kelompok lain (institusional dan non-institusional) dapat memberikan pengaruh buruk kepada hakim, sehingga menghasilkan keputusan yang kontroversial.
 4. Bahkan, Sejarah legislatifnya sempat kontroversial. Undang-Undang 1886 tidak dimaksudkan untuk mengizinkan penerapan metode penafsiran serupa. Akhir-akhir ini, berbagai keputusan Komisi Hak Asasi Manusia Eropa telah menekankan larangan penerapan norma atau ketentuan pidana yang ada dengan analogi terhadap tindakan yang sebenarnya tidak termasuk dalam ruang lingkup norma yang relevan.⁴⁶
3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut (*non-retroaktif*).

Menurut Jan Remmelink, agar dipenuhinya *jus puniendi* (hak negara untuk menegakkan ketentuan-ketentuan pidana), Yang

⁴⁵ Jan Remmelink, *op. cit*, hlm. 354

⁴⁶ Jan Remmelink, *op. cit*, hlm. 355

dibutuhkan bukanlah sekadar bahwa tindakan yang dilakukan merupakan pelanggaran pidana dan tidak ada alasan untuk pengecualian dari hukuman. Hukum pidana nasional juga harus mematuhi standar penerapan hukum pidana, yaitu penerapan hukum pidana sesuai dengan kapan dan di mana kejahatan terjadi. Jika suatu tindakan yang merupakan kejahatan dilakukan sebelum ketentuan yang relevan mulai berlaku, tindakan tersebut tidak akan dituntut, dan pelakunya tidak akan dapat dimintai pertanggungjawaban pidana.⁴⁷

Harus terdapat ketentuan yang lebih dulu menentukan bahwa tindakan yang dilakukan tersebut dapat dipidanakan. Dengan kata lain, tidak ada pidana tanpa adanya (landasan) perundang-undangan yang lebih dikenal dengan asas legalitas. Ilmu hukum pidana sering kali mengarah ketentuan ini sebagai *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali* (tiada delik, tiada pidana, tanpa didahului oleh ketentuan pidana dalam perundang-undangan).

Dalam hal ini, bukan Hakim yang memutuskan perilaku mana yang dapat dihukum, tetapi badan legislatif membuat undang-undang untuk memastikan bahwa keputusan pengadilan tidak sewenang-wenang. Pembuat undang-undang tidak hanya harus mengeluarkan norma, tetapi juga harus merumuskan norma sebelum tindakan yang dimaksud diajukan kepada pembuat undang-undang,

⁴⁷ *Ibid*

yang pada hakikatnya sesuai dengan kebutuhan kepastian hukum individu.⁴⁸

Secara historis, cikal bakal lahirnya prinsip *non-retroaktif* Sebagai bagian dari asas legalitas, asas ini bermula pada era ketika hukum pidana belum ditetapkan secara umum dan ditandai oleh Revolusi Prancis, ketika rakyat memberontak terhadap tindakan sewenang-wenang penguasa mereka dan menuntut keadilan. Itu terjadi. Ketika pertentangan terhadap kekuasaan absolut raja (absolutisme) mencapai puncaknya, pertama-tama perlu ditetapkan dengan undang-undang tindakan apa yang akan dihukum, sehingga rakyat dapat mengetahui terlebih dahulu dan menghindari melakukan tindakan ilegal. Sebuah ide mulai terbentuk. Bertindak. Jika mereka memilih untuk melakukan tindakan tersebut dan tunduk pada kehendak Raja, kebebasan mereka untuk melakukan kejahatan berarti mereka harus menerima sanksi pidana sebagai akibat dari tindakan mereka.

Sebaliknya, Pihak berwenang tidak dapat menghukum seseorang yang melakukan suatu tindakan ketika fakta-fakta kasusnya belum terungkap, apa yang sekarang dikenal sebagai penerapan hukum secara retroaktif. Pada tahap berikutnya, prinsip ini dikembangkan lebih lanjut dan diterapkan di koloni-koloni di beberapa negara sepanjang sejarah negara-negara adidaya. Keadaan

⁴⁸ *Ibid*

ini dihapuskan oleh para filsuf Barat untuk menciptakan cara berpikir baru dalam dunia hukum, administrasi dan hak asasi manusia.⁴⁹

Atas adanya rumusan tersebut dapat ditarik kesimpulan, jika suatu perbuatan pidana yang dilarang atau pengabaian sesuatu yang diharuskan dan diancam dengan sanksi pidana maka perbuatan atau pengabaian tersebut harus tercantum di dalam Undang-undang pidana. Ketentuan tersebut tidak diperkenankan untuk berlaku surut, kecuali yang tercantum di dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP 2023.

2.2. Pengakuan Hukum Pidana Adat di Indonesia

Pengakuan resmi terhadap hukum pidana adat dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana (selanjutnya disebut KUHP 2023) telah meningkatkan peran hukum pidana adat sebagai komponen yang tak dapat dipisahkan dalam hukum pidana nasional yakni dalam Pasal 2 ayat (2) KUHP 2023 di mana menggunakan frasa "hukum yang berlaku dalam masyarakat", guna memberikan penjelasan yang lebih komprehensif, maka dalam pembahasan ini akan dijelaskan definisi hukum pidana adat, dan eksistensi keberlakuan hukum adat di Indonesia.

2.2.1 Definisi Hukum Pidana Adat

Istilah hukum pidana adat adalah terjemahan dari istilah Belanda "*adat delicten recht*" atau "hukum pelanggaran adat". Istilah-istilah ini

⁴⁹ Bambang Poernomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Yogyakarta, 1982, hlm. 24

tidak dikenal di kalangan masyarakat adat, Masyarakat adat misalnya memakai kata-kata “salah” (Lampung), atau “sumbang” (Sumatera Selatan), untuk menyatakan perbuatan yang bertentangan dengan hukum adat. Misalnya suatu perbuatan dikatakan “sumbang kecil” apabila ia merupakan pelanggaran yang berakibat merugikan seseorang atau beberapa orang (sekeluarga, sekerabat), dan dikatakan “sumbang besar” apabila peristiwa atau perbuatan itu merupakan kejahatan yang berakibat merugikan dan mengganggu keseimbangan masyarakat seluruhnya.

Delik adat diartikan Segala perbuatan yang dilakukan oleh seseorang atau kelompok yang bersifat mengganggu, menyinggung perasaan, atau mengancam keharmonisan dan keseimbangan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, yang dapat menimbulkan reaksi dari masyarakat adat.⁵⁰

Menurut *Teer Haar*, Ia menganggap kejahatan sebagai tindakan yang menimbulkan kerugian materiil maupun immateriil terhadap individu atau masyarakat secara keseluruhan, atau yang merugikan suatu kelompok dan memicu reaksi normal yang harus memulihkan keseimbangan.⁵¹

Sedangkan menurut Soepomo, Kejahatan kebiasaan diartikan sebagai suatu tindakan atau peristiwa yang secara serius melemahkan kekuatan mental suatu masyarakat. Setiap tindakan atau peristiwa yang mencemari

⁵⁰ Widnyana, *Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana*, PT. Fikahati Aneska, Jakarta, 2013, hlm. 116

⁵¹ Ragawino dan Bawa. *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat Indonesia*. Fakultas Ilmu Sosial Dan Ilmu Politik Universitas Padjadjaran, Bandung, hlm. 16

suasana spiritual dan merusak kesucian masyarakat merupakan kejahatan terhadap masyarakat secara keseluruhan.⁵² Adapun mengenai sifat dari delik adat, oleh Hilman Hadikusuma diuraikan sebagai berikut:⁵³

1. Tradisional magis, yaitu Apabila larangan dalam sebuah daerah dilanggar, maka tidak saja keluarga, masyarakat juga akan mendapatkan gangguan keseimbangannya, serta akan mendapat kutukan oleh yang gaib.
2. Menyatukan atau menyeluruh, yaitu tidak melakukan pemisahan antara delik yang sifatnya pidana ataupun yang sifatnya perdata.
3. Tidak *praes-existente*, yaitu tidak sama dengan hukum pidana barat yang itu sudah dinyatakan dalam KUHP.
4. Tidak boleh di sama ratakan, yaitu dengan diperhatikannya antara koreksi dan reaksi atas delik yang telah terjadi. Jika delik dilaksanakan oleh penguasa yang memiliki wewenang, maka hukumannya akan lebih berat.
5. Bersifat lentur dan terbuka, yaitu selalu bersifat terbuka oleh adanya unsur-unsur yang baru, yang akan berubah. Adat tidak dapat melakukan penolakan perubahan sepanjang tidak bertentangan dengan kesadaran hukum dan keagamaan masyarakat.
6. Terjadinya delik adat, yaitu jika peraturan adat tersebut dilanggar, atau jika adanya korban yang mengalami kerugian oleh pihak lain.

⁵² Yulia, *Buku Ajar Hukum Adat*, Unimal Press, Lhoksumawe, 2016, hlm. 1

⁵³ Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 230.

7. Delik aduan, Segala perbuatan yang dilakukan oleh seseorang atau kelompok yang bersifat mengganggu, menyinggung perasaan, atau mengancam keharmonisan dan keseimbangan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, yang dapat menimbulkan reaksi dari masyarakat adat.
8. Koreksi dan reaksi, yaitu untuk dapat dipulihkannya kembali keseimbangan masyarakat yang telah terganggu.
9. Pertanggungjawaban kesalahan, dalam hal ini berkaitan dengan suatu delik adat yang mengakibatkan “akibat” dari perbuatan tersebut serta oleh siapa atau pihak yang mana yang diminta untuk bertanggung jawab.
10. Keberlakuan, yakni tidak berlaku secara nasional.

Selain itu, terdapat pula macam-macam delik adat, yaitu yang terdiri dari kesalahan mengganggu ketertiban dan keamanan, dapat diuraikan sebagai berikut :

- 1) Kesalahan mengganggu keamanan. Misalnya pembunuhan, penganiayaan, pencurian, menemukan barang, perampokan, kerusuhan.
- 2) Kesalahan mengganggu ketertiban. Misalnya kesalahan tata tertib masyarakat, tata tertib pemerintahan, kesopanan dan kesusilaan,

kesalahan dalam perjanjian, kesalahan menyangkut tanah serta tanaman dan hasil hutan, kesalahan menyangkut hewan ternak.⁵⁴

Jadi, sanksi normal melibatkan pemaksaan perilaku menyimpang dalam masyarakat normal agar sesuai dengan aturan normal masyarakat tersebut. Sanksi yang ditetapkan secara tradisional berfungsi sebagai sarana pengendalian sosial dan bertujuan untuk menjaga ketertiban dan keseimbangan sosial baik dalam ranah sekuler maupun spiritual. Apabila terjadi pelanggaran, maka si pelanggar harus melakukan upaya tertentu untuk memulihkan keseimbangan kosmik kekuatan supranatural yang dianggap telah terganggu.

Tujuannya adalah untuk menciptakan rasa damai di antara masyarakat. Hukuman harus adil terhadap terpidana, korban dan masyarakat sehingga tidak terjadi ketidakseimbangan dan konflik. Hukum pidana adat memuat berbagai contoh bentuk sanksi yang lazim bagi masyarakat adat di 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 *ripa oppangi* tanah.⁵⁵

⁵⁴ *Ibid*

⁵⁵ *Ibid*

2.2.2 Eksistensi Hukum Pidana Adat di Indonesia

Hukum adat pada umumnya adalah hukum yang tidak tertulis atau tidak tertulis, yaitu seperangkat norma yang timbul dari rasa keadilan masyarakat yang terus berkembang dan selalu harus ditaati karena mengandung akibat hukum dan sanksi dihormati dan dihormati. Dari keempat pengertian di atas dapat kita simpulkan bahwa hukum adat adalah seperangkat peraturan yang tidak tertulis dan tidak terkodifikasi yang diikuti dalam suatu masyarakat, karena jika tidak dipatuhi akan dikenakan sanksi tertentu. Dari pengertian hukum adat yang diuraikan di atas, jelas bahwa bentuk-bentuk hukum adat sebagian besar tidak terdokumentasi. Faktanya, ada satu prinsip yang berlaku bagi negara hukum. Itu adalah asas legalitas.⁵⁶

Asas legalitas menyatakan bahwa tidak ada hukum selain yang dituliskan di dalam hukum. Hal ini untuk menjamin kepastian hukum. Namun di suatu sisi bila Hakim tidak dapat menemukan hukumnya dalam hukum tertulis, seorang Hakim harus dapat menemukan hukumnya dalam aturan yang hidup dalam masyarakat. Dalam hukum demikian, Karena tidak ada bahasa yang universal, tiada pula hukum yang universal. Sebagaimana ungkapan Savigny bahwa “*law is an expression of the common consciousness or spirit of people.*” hukum

⁵⁶ Marco Manarisip, “Eksistensi Pidana Adat Dalam Hukum Nasional”, Lex Crimen, Vol. 1 No.4 2012, hlm. 25

tidak dibuat, tetapi ia tumbuh dan berkembang bersama masyarakat (*das rechts wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem volke*).⁵⁷

Pengakuan resmi terhadap hukum pidana adat dalam KUHP 2023 telah meningkatkan peran hukum pidana adat sebagai komponen yang tak dapat dipisahkan dalam hukum pidana nasional yakni dalam Pasal 2 ayat (2) KUHP 2023 di mana menggunakan frasa "hukum yang berlaku dalam masyarakat" sebagai pengecualian dari prinsip legalitas.

Jika dihubungkan dengan hal tersebut, Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa usaha melakukan pembaharuan hukum (pidana) dalam hal ini memberikan eksistensi terkait diakuinya Hukum Adat di KUHP 2023 pada dasarnya merupakan kegiatan yang berlanjut dan terus menerus (kontinu) tak kenal henti. Jerome Hall menyebutkan dengan istilah "*a permanent on going enterprise*". Khususnya di bidang pembaharuan hukum pidana, Jerome Hall menyatakan "*improvement of the criminal law should be a permanent on going enterprise and detailed records should be kept*". Sehingga dapat disimpulkan bahwa perbaikan, pembaharuan, dan pengembangan hukum pidana merupakan suatu proses yang tidak pernah berhenti dan harus terus dilakukan dan berbagai catatan/dokumen rinci mengenai hal itu seharusnya disimpan dan dipelihara.⁵⁸

⁵⁷ Darmodiharjo dan Sidharta, 2004, hlm. 124

⁵⁸ Barda Nawawi Arief, 2005, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Pengembangan Hukum Pidana (Edisi Revisi)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 135

Dalam hal ini KUHP 2023 mengalami perluasan makna asas legalitas dengan mengakomodasi hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum pidana adat) sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 2 sebagai unsur dalam delik dan dasar penuntutan. Perluasan asas legalitas formil menjadi asas legalitas materiil didorong oleh lima landasan utama, yaitu kajian komparatif, konsensus hasil seminar nasional, landasan teori, kebijakan legislatif nasional, dan kesepakatan dalam dokumen internasional. Perubahan ini akan berdampak pada substansi rumusan delik dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Tujuan utama dari perluasan ini adalah untuk mengimplementasikan prinsip keadilan dan kepastian hukum yang menjadi tuntutan masyarakat. Kepastian hukum merupakan salah satu patokan formil sementara itu keadilan digambarkan sebagai materiilnya.⁵⁹

Dalam bentuk tertulisnya, hukum pidana adat ditetapkan dalam bentuk dokumen hukum, sedangkan dalam bentuk tidak tertulis, hukum pidana adat didasarkan pada kepercayaan bersama masyarakat adat dan dilaksanakan melalui keputusan hukum adat para pemimpin masyarakat. Ketika hukum pidana adat diformalkan, hukum tersebut dapat berkembang menjadi keputusan pemerintah atau negara yang diformalkan dalam kerangka hukum yang ditetapkan oleh pemerintah atau negara. Sebaliknya, hukum pidana adat, dalam bentuk informalnya,

⁵⁹ I Gede Suartha, 2015, *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting Dari Kitab UndangUndang Hukum Pidana Belanda Dan Padanannya Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, Jurnal yustisia Vol 4 No 1, hlm. 6

merupakan kerangka hukum yang berakar kuat dalam kesadaran kolektif masyarakat adat, tetapi pada saat yang sama diakui oleh pemerintah atau negara.⁶⁰

Hukum adat merupakan hukum tidak tertulis yang unik di Indonesia, dan faktor agama menjadi prioritas dalam pelaksanaannya. Hukum memegang peranan penting dalam masyarakat sebagai alat pengendalian sosial dan keberadaan hukum adat turut berperan. Di samping itu, hukum secara umum berfungsi sebagai instrumen pengendalian sosial sekaligus sarana penyelesaian konflik yang senantiasa dihadapi masyarakat dan semua golongan manusia.

Keberadaan hukum adat khususnya sanksi adat dalam hukum nasional sudah mendapat perhatian dan telah dirumuskan dalam Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur Undang-undang”, Dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman “Hakim dan Hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.⁶¹

⁶⁰ Damianus Rama R, *Implikasi Penerapan Hukum Pidana Adat Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Pasca Pembaruan Hukum Pidana Nasional Indonesia*, EKSPPOSE: Jurnal Penelitian Hukum dan Pendidikan, Vol. 22, No. 2, Desember, hlm. 34

⁶¹ *Ibid*, hlm. 35

Hal demikian menunjukkan di samping memberikan dasar hukum terhadap berlakunya sanksi adat dan secara tidak langsung juga memberi dasar yuridis berlakunya sanksi adat dalam hukum nasional. Pasal 31 ayat (2) huruf f UU No. 23 Tahun 2014 tentang Undang-undang Otonomi Daerah: “Penataan Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditujukan untuk: ... f. memelihara keunikan adat istiadat, tradisi, dan budaya Daerah.”.

Penerapan sanksi merupakan bagian penting dari proses penegakan hukum, dan keakuratan sanksi yang diterapkan menguntungkan mereka yang terlibat dalam menegakkan keadilan. Berbagai sanksi yang berdasarkan Pasal 10 KUHP sebelumnya tidak mengatur secara jelas penerapan sanksi adat. Oleh karena itu, sanksi pidana biasa terhadap pelaku tindak pidana mungkin tidak dapat menyelesaikan masalah yang timbul. Dalam penyusunan KUHP tahun 2023, dilakukan upaya agar sistem peradilan pidana adat tetap berada dalam kerangka hukum nasional Indonesia. Kewajiban ini tercermin dalam Pasal 2, Undang-undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana, yang mengatur sistem pidana dan regulasinya.⁶²

1. Ketentuan sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 1, ayat (1), tidak mengurangi berlakunya hukum adat, yang memungkinkan

⁶² *Ibid*

pemberian sanksi meskipun perbuatan tersebut tidak secara khusus tertuang dalam Undang-undang tersebut.

2. Hukum adat sebagaimana disebutkan dalam ayat (1), berlaku di wilayah tempat hukum adat tersebut berlaku, asalkan tidak tertuang pada Undang-undang tersebut dan selaras dengan prinsip-prinsip Pancasila, Konstitusi Republik Indonesia tahun 1945, hak asasi manusia, serta norma hukum yang diterima secara luas oleh masyarakat beradab.

Bila ditelusuri ketentuan Pasal 2 KUHP Tahun 2023, tampak adanya pertentangan antara pengakuan dan pembatasan. Pada hakikatnya, hukum adat adalah seperangkat norma yang berlaku dalam suatu masyarakat, baik diakui secara formal maupun tidak. Seperti yang ditegaskan *Van Vollenhoven*, hukum adat ada tanpa dipengaruhi keberadaan dan kewenangan negara yang menerapkannya.

Hukum adat pada dasarnya adalah tradisi dengan implikasi hukum. Ini adalah sistem yang dinamis dengan pemahaman sendiri tentang perubahan. Menurut pendapat dari *Van Vollenhoven* menambahkan yakni sebagian besar hukum adat tidak didokumentasikan dan tetap dapat beradaptasi. Hukum adat hidup karena mencerminkan rasa keadilan autentik dalam masyarakat. Oleh karenanya, hukum adat merupakan proses yang berkelanjutan, terus berkembang dan merespons

perubahan persepsi tentang keadilan dalam masyarakat serta beradaptasi dengan perubahan zaman.⁶³

Menurut kepercayaan tradisional Indonesia, salah satu ciri dan ciri hukum adat adalah hukum adat pada hakikatnya terikat dengan kekuatan supranatural yang harus dipelihara oleh setiap masyarakat untuk menjamin keamanan dan kedamaian. Hukum adat bersifat religius dan magis. Tidak ada batas antara dunia material dan dunia spiritual, dan tidak ada pemisahan antara berbagai lapisan kehidupan: kehidupan manusia, alam, roh leluhur, dan kehidupan makhluk hidup lainnya. Kesejahteraan masyarakat memerlukan pemujaan, terutama terhadap roh leluhur sebagai penjaga adat.⁶⁴

Sengketa hukum adat timbul akibat tidak selarasnya antara apa yang disepakati bersama dan ditetapkan dalam hukum adat dengan peraturan adat lain yang berlaku di Bali. Di antara pertikaian yang lazim ini, ada yang merupakan pertikaian pidana dan ada yang merupakan pertikaian yang semata-mata lazim (non-pidana). Sengketa yang bersifat pidana yang bersifat kebiasaan, yang biasa disebut kejahatan kebiasaan atau kenakalan kebiasaan, juga diselesaikan atau diserahkan kepada masyarakat melalui pertemuan desa (majelis atau kenakalan) yang dipimpin oleh kepala desa adat. Hal ini menghilangkan perlunya proses hukum formal. Penghinaan adat (*wakarsa*), berbagai tindak pidana,

⁶³ *Ibid*, hlm. 35

⁶⁴ H.R Otje Salman Soemadiningrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 156

pelanggaran adat kesusilaan (*lokika sangraha, amander sangama, gamyia gamana, drati krama*), pencurian benda-benda suci keagamaan, dan lain-lain. Namun, pelanggaran pidana yang berulang dapat diselesaikan melalui proses pengadilan formal jika tidak dapat diselesaikan melalui konseling.⁶⁵

Apabila di daerah Indonesia dilakukan penuntutan pidana kejahatan kebiasaan, maka yang dilakukan adalah para ketua dan pemimpin kebiasaan. Di samping pengadilan adat, ada pula lembaga adat yang memberikan perlindungan dalam hal terjadi masalah adat, serta memeriksa dan mengadili perkara pidana dan perdata di wilayah hukum dan tempat kedudukannya. Tidak jarang terdapat pengadilan adat yang berwenang. Hal itu dijamin oleh hukum. Untuk perselisihan hukum umum yang tidak bersifat pidana, solusinya adalah memulihkan keseimbangan pada proses yang terganggu di luar pengadilan sehingga sanksi pidana tidak dijatuhkan, melainkan diselesaikan oleh *sangkepan* (rapat/musyawarah) desa dan ada kemungkinan untuk dijatuhkan sanksi adat pada si pelaku. Penanganan konflik-konflik adat oleh Kepala Desa Adat selaku pemimpin *sangkepan* (rapat) desa dan juga sebagai Hakim perdamaian desa.⁶⁶

Sehingga dapat disimpulkan bahwa eksistensi serta pengaturan penerapan pemenuhan kewajiban adat dalam sistem hukum nasional

⁶⁵ *Ibid*

⁶⁶ Widnyana dan I Made, *Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana*, Penerbit PT. Fikahati Aneska, 2013, hlm. 16

ialah telah tersirat di dalam Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945, Pasal 5 ayat (1) Undang-undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 31 ayat (2) huruf f UU No. 23 Tahun 2014 tentang Undang-undang Otonomi Daerah dan diatur secara jelas di dalam Undang-undang 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana dalam Pasal 2, Pasal 54 ayat (1) huruf K, Pasal 66 ayat (1) huruf f, Pasal 96 dan Pasal 597.

2.3. Ratio Legis Pasal 2 Undang-undang Nomor 1 Tahun 2023 Kitab Undang-undang Hukum Pidana

Perkembangan Hukum di Indonesia mengarah ke arah yang lebih positif sebagai bukti bahwa hukum di Indonesia adalah hukum yang bersifat dinamis, dalam dinamisme hukum Indonesia dapat dilihat dari salah satunya adanya Undang-undang Nomor 1 tahun 2023 tentang KUHP, yang di mana republik Indonesia merancang ketentuan hukum pidana Indonesia dengan Menggunakan budaya dan adat istiadat Indonesia sebagai roh atau jiwa di dalam hukum Indonesia sendiri. *Local wisdom* (kearifan lokal) merupakan gagasan dalam suatu wilayah yang bersifat lokal, penuh kearifan, bernilai baik, yang telah ditanam dan diikuti oleh anggota masyarakatnya.⁶⁷

Sehingga antara kerangka hukum nasional dengan konsep kearifan lokal diharapkan mampu berjalan bersamaan, harmonisasi hukum menjadi sangat penting dalam penyusunan dan merumuskan isi dalam KUHP 2023,

⁶⁷ Sartini, "Menggali Kearifan Lokal Nusantara Sebuah Kajian Filsafat", *Jurnal Filsafat*, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2014

sehingga menimbulkan sebuah pertanyaan di mana harmonisasi hukum nasional dengan kearifan lokal dalam KUHP 2023 tersebut dan Bagaimana konsep harmonisasi yang tepat dalam perumusan KUHP 2023. Ketika dilihat dari kearifan masyarakat adat Indonesia yang bercorak *religios-magis*, secara konkret termaktub dalam produk hukum masyarakat lokal, yang dalam ancangan antropologi hukum disebut hukum kebiasaan (*customary*), hukum rakyat (*folk law*), hukum penduduk asli (*indigenous law*), hukum tidak tertulis (*unwritten law*), atau hukum tidak resmi (*unofficial law*), atau dalam konteks Indonesia disebut hukum adat (*adat law/adatrecht*).⁶⁸

Pentingnya hukum pidana adat dalam masyarakat terletak pada perannya dalam menjaga kerukunan dan ketertiban sosial. Sistem hukum ini mencerminkan identitas budaya masyarakat dan berkontribusi terhadap pelestarian warisan budaya. Namun, modernisasi dan globalisasi telah membuat interaksi antara hukum pidana adat dan sistem hukum nasional menjadi lebih kompleks, sehingga sering kali menimbulkan tantangan bagi integrasi nilai-nilai tradisional. Munculnya hukum pidana adat sebagai sarana penyelesaian kejahatan mencerminkan suatu proses dan perkembangan organik. Dalam masyarakat. Hukum pidana adat tidak

⁶⁸ I Nyoman Nurjaya, *Menuju Pengakuan Kearifan Lokal Dalam Pengelolaan Sumber Daya Alam: Perspektif Antropologi Hukum*, Dalam Rachmad Syafa'at, Dkk, *Negara, Masyarakat Adat Dan Kearifan Lokal*, In-Trans Publishing, Malang, 2008, hlm. 8

muncul begitu saja dari mana pun, tetapi merupakan hasil kumpulan nilai, norma, dan adat istiadat yang berkembang secara turun-temurun.⁶⁹

Maka dari itu dalam KUHP 2023 hukum yang berlaku di masyarakat telah ditegaskan dalam ketentuan Pasal 2 Ayat (1) dan (2) UU 1/2023 bahwasanya pemberlakuan hukuman pidana UU 1/2023 tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dibunyikan sebagai berikut:

“(1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang- Undang ini. (2) Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku di tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang- Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan sebagai hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa”.

Dengan adanya ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) KUHP 2023 tersebut maka seseorang dapat dituntut dan dipidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat meskipun perbuatan tersebut tidak dilarang dalam perundang-undangan. Penjelasan Pasal 2 ayat (1) KUHP 2023

⁶⁹ D P Melati, “Refungsionalisasi Hukum Pidana Adat Lampung Dalam Sistem Penegakan Hukum Pidana Berbasis Kearifan Lokal”, Disertasi, Unila, 2011, hlm. 8

menyebutkan: Yang dimaksud dengan “hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana” Itu adalah hukum pidana adat. Hukum sosial yang dibahas dalam penelitian merujuk pada hukum yang saat ini berlaku dan berkembang dalam kehidupan sosial masyarakat Indonesia. Di beberapa wilayah di Indonesia, masih banyak aturan-aturan yang belum tertulis dan masih berlaku di masyarakat dan dianggap sebagai produk hukum yang mengatur bagaimana seseorang yang melanggar harus mendapat hukuman.⁷⁰

Tentunya Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) ini jelas menggambarkan bahwa telah terjadinya pergeseran yang cukup signifikan dalam pemaknaan asas legalitas itu sendiri. Di mana asas legalitas ialah asas yang berpegangan pada aturan tertulis yang telah dikodifikasi sedangkan, hukum adat maupun hukum pidana adat sudah terdapat yang tertulis namun, umumnya belum tertulis. Kemudian KUHP 2023 merupakan rekodifikasi peraturan hukum pidana yang dijadikan sebagai *lex generalis*, tujuan dari pembentukan KUHP 2023 adalah sejalan dengan semangat dekolonisasi. Oleh karena itu, pencantuman unsur-unsur hukum yang hidup dalam masyarakat ke dalam norma sebagai ketentuan pokok penegakan hukum dianggap sebagai ciri kodifikasi hukum pidana Indonesia. Proses reformasi hukum pidana Indonesia telah menghasilkan norma-norma baru yang berbeda dari hukum pidana saat ini.⁷¹

⁷⁰ *Ibid*

⁷¹ Benny Kharisma Arrasuli, “Eksistensi Hukum Pidana Adat dalam Rancangan KUHP: Problematika Asas Legalitas dan Over-Kriminalisasi”, *Unes Law Review*, Vol. 6, No. 1, September, 2023, hlm. 731

Pembaharuan di dalam KUHP 2023 ini meninggalkan isu yang cukup krusial, salah satunya dengan memasukkan unsur hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dan menjadikan hukum tersebut yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar pemidanaan untuk menentukan terdakwa dapat dipidana atau sebagai dasar penuntutan. Pasal 1 ayat (1) KUHP 2023 menyatakan “Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan”. Begitu juga dengan Pasal 1 ayat (2) KUHP 2023 yang menyatakan, “Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang digunakan analogi”.⁷² Pasal tersebut memiliki arti bahwa setiap tindak pidana harus didasarkan pada kekuatan Undang-undang yang ada, asas legalitas memberikan batasan terhadap kesewenang-wenangan penguasa untuk memberikan sanksi kepada seseorang.

Asas legalitas mengandung arti *lex certa*, *lex praevia*, *lex stricta*, *lex scripta*, dengan kata lain Undang-undang menjadi ukuran utama keberadaan asas legalitas. Pasal 2 ayat (1) KUHP 2023 menyatakan “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-undang ini”. Kemudian Pasal 2 ayat (1) menyatakan “Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam

⁷² *Ibid*, hlm. 732

tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab”.⁷³

Dalam Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) tersebut mengakomodasi hukum yang hidup sebagai unsur dalam delik, maka dalam hal ini menimbulkan konsekuensi hukum tersendiri apabila dihadapkan dengan asas legalitas yang termaktub dalam Pasal 1 KUHP 2023. Pasal 1 KUHP 2023 Penerapan asas legalitas formal yang mensyaratkan bahwa perilaku yang dianggap melanggar hukum harus tunduk pada peraturan, memberikan kepastian hukum. Sebab, proses pidana dihukum sesuai undang-undang. KUHP Tahun 2023 memperluas makna asas legalitas dengan memperhatikan hukum yang berlaku dalam masyarakat (hukum pidana adat) sebagai unsur terjadinya kejahatan dan dasar penuntutan, Pasal 2 Ada lima alasan yang mendukung perluasan asas legitimasi formal ke asas legitimasi substantif, antara lain studi perbandingan, konsensus pada seminar nasional, landasan teori, kebijakan legislatif nasional, dan instrumen dunia. Ada kesepakatan.⁷⁴

Perubahan yang ada pada KUHP 2023 merupakan perubahan secara materiil atau secara substantif pada formulasi rumusan delik Pasal 1 Ayat (1) KUHP yang berlaku pada saat ini. Perluasan makna asas legalitas ini sejalan dengan pokok pikiran perumus KUHP 2023 untuk

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Ibid*, hlm. 734

mengimplementasikan kepentingan masyarakat yang berkeadilan dan kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan salah satu patokan formil sementara itu keadilan digambarkan sebagai materiilnya.⁷⁵ Selaras dengan itu, adanya pengakuan hukum adat dalam KUHP 2023 berjalan beriringan dengan prinsip bahwa hukum harus melibatkan masyarakat dan harus berdasarkan serta disetujui oleh masyarakat (*no punish without representative*).⁷⁶

Dengan diperluasnya asas legalitas yang mengesistensikan hukum adat dalam delik Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2), akan menimbulkan konsekuensi tersendiri apabila dihadapkan pada asas legalitas yang berada di dalam pasal 1 KUHP 2023 yang merupakan asas yang memiliki kedudukan yang sangat penting karena menjadi fundamental dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dapat dikenakan sanksi pidana. Terdapat frasa “Kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan” yang menunjukkan eksistensi fundamental itu sendiri sehingga menjadi asas yang penting dalam hukum pidana.⁷⁷

⁷⁵ I Gede Suartha, 2015, “Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting Dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda Dan Padanannya Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia”, *Jurnal yustisia*, Vol 4 No 1, hlm. 6

⁷⁶ Sofwan, Haeruman Jayadi, dan AD Basniati, “Penegakan Sanksi Pidana Terhadap Pelanggaran Peraturan Daerah (Kajian Terhadap Pelaksanaan Peraturan Daerah Provinsi Nusa Tenggara Barat)”, *Jurnal Kompilasi Hukum Volume*, 8, No. 2, 2023, hlm. 44

⁷⁷ *Ibid*, hlm. 7