

**PUTUSAN PENGADILAN SEBAGAI
ALTERNATIF PEMBENTUKAN HUKUM
DALAM PERKARA PIDANA¹**

Oleh : Rusdi Pieter Johan²

A B S T R A K

Kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Karena hukumnya tidak jelas dan tidak lengkap, maka harus dicari dan ditemukan. Apabila hukum diartikan secara terbatas sebagai putusan penguasa, dan dalam arti yang lebih terbatas lagi sebagai keputusan hukum (pengadilan), yang menjadi pokok permasalahan adalah tugas dan kewajiban hakim dalam menemukan apa yang dapat menjadi hukum, sehingga melalui keputusannya, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum. Pembentukan hukum adalah merumuskan peraturan-peraturan umum yang berlaku umum, bagi setiap orang. Putusan pengadilan dapat dijadikan alternatif dalam pembentukan hukum dalam perkara pidana di Indonesia. Hal ini disebabkan pada saat hakim mengadili suatu perkara yang ketentuan peraturan perundang-undangannya kurang jelas atau bahkan belum diatur secara tegas maka hakim harus menemukan hukumnya agar perkara tersebut dapat diadili.

Kata kunci: Alternatif pembentukan hukum

A. PENDAHULUAN

Perjalanan panjang para pencari keadilan dalam perkara pidana dimulai dengan terjadinya suatu peristiwa yang diduga merupakan suatu tindak pidana. Untuk menentukan apakah suatu peristiwa yang terjadi merupakan suatu tindak pidana atau bukan, diadakan suatu penyelidikan. Jika ternyata peristiwa tersebut merupakan suatu tindak pidana

maka selanjutnya diadakanlah penyidikan terhadap tindak pidana tersebut. Berhasilnya suatu penyidikan atau baik tidaknya suatu penyidikan akan menentukan berhasil tidaknya pemeriksaan di muka sidang pengadilan. Hasil penyidikan ini dilimpahkan ke pihak kejaksaan dan selanjutnya apabila pihak kejaksaan menilai bahwa berkas hasil penyidikan ini telah lengkap, maka berkas perkara tersebut dilimpahkan ke pengadilan. Hakim dalam suatu sidang pengadilan akan memeriksa dan mengadili perkara tersebut dan akan mengakhirinya dengan penjatuhan putusan oleh hakim, pada pengadilan negeri sebagai peradilan tingkat pertama.

Putusan tersebut bisa ada upaya hukum untuk menolaknya, yaitu berupa upaya hukum biasa, yaitu banding dan kasasi serta upaya hukum luar biasa, yang berupa Peninjauan Kembali sebagai upaya hukum terakhir terhadap putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Upaya hukum yang panjang ini berakhir dengan dikeluarkannya putusan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Mahkamah Agung merupakan puncak dari upaya (hukum) dalam mencari keadilan melalui proses peradilan baik sebagai pengadilan tingkat kasasi maupun pengadilan untuk pemeriksaan peninjauan kembali. Putusan Mahkamah Agung ini menjadi penting baik bagi para pencari keadilan (justiabelen) itu sendiri, bagi para hakim maupun bagi perkembangan hukum pidana di Indonesia. Pertama, bagi para pencari keadilan, putusan Mahkamah Agung merupakan akhir dari perjalanan panjang dalam rangka mencari keadilan bagi dirinya. Bagi para hakim dapat merupakan "pedoman" dalam memeriksa dan mengadili perkara yang sama dengan perkara yang telah diputuskan oleh Mahkamah Agung. Di sini tampak bahwa antara undang-undang dengan keputusan hakim terdapat analogi. Kedua, dapat menjadi sumber pembentukan hukum.

¹ Artikel Skripsi

² NIM 080711415

Sudikno Mertokusumo mengatakan bahwa kalau lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang-undang, maka hakim dimungkinkan pula membentuk hukum. Pembentukan hukum diperoleh melalui proses penemuan hukum oleh hakim.³ Von Eikema Hommes sebagaimana dikutip Sudikno Mertokusumo, mengatakan bahwa penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa hukum yang konkret. Ini merupakan konkretisasi dan individualisasi peraturan yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret.⁴

Pembentukan hukum melalui putusan pengadilan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkret dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang.⁵ Akan tetapi, menurut van Apeldoorn keputusan hakim membentuknya dalam konkreto, undang-undang dalam abstrakto, jadi secara umum.⁶

Bagi para hakim terutama para hakim di bawah, putusan Mahkamah Agung dapat menjadi pedoman dalam memeriksa, dan mengadili perkara yang sama diajukan kepadanya dengan perkara yang telah diputus oleh Mahkamah Agung. Bagi perkembangan hukum pidana; putusan Mahkamah Agung menjadi lebih penting karena dapat berfungsi sebagai yurisprudensi. Hakim tidak terikat untuk mengikuti putusan yang telah ada sebelumnya. Bahkan, terhadap putusan pengadilan yang lebih tinggi, walaupun

tidak ada keterikatan hakim bawahan untuk mengikuti putusan hakim yang lebih tinggi namun hakim bawahan akan selalu memperhatikan putusan-putusan dari hakim yang lebih tinggi disebabkan kemungkinan adanya banding dan kasasi dari perkara yang ditanganinya. Dalam pada itu, hakim pidana dalam menerapkan suatu peraturan dalam rangka memeriksa dan mengadili suatu perkara, perkara mana, yang kemudian harus diakhiri dengan suatu putusan, terikat oleh asas legalitas. Asas ini menghendaki hanya undang-undang atau hukum tertulislah yang dapat menentukan apakah suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana atau bukan. Di luar undang-undang atau hukum tertulis, tidak diterima adanya ketentuan yang dapat berpengaruh terhadap apa yang dilarang atau apa yang boleh dilakukan orang. Konsekuensinya, setiap yang boleh atau yang tidak boleh dilakukan orang itu harus terumus dalam undang-undang. Dengan demikian, berarti penafsiran dan penemuan alasan penghapusan pidana tidak dapat dilakukan di luar undang-undang.

Di dalam praktik hukum, berlakunya asas legalitas itu tidak bersifat mutlak, artinya, masih dimungkinkan untuk disimpangi sepanjang tidak mengurangi kepastian hukum. Hal ini terjadi karena masalah keadilan menjadi bahan pertimbangan dan adanya beberapa daerah di Indonesia yang masih memperlakukan hukum adat pidana, sepanjang mengenai perbuatan-perbuatan yang tiada bandingannya dalam KUHP.⁷

Di sisi lain, perkembangan dalam masyarakat pada berbagai sektor kehidupan demikian pesat perubahannya sehingga peraturan-peraturan yang hanya mendasarkan semata-mata kepada undang-undang saja akan selalu dirasakan seperti ketinggalan, karena undang-undang selalu

³ Sudikno Mertokusumo, *"Penemuan Hukum"*, Liberty Yogyakarta, Cetakan Pertama, 2000, hlm. 37.

⁴ *Ibid*, hlm. 147.

⁵ *Ibid*

⁶ L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, cet. ke-23, 1986, Jakarta, hlm. 171.

⁷ Rd. Acmad S. Soema Di Pradja, *Hukum Pidana Dalam Yurisprudensi*, C.V. Armico, Bandung, 1990, hlm. 5.

dirasakan kalah cepat dibanding dengan perkembangan masyarakat.

Dalam beberapa dekade terakhir tampak adanya perubahan suatu sikap terhadap perundang-undangan yang menampakkan suatu keseimbangan antara keinginan untuk mengadakan suatu pembaharuan melalui perundang-undangan di satu pihak, dan di lain pihak kesadaran bahwa dalam melakukan pembaharuan perlu memperhatikan nilai-nilai dan kenyataan yang hidup dalam masyarakat. Dengan keadaan seperti ini, maka fungsi pengadilan umumnya, antara lain meliputi bidang yustisial (peradilan) serta peranannya sebagai pembentuk hukum dapat sekaligus menjadi sumber pembentukan hukum pidana positif di Indonesia.

B. PERUMUSAN MASALAH

1. Bagaimana peran hukum pidana adat dalam hukum pidana di Indonesia ?
2. Dapatkah putusan pengadilan dijadikan alternatif pembentukan hukum dalam perkara pidana di Indonesia ?

C. METODE PENELITIAN

Agar dapat menyelesaikan suatu penelitian ilmiah diperlukan suatu metode penelitian yang tepat dan sesuai dengan permasalahan yang telah ditentukan. Pendekatan masalah yang dipilih dalam penelitian ini dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif. Berdasarkan pendekatan tersebut, penelitian ini meliputi lingkup penelitian inventarisasi hukum positif.

Mengingat penelitian ini menggunakan pendekatan hukum normatif yang tidak bermaksud untuk menguji hipotesis, maka titik berat penelitian tertuju pada penelitian kepustakaan. Pada penelitian hukum normatif yang diteliti hanya bahan pustaka atau data sekunder, yang mencakup bahan hukum primer, sekunder dan tertier.⁸

⁸ Serjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Pengantar Penelitian Hukum Normatif*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm.50.

Bahan hukum primer dalam penelitian ini adalah : Undang-Undang Dasar 1945, Tap MPR, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, Undang-Undang Pokok Kekuasaan Kehakiman, Hukum Adat. Sedangkan bahan hukum sekunder terdiri dari hasil-hasil seminar, karya ilmiah baik berupa literatur maupun hasil penelitian, jurnal, yang ada kaitannya dengan permasalahan yang dibahas dalam penelitian ini. Bahan hukum tertier terdiri dari Kamus Hukum, Kamus Umum Bahasa Indonesia, maupun buku-buku petunjuk lain yang ada kaitannya dengan permasalahan dalam penelitian ini.

Penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka dapat dinamakan penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan.

Bahan hukum yang diperoleh kemudian diolah dan dianalisis secara normatif dengan menggunakan logika berpikir secara deduksi.

D. PEMBAHASAN

1. Analisis Terhadap Putusan-Putusan Pengadilan Yang Memberikan Kontribusi Bagi Pembentukan Hukum

Selain lembaga pembuat undang-undang, yaitu badan legislatif, pengadilan dapat juga membentuk hukum. Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 secara tegas menentukan bahwa DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang. Pembentukan hukum melalui putusan pengadilan ini merupakan implementasi dari prinsip bahwa hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukumnya tidak jelas/tidak ada hukumnya. Hakim harus mengisi kekosongan hukum. Hakim harus menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat. Di bawah ini akan dikemukakan terlebih dahulu konkretisasi dari putusan-putusan yang menjadi sumber pembentukan hukum oleh hakim, yang pada bagian akhir dari masing-masing putusan tersebut, setelah

pertimbangan hukum dari putusan tersebut dikemukakan, akan diuraikan analisis terhadap putusan-putusan tersebut.

1. Kasus Posisi

Dari beberapa putusan pengadilan yang memberikan kontribusi bagi pembentukan hukum penulis hanya akan membahas putusan-putusan sebagai berikut :

- a. Putusan PN Gianyar tertanggal 12-4-1976 No. 23/Pid/Sum/1976 jo. Putusan PT Denpasar tertanggal 26-8-1977 No. 14/PTD/1977 jo. Putusan MA tertanggal 8-10-1979 No. 195 K/Kr/1978.⁹

Duduk perkara yang diperiksa dan diadili oleh PN Gianyar tersebut di atas sebagai berikut:

I Wayan Supatra, umur ± 21 tahun, tinggal di banjar Belodtanggluk, desa dan kecamatan Sukawati, Daerah Tk.II Gianyar, Bali, telah berpacaran dengan Ni Ketut Sarmi sejak tahun 1971 dan berakhir pada tahun 1975. Putusnya pertunangan tersebut karena adanya gangguan dari I Nyoman Reta, walaupun mengenai hal ini belum jelas benar. Selama berpacaran, I Wayan Supatra mengaku sering melakukan hubungan seks dengan Ni Ketut Sarmi, yang dilakukannya berkali-kali setiap ada kesempatan sejak tahun 1971, dan dilakukan di rumah Ni Ketut Sarmi sendiri di saat keadaan rumah kosong. Hubungan kelamin tersebut dilakukan atas dasar suka sama suka bukan karena paksaan. Ni Ketut Sarmi kemudian hamil, tetapi I Wayan Supatra ingkar janji, tidak mau mengambil Ni Ketut Sarmi sebagai istrinya, dengan alasan Ni Ketut Sarmi telah bergaul dan pernah dibonceng oleh orang yang bernama I Nyoman Reta, sehingga I wayan Supatra meragukan kehamilan Ni Ketut Sarmi itu atas perbuatannya sendiri. Ni Ketut Sarmi membantah tidak pernah bergaul dan dibonceng oleh I Nyoman Reta.

Setelah memeriksa dan mengadili perkara tersebut, PN Gianyar sampai

kepada putusan, yang salah satu pertimbangannya menyatakan:

- Bahwa pada pokoknya Terdakwa membenarkan keterangan saksi Ni Ketut Sarmi dan mengakui melakukan persetubuhan berkali-kali dengan saksi I Ketut Sarmi, tetapi membantah, bahwa hamilnya Ni Ketut Sarmi bukan atas perbuatan Terdakwa, melainkan Ni Ketut Sarmi hamil setelah bergaul dengan I Nyoman Reta.
- Bahwa keterangan saksi a de charge yang diajukan Terdakwa tidaklah dapat memperkuat dalil-dalil bantahannya.
- Bahwa berdasarkan keterangan-keterangan Terdakwa di muka sidang, dihubungkan dan disesuaikan dengan keterangan saksi-saksi maka terbukti bahwa Terdakwa telah bersalah melakukan kejahatan melanggar Lokika sanggraha (hukum adat Bali).

Putusan PN Gianyar ini kemudian dikuatkan oleh PT Denpasar dengan putusan tertanggal 26-8-1977 No. 14/PTD/1977/Pid dan pada pemeriksaan tingkat kasasi juga menguatkan putusan pengadilan tingkat pertama dengan putusan MA tertanggal 8-10-1979 No. 195 K/Kr/1978.

Dari putusan ini tampak bahwa hubungan kelamin di luar nikah laki-laki dewasa dan perempuan dewasa atas dasar suka-sama suka, di mana laki-laki si pelaku tidak mau bertanggung jawab ketika perempuan tersebut hamil, menurut (hukum) adat merupakan perbuatan yang tidak patut untuk dilakukan dan harus diberi sanksi, sekalipun KUHP tidak mengaturnya.

2. Analisa Kasus

Apabila menyimak putusan di atas, tampak bahwa perbuatan inkonkret yang dilakukan para Terdakwa adalah perbuatan hubungan kelamin seorang laki-laki dewasa dengan seorang perempuan dewasa, atas dasar suka sama suka dan si perempuan menjadi hamil. Pada gilirannya si lelaki

⁹ Yurisprudensi Indonesia Tahun 1979.

tidak mau mempertanggungjawabkan perbuatannya itu. Bahkan, dalam putusan yang terakhir tadi, tampak apabila terdakwa sudah dijatuhi hukuman oleh Kepala Adat/Masyarakat Adat, maka tidak bisa lagi diajukan ke pengadilan negeri.

Lokika Sanggraha secara harfiah dapat diuraikan menjadi dua kata, yaitu Lokika dan Sanggraha. Lokika dari kata Laukika (bahasa Sangsekerta) berarti umum, orang banyak; sedang Sanggraha dari kata Sanggra (bahasa Sansekerta) berarti pegang (dalam arti luas), sentuh, hubungan. Jadi, secara harfiah Lokika Sanggraha akan berarti (di) pegang/sentuh/jamah orang banyak, usud ajak anak liu.¹⁰ Lokika Sanggraha merupakan satu kata majemuk yang terdiri dari dan serta secara harfiah mengandung arti:

1. Lokika berarti pertimbangan, perhitungan, estimasi, perkiraan yang logis dan sebagainya.
2. Sanggraha mengandung makna: meladeni, melayani dan sebagainya.

I Gusti Ketut Kaler memberikan rumusan Lokika Sanggraha sebagai suatu perbuatan yang dilakukan oleh seorang pria menghendaki (layanan pemuas nafsu birahi) seorang perempuan bebas (muda/janda) hingga hamil, kemudian tidak mengawini perempuan yang bersangkutan, perbuatan yang bertentangan dengan Lokika, bahwa setiap kehamilan hendaknya diupacarai/biakaonan untuk sucinya nilai kehamilan tersebut (menurut agama) serta pastinya status anak yang lahir dari kehamilan tersebut menurut hukum.¹¹

Dherana dan Widnyana mempertegas lagi pengertian Lokika Sanggraha yaitu sebagai suatu delik adat yang berupa seorang laki-laki menghamili seorang

perempuan di luar perkawinan dengan janji akan mengawini, tetapi ternyata tidak mengawini.¹²

R. Achmad S. Soema Di Pradja mengemukakan arti dari delik Lokika Sanggraha itu sebagai perbuatan seorang pria yang memutuskan hubungan percintaan setelah mengadakan hubungan seks dengan seorang perempuan, yang telah lama mereka jalani dengan janji (yang tentunya) muluk-muluk dari pria, tetapi kemudian si pria tidak mengaku telah menghamili atau mencemarkan kehormatan si perempuan tersebut.¹³

Dalam delik adat Lokika Sanggraha dimaksud meliputi tindak-tanduk pidana adat, seperti pelacuran, perzinahan, hubungan kelamin diluar pernikahan yang sah, melakukan hubungan kelamin dengan perempuan yang diketahuinya atau patut disangka, bahwa perempuan itu belum dewasa atau belum dapat dikawini, tindakan cabul dan memutus cinta tanpa alasan yang sah. Jelaslah bahwa beberapa perbuatan itu dapat dibandingkan dengan pasal-pasal KUHP seperti Pasal 284, 287, 290 dan 293.¹⁴ Tindak pidana Lokika Sanggraha yang telah ada bandingannya (persamaannya) dalam KUHP, tidak dapat diterapkan, tetapi justru yang tercantum dalam KUHP yang harus diterapkan dalam peradilan karena dalam KUHP telah ada pengaturannya mengenai delik perzinahan, hubungan kelamin di luar pernikahan dengan perempuan yang belum dewasa, atau patut dapat disangka bahwa perempuan itu belum dewasa, maka delik adat lokika sanggraha tidak dapat diterapkan atau dipakai dasar sebagai

¹⁰ Institut Hindu Dharma, 'Pandangan Agama Hindu Terhadap Delik Adat Lokika Sanggraha'; makalah/Prasaran, Symposium Pengaruh Kebudayaan/ Agama terhadap Hukum Pidana, Denpasar, 1975.

¹¹ I Gusti Ketut Kaler, *Butir-Butir Tercecer tentang Adat Bali*, Bali Agung, 1983, hlm. 94.

¹² Tjokorde Raka Dherana dan I Made Widnyana, 'Agama Hindu dan Hukum Pidana Nasional'; Makalah/Prasaran pada Simposium Tentang Pengaruh Kebudayaan/Agama terhadap Hukum Pidana di Denpasar, 1975, hlm. 35.

¹³ R. Achmad S. Soema Di Pradja, *Hukum Pidana Dalam Yurisprudensi*; Armico, Bandung, 1990, hlm. 37.

¹⁴ *Ibid*

dakwaan, tuntutan dan putusan dalam peradilan.¹⁵

Ketentuan Lokika Sanggraha yang belum ada pengaturannya dalam KUHP ialah antara lain, memutus cinta setelah si pria dengan janji (yang muluk-muluk) menyetubuhi si perempuan baik membawa akibat si perempuan menjadi hamil ataupun tercemar namanya. Menurut pengertian hukum barat, perbuatan zinah adalah perbuatan hubungan kelamin yang dilakukan oleh para pihak yang keduanya dalam ikatan perkawinan dengan teman kawin masing-masing, atau salah satu pihak daripadanya yang bersuami atau beristri dengan pihak yang lain yang masih bujangan/duda/janda; seperti dirumuskan dalam Pasal 284 KUHP.¹⁶ Sedangkan menurut hukum adat dan hukum Islam, perbuatan zinah adalah setiap perbuatan hubungan kelamin di luar perkawinan yang sah.

Mengenai perzinahan menurut penulis perlu dicermati lagi mengingat bahwa pengertian perzinahan menurut KUHP adalah bahwa salah satu pihak mesti terikat oleh perkawinan, sedangkan dalam delik adat (lokika sanggraha) terbuka kemungkinan bahwa keduanya, laki dan perempuan yang mengadakan hubungan kelamin tersebut, dewasa dan salah satu atau keduanya tidak berada dalam ikatan perkawinan dengan yang lain. Putusan-putusan pengadilan di atas menunjukkan perbuatan-perbuatan seperti yang diuraikan tersebut di atas.

Sasaran dari sanksi adat, reaksi adat, bukan penciptaan derita sebagaimana terlihat dalam KHUP, tetapi untuk mengrestorir, memulihkan keseimbangan, untuk merehabilitasi atau untuk mencegah

situasi panas atau tidak murni, yang tidak serasi dengan hukum adat.¹⁷

Jika kita melihat kepada RUU KUHP, tujuan adanya sanksi (reaksi) adat dan tujuan pemidanaan:

1. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
2. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna.
3. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
4. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.¹⁸

Dihubungkan dengan sanksi adat, penulis setuju dengan putusan MA yang dapat menerima sanksi adat, sehingga si pelanggar (hukum) adat tersebut tidak perlu harus menjalani hukuman di lembaga pemasyarakatan. Perbaikan (teori reformasi) dapat dilakukan di lingkungan masyarakat (adat)nya sendiri. Memasukkan si pelanggar selama tiga bulan ke dalam lembaga pemasyarakatan akan menimbulkan pengaruh yang lebih buruk ketimbang seandainya dia dijatuhkan hukuman percobaan; karena sanksi adat tujuannya bukan untuk menciptakan penderitaan, tetapi untuk rehabilitasi, untuk menetralsir suatu kegoncangan yang tercipta oleh pelanggaran (hukum) adat.

Kembali kepada ketentuan perundang-undangan seperti yang disebutkan di atas, yaitu UU No. 1 Drt tahun 1951, membuka kesempatan pengadilan umum untuk menyelidiki apakah perbuatan pidana menurut hukum adat mempunyai ekivalensinya atau tidak dalam KUHP. Ia juga menciptakan suatu perbedaan dalam menerapkan suatu hukuman. Kalau terdapat bandingannya dalam KUHP, maka

¹⁵ *Ibid*, hlm. 38..

¹⁶ Karjoso Kasimun, 'Selayang Pandang Tentang Delik Perzinahan Pasal 284 KUHP Di Masa Mendatang'; Majalah Padjadjaran, Nomor 1-2-1985. Jilid XV, ISSN No. 0216-8227, hlm. 83. 3

¹⁷ Oemar Seno Adji, *Hukum-Hakim Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta, 1980, hlm. 66.

¹⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 19.

perbuatan tersebut dapat dianggap diancam dengan suatu hukuman, yang paling dekat bandingannya pada perbuatan pidana tadi. Akan tetapi, jika perbuatan pidana menurut hukum yang hidup (Hukum Adat) tidak mempunyai bandingannya dalam KUHP, sanksi khusus akan diterapkan, terdiri atas hukuman kemerdekaan pengganti atau hukuman harta benda pengganti, yang untuk pengganti hukuman kemerdekaan adalah suatu maksimum 3 bulan/atau dengan denda sebesar Rp.500,00.- sebagai hukuman pengganti, jika terdakwa tidak mematuhi sanksi adat yang dijatuhkan padanya dan hukuman pengganti tersebut dianggap oleh hakim sesuai dengan berat ringannya kesalahan dari terdakwa yang bersangkutan.

Dalam perkara dengan putusan MA No. 1644.K/Pid/ 1988 tanggal 15 Mei 1991 tersebut di atas Terdakwa Tauwi telah menerima dan menjalankan sanksi adat yang dijatuhkan oleh Kepala Adat dan Para Pemuka Adat.

Demikian pula, dalam putusan MA No. 984 K/Pid/ 1996 tersebut di atas kedua Terdakwa telah menerima sanksi adat.

Hakim diberi kesempatan untuk menentukan apakah sanksi adat tersebut sesuai dengan semangat zaman atau tidak. Jika tidak, maka sanksi adat tersebut akan diubah menjadi hukuman tersebut di atas.

Sehubungan dengan hal tersebut selain mengadili dan memberikan penilaian bagi pihak-pihak yang berperkara, ada fungsi-fungsi lain yang harus tercermin dalam putusan hakim tersebut yang meliputi: fungsi pendidikan hukum bagi masyarakat, fungsi pembaharuan hukum melalui proses penemuan hukum dan penyelesaian konflik secara tuntas.

Dengan demikian bahwa Hukum Teristimewa Pidana Adat masih tetap diterapkan oleh Pengadilan Umum, dalam hal-hal yang tidak ada bandingannya terhadap peraturan-peraturan tersebut dengan pemakaian sanksi seperti hukuman,

kurungan pengganti atau hukuman denda sebagaimana dimaksud oleh eks Hukum Pidana yang telah dikodifikasikan. Juga Hukum Pidana Adat, seperti yang diterapkan oleh Hakim-Hakim Pengadilan Desa merupakan suatu sumber tersendiri untuk Hukum Pidana yang keputusannya terpisah dan bebas tidak bergantung kepada keputusan-keputusan Hakim-Hakim Desa.

Sehubungan dengan hal tersebut di atas, menarik untuk dikemukakan pendapat dari Moderman, yang menyampaikan pendapatnya sewaktu pembahasan rancangan Kitab UU Hukum Pidana di hadapan Majelis Rendah Belanda: Negara secara khusus wajib bereaksi dan menindak pelanggaran hukum atau ketidakadilan yang terjadi yang tidak dapat ditanggulangi secara memadai oleh sarana-sarana (hukum) lain. Pidana adalah dan tetap harus dipandang sebagai ultimum remedium. Hukum pidana hanya dapat digunakan apabila sarana yang ada tidak lebih buruk dibandingkan penyimpangan perilaku yang hendak ditanggulangnya.¹⁹

Adanya perbuatan-perbuatan, yang menurut pandangan masyarakat (Adat) merupakan perbuatan yang melawan hukum. Oleh karena itu, perbuatan tersebut harus diberi sanksi. Perbuatan-perbuatan tersebut tiada bandingannya dalam KUHP, dengan kata lain, KUHP telah tidak mengaturnya sebagai perbuatan yang dilarang untuk dilakukan orang; perbuatan-perbuatan yang diputuskan oleh pengadilan-pengadilan Denpasar, Klungkung, Sengkang dan Kendari seperti yang telah disebutkan terdahulu, bila kita simak pasal-pasal tentang kejahatan kesusilaan dalam KUHP, akan terlihat bahwa secara yuridis formal tidak satupun pasal yang dapat dikenakan kepada si laki-laki yang mengajak lawan jenisnya untuk melakukan hubungan seksual pra-nikah yang berdasarkan suka sama suka, jika

¹⁹ *Ibid.*

kemudian si gadis hamil dan si laki-laki tidak mau menikahinya. Meskipun ia mengakui bahwa kehamilan itu merupakan akibat dari perbuatannya, tetapi pihak perempuan tetap akan menjadi korban ketidakadilan, karena KUHP telah tidak mengaturnya. Hal ini dapat dipahami jika melihat sejarah terbentuknya KUHP.

Seorang laki-laki yang membujuk perempuan baik-baik untuk mengadakan hubungan kelamin dan berakibat hamil, kemudian orang tersebut tidak mau mempertanggungjawabkan perbuatannya, akan terasa tidak adil bila si pelaku tersebut tidak dihukum.

B. Putusan Pengadilan Sebagai Alternatif Dalam Pembentukan Hukum

Pasal 1 ayat (1) KUHP hanya menghendaki suatu perbuatan dapat dipidana jika ada undang-undang yang mengaturnya sebagai perbuatan yang dilarang dilakukan orang, terlebih dahulu dari perbuatan tersebut. Hukum pidana dilihat sebagai hukum undang-undang, di luar undang-undang tidak ada hukum. Pandangan bahwa dalam undang-undanglah terdapatnya hukum yang merupakan pikiran warisan dari zaman Jean Bodin (1527 -1596). Dengan demikian, akan terjadi kekosongan hukum. Tugas hakimlah untuk mengisi kekosongan hukum tadi.

Sebagaimana terlihat dari sejarah terbentuknya KUHP tadi, KUHP adalah merupakan produk kolonial serta didasarkan atas pandangan hidup orang Eropa, banyak perbuatan-perbuatan yang menurut pandangan masyarakat setempat (hukum adat) merupakan perbuatan pidana tidak memperoleh pengaturan dalam KUHP, sehingga bukan merupakan perbuatan yang dilarang untuk dilakukan orang.

Oleh karena itu, KUHP merupakan suatu kodifikasi, yang tidak saja untuk memberikan ketentuan yang pasti tentang kaidah-kaidah hukum yang berlaku, tidak saja untuk memperoleh suatu kesatuan

hukum, tetapi juga untuk mencapai suatu kepastian hukum, yang mengandung arti, bahwa: tiap ketentuan, tidak terdapat dalam kodifikasi tidak dapat diberi kekuatan hukum.

Kekosongan hukum yang terjadi karena ketentuan perundang-undangan tidak mengaturnya, tidak bisa dibiarkan terus terjadi. Namun, jika pembentukan hukum untuk mengisi kekosongan hukum tersebut diserahkan sepenuhnya melalui proses pembahasan badan legislatif, akan memakan waktu yang cukup lama. Padahal penyelesaian hukum serta rasa keadilan masyarakat memerlukan penanganan dan penyelesaian yang segera. Ketentuan perundang-undangan mengamanatkan kepada hakim untuk menyelesaikan hal-hal semacam itu, walaupun ia merasa peraturan yang mengatur mengenai hal tersebut tidak atau kurang jelas, bahkan mungkin memang belum diatur secara tegas untuk perkara yang dihadapkan kepadanya. Karena hakim harus memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya, maka ia harus dapat menemukan hukumnya agar perkara tersebut dapat diadili. Dalam konteks ini hakim dapat dikatakan membentuk hukum apabila pada akhirnya ia dapat menyelesaikan tugasnya dengan baik, yang berarti ia dapat memberikan keputusan yang adil terhadap perkara yang ditanganinya.

Dengan demikian, dalam melaksanakan amanat tersebut hakim dengan putusan-putusannya dapat menjadi suatu alternatif bagi pembentukan hukum di masa-masa yang akan datang. Pembentukan hukum melalui putusan-putusan hakim tersebut, karena merupakan pembentukan hukum in-concreto, akan lebih dapat memahami nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat.

Sehubungan dengan hal itu, perlu dikemukakan bahwa, hukum pidana pada masa yang akan datang tidak boleh mengabaikan aspek-aspek yang berkaitan dengan kondisi manusia, alam dan tradisi

Indonesia. Dalam hal ini langkah yang ditempuh oleh Tim Perancang KUHP Nasional dalam beberapa hal cukup beralasan. Langkah ini antara lain mencakup penegasan terhadap apa yang tercantum di dalam UU No. 1 Drt. Tahun 1951, Pasal 5 ayat (3) sub-b yakni dimungkinkan penyimpangan terhadap asas *lex* serta sebagaimana diatur dalam asas legalitas yang dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Penyimpangan dilakukan dengan mengakui berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut hukum adat setempat seseorang patut dipidana bilamana perbuatan itu tidak ada persamaanya dalam peraturan perundang-undangan.

Menjadikan hukum adat sebagai sumber hukum dalam arti positif tidak mungkin dipahami oleh orang-orang yang dalam pikirannya sudah terpateri pemikiran-pemikiran individualistis. Secara empiris dapat dibuktikan bahwa langkah ini tidak mengada-ada.

Dari putusan-putusan yang dikemukakan di atas tampak bahwa hakim melalui putusan-putusannya tersebut telah menjalankan amanat undang-undang, bahwa sebagai penegak hukum dan keadilan hakim harus menggali, memahami, dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat.

Jika kita perhatikan kembali asas yang mengatakan bahwa hakim dilarang secara tegas untuk menolak perkara (pidana) yang dihadapkan kepadanya untuk diperiksa dan diadili. Sedangkan di lain pihak, hakim diwajibkan pula, untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dimasyarakat sedangkan kewajiban yang diemban oleh hakim inipun tidak boleh melanggar asas legalitas, yang menekankan kepada terjaminnya kepastian hukum, tapi kurang memberikan keadilan.

Dari uraian di atas, tampak bahwa undang undang tidak memuaskan penegak hukum dan pencari keadilan, terutama bagi

hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, tidak dapat menemukan keadilan hanya dalam undang-undang, tetapi akhirnya ia juga tidak dapat menerapkan undang-undang. Karena itu, dalam putusan hakim sering ditemukan kaidah-kaidah baru seperti mengesampingkan suatu ketentuan peraturan perundang-undangan. Putusan yang demikian kalau telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap, apalagi telah diikuti oleh putusan-putusan berikutnya, dapat disebut *yurisprudensi*. Putusan-putusan hakim dengan demikian dapat merupakan suatu pilihan bagi pembentukan hukum selain pembentukan hukum melalui lembaga legislatif.

Bila hal tersebut dihubungkan dengan RUU KUHP terlihat adanya perluasan dari asas legalitas dari Pasal 1 ayat (1) KUHP yang sekarang berlaku, yaitu masih memberikan kemungkinan kepada hakim untuk memidana atas perbuatan-perbuatan yang tidak dirumuskan oleh undang-undang sebagai perbuatan yang dilarang dilakukan orang dan diancamkan pidana, walaupun oleh hukum adat perbuatan tersebut dianggap tercela dan patut dipidana.

Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP menyatakan: Tiada seorangpun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.

Pasal ini tetap memuat asas yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang sekarang berlaku, yaitu asas legalitas. Namun, konsep RUU KUHP ini juga memberikan keleluasaan kepada hakim pidana untuk menerapkan hukum tidak tertulis/hukum adat dalam hal perbuatan-perbuatan tersebut tidak ada pengaturannya dalam peraturan perundang-undangan, seperti termuat dalam ayat (3) pasal yang sama, yang berbunyi sebagai berikut:

"Ketentuan sebagaimana tersebut dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya

hukum yang hidup atau hukum adat yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam perundang-undangan".

Ketentuan ini memberikan landasan yang kuat untuk memidana pelaku delik adat. Dari perumusan inipun, tampak bahwa yang dianut adalah ajaran sifat melawan hukum secara material, yaitu suatu perbuatan bersifat melawan hukum tidak saja ditentukan oleh undang-undang (hukum tertulis), melainkan juga ditentukan dalam asas-asas hukum yang tidak tertulis; perbuatan pidana itu di samping memenuhi syarat-syarat formal perbuatan harus pula betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak boleh atau tidak patut dilakukan.

Bagi Indonesia hukum bukanlah hanya berarti undang-undang sebagai produk badan legislatif saja, tetapi juga dan bahkan sebagian besar apa yang justru hidup dalam masyarakat sendiri sebagai suatu yang sudah menjiwai dan akan hidup terus serta didukung dalam perkembangannya. Hukum yang demikianlah yang penerapannya tidak memerlukan suatu kekuatan penguasa yang bersifat memaksa. Pentaatan warga masyarakat didasarkan kepada kepatuhan moral yang mendasari jiwa dari setiap anggota warga masyarakat, dan hukum dalam perwujudannya yang demikian tadi merupakan gejala kebudayaan dari suatu bangsa.

Hukum positif memberikan wewenang sepenuhnya kepada hakim untuk memutus menurut perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat pada waktu dan tempat perbuatan tersebut.

Selanjutnya Pasal 1 ayat (4) mengatakan: "Terhadap perbuatan yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) berlaku ketentuan pidana dalam Pasal 93".

Sedangkan Pasal 93 dari RUU KUHP tersebut berbunyi sebagai berikut:

- Dalam putusan dapat ditetapkan kewajiban adat yang harus dilakukan oleh terpidana.
- Pemenuhan kewajiban adat sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) merupakan pidana pokok atau yang diutamakan, jika tindak pidana yang dilakukan memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (3).
- Kewajiban adat sebagaimana dimaksud ayat (1) dianggap sebanding dengan pidana denda Kategori I dan dapat dikenakan pidana pengganti untuk pidana denda, jika kewajiban adat itu tidak dipenuhi atau tidak dijalani oleh terpidana.
- Pidana pengganti sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) dapat juga berupa pidana ganti kerugian.

Penjelasan dari pasal ini mengatakan antara lain, . . . "Untuk memberikan dasar hukum yang mantap, maka asas berlakunya hukum pidana adat tersebut di tuangkan dalam KUHP. Asas ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam perundang-undangan, jadi merupakan hukum tertulis. Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu".

E. PENUTUP

1. Kesimpulan

- 1) Pidana adat sangat berperan dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia melalui putusan hakim. Pidana adat dapat menjadi suatu pedoman bagi hakim untuk memutuskan suatu perkara pidana yang berhubungan dengan tindak pidana yang belum diatur dalam KUHP.
- 2) Putusan pengadilan dapat dijadikan alternatif dalam pembentukan hukum dalam perkara pidana di Indonesia. Hal ini disebabkan pada saat hakim mengadili suatu perkara

yang ketentuan peraturan perundang-undangnya kurang jelas atau bahkan belum diatur secara tegas maka hakim harus menemukan hukumnya agar perkara tersebut dapat diadili. Apabila pada akhirnya hakim dapat memberikan keputusan yang adil terhadap perkara yang ditanganinya maka dapat dikatakan hakim sudah menemukakan hukum baru dan putusan ini dapat dijadikan yurisprudensi bagi hakim-hakim lain dalam menangani perkara yang sama di masa mendatang.

2. Saran

- 1) Perlu diperhatikan bahwa walaupun hakim berwenang memperhitungkan, memperhatikan kebutuhan-kebutuhan masyarakat, tetapi hakim tetap harus berpegangan kepada hukum. Kebebasan untuk menafsirkan sesuai dengan kebutuhan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat itu tidak berarti bahwa hakim boleh tidak setia kepada hukum.
- 2) Perlu diadakannya penelitian mengenai pembentukan hukum melalui putusan-putusan pengadilan, sebab hal ini sangat penting sebagai kontribusi dalam pembentukan hukum pidana nasional, yang selain tetap dapat menunjukkan adanya kepastian hukum, sangat penting juga adalah dapat memberika/mencerminkan tertampungnya rasa keadilan yang hidup di masyarakat itu.

DAFTAR PUSTAKA

Abidin, Andi Zainal., *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, Juli 1984.

Adji, Oemar Seno., "Hukum-Hakim Pidana"; penerbit Erlangga, Jakarta, 1980.

-----.,, "KUHP Sekarang; Erlangga, Jakarta, 2000..

Adji, Indrijanto Seno., *Dissenting Opinion, Keterbukaan Yudikatif*; Artikel, Kompas; Senin, 2 April 2001.

Algra, N.E., et. Al., *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae*, Binacipta, Bandung, 1983.

Apeldoorn, L.J. van., *Pengantar Ilmu Hukum*, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 1984.

Dherana, Tjokorde Raka dan I Made Widnyana, "Agama Hindu dan Hukum Pidana Nasional; Makalah/Prasaran pada Simposium Tentang Pengaruh Kebudayaan/Agama terhadap Hukum Pidana di Denpasar, 1975.

Di Pradja, R. Achmad S. Soema., *Hukum Pidana Dalam Yurisprudensi*'; Armico, Bandung, 1990.

Hamzah, Andi., *Terminologi Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, Cetakan Kedua, 2009.

-----., *Pemberantasan Korupsi Ditinjau Dari Hukum Pidana*, Penerbit Pusat Studi Hukum Pidana Universitas Trisakti, 2002.

Harahap, Yahya., *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHP*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, Mei 1985.

Institut Hindu Dharma, 'Pandangan Agama Hindu Terhadap Delik Adat Lokika Sanggraha'; makalah/Prasaran, Symposium Pengaruh Kebudayaan/ Agama terhadap Hukum Pidana, Denpasar, 1975.

Kaler, I Gusti Ketut., *Butir-Butir Tercecer tentang Adat Bali*, Bali Agung, 1983.

Kasimun, Karjoso., 'Selayang Pandang Tentang Delik Perzinahan Pasal 284 KUHP Di Masa Mendatang'; *Majalah Padjadjaran*, Nomor 1-2-1985. Jilid XV, ISSN No. 0216-8227.

Kusumaatmadja, Mochtar dan B. Arief Sidharta, "Pengantar Ilmu Hukum –

- Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum, Buku I, Alumni, Bandung, 2000.
- Loqman, Loebby., "Delik-Delik Politik.", Ind-Hill Co., Jakarta, 1990.
- Mertokusumo, Sudikno, "Penemuan Hukum", Liberty Yogyakarta, cetakan pertama, Januari 2000.
- dan Pitlo, Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1993.
- Muladi, 'Demokratisasi, HAM dan Reformasi Hukum di Indonesia'; Habibie Centre, Jakarta, 2002.
- dan Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Hukum Pidana, Alumni, Bandung, 1992.
- Soekanto, Serjono dan Mamudji, Sri., Pengantar Penelitian Hukum Normatif, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Syahrani, Riduan., Rangkuman Intisari Ilmu Hukum, Pustaka Kartini, Banjarmasin, 1991.
- Varia Peradilan No. 72 Tahun 1991.
- Varia Peradilan, Tahun 10 No. 115, April, 1995.
- Varia Peradilan, Tahun XIII No. 151, April 1998.
- Yurisprudensi Indonesia Tahun 1979.