

Bahan Bacaan

Aliansi Nasional
Reformasi KUHP

**PERKEMBANGAN ASAS LEGALITAS
DALAM HUKUM PIDANA INDONESIA**

Oleh :
Prof. Dr. Loebby Loqman, SH.MH

Makalah Disampaikan Pada
SEMINAR TENTANG ASAS-ASAS HUKUM PIDANA NASIONAL

Diselenggarakan Oleh :
BADAN PEMBINAAN HUKUM NASIONAL
DEPARTEMEN KEHAKIMAN DAN HAK ASASI MANUSIA RI
Bekerjasama Dengan
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS DIPONEGORO SEMARANG

Puri Suite Hotel Ciputra, Semarang, 26 – 27 April 2004

Oleh :
Prof. Dr. Loebby Loqman, SH. MH.^{*)}

Prinsip “Legality” merupakan karekteristik yang essentieel, baik ia dikemukakan oleh “Rule of Law” – konsep, maupun oleh faham “Rechstaat” dahulu, maupun oleh konsep “Socialist Legality”. Demikian misalnya larangan berlakunya Hukum Pidana secara retroaktif atau retrospective, larangan analogi, berlakunya asas “nullum delictum” dalam Hukum Pidana, kesemuanya itu merupakan suatu refleksi dari prinsip “Legality”¹.

A. Asas Legalitas : Makna dan Perkembangannya

Memaknai Asas Legalitas memang tercantum di dalam pasal 1 ayat (1) KUHP. Kalau redaksionalitas kata-katanya asli dalam bahasa Belanda disalin ke dalam bahasa Indonesia, maka berbunyi : ”Tiada suatu perbuatan (*feit*) yang dapat dipidana selain berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang mendahuluinya”.

Perlu pula untuk menjadi perhatian bahwa menurut Moeljatno istilah *feit* itu juga diartikan dengan kata ”peristiwa”, karena dengan istilah *feit* itu mengandung suatu

^{*)} Pengajar pada Program Pascasarjana Universitas Indonesia Bidang Studi Ilmu Hukum, Program Magister Hukum Universitas Krisnadipayan, Program Magister Ilmu Hukum Universitas Padjadjaran, dan Perguruan Tinggi Ilmu Kepolisian.

¹ Oemar Seno Adji. *Peradilan Bebas Negara Hukum*. Cetakan Pertama. Jakarta: Penerbit Erlangga. 1980, halaman 21.

pengertian sebagai perbuatan yang melanggar sesuatu yang dilarang oleh hukum pidana maupun perbuatan yang mengabaikan sesuatu yang diharuskan.

Penerapan hukum pidana atau suatu perundang-undangan pidana berkaitan dengan waktu dan tempat perbuatan dilakukan. Berlakunya Hukum Pidana menurut waktu menyangkut penerapan hukum pidana dari segi lain. Hazewinkel- Suringa berpendapat, jika suatu perbuatan (*feit*) yang memenuhi rumusan delik yang dilakukan sebelum berlakunya ketentuan yang bersangkutan, maka bukan saja hal itu tidak dapat dituntut tetapi untuk orang yang bersangkutan sama sekali tidak dapat dipidana, itulah legalitas yang mengikat perbuatan yang ditentukan secara tegas oleh undang-undang.

Makna Asas Legalitas yang tercantum di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dirumuskan di dalam bahasa Latin: "*Nullum delictum nulla poena sine praevia legi poenali*", yang dapat diartikan harfiah dalam bahasa Indonesia dengan: "*Tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya*". Sering juga dipakai istilah Latin: "*Nullum crimen sine lege stricta*", yang dapat diartikan dengan: "*Tidak ada delik tanpa ketentuan yang tegas*". Hazewinkel-Suringa memakai kata-kata dalam bahasa Belanda "*Geen delict, geen straf zonder een voorfgaande strafbepaling*" untuk rumusan yang pertama dan "*Geen delict zonder een precieze wettelijke bepaling*" untuk rumusan kedua.

Ada dual hal yang dapat ditarik sebagai kesimpulan dari rumusan tersebut :

- 1) Jika sesuatu perbuatan yang dilarang atau pengabaian sesuatu yang diharuskan dan diancam dengan pidana maka perbuatan atau pengabaian tersebut harus tercantum di dalam undang-undang pidana.
- 2) Ketentuan tersebut tidak boleh berlaku surut, dengan satu pengecualian yang tercantum di dalam pasal 1 ayat (2) KUHP.

Moelyatno menulis bahwa asas legalitas itu mengandung tiga pengertian :

- 1) Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang.
- 2) Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kiyas).
- 3) Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.²

Meskipun rumus itu dalam bahasa Latin, namun ketentuan itu, menurut Andi Hamzah, tidaklah berasal dari hukum Romawi. Hukum Romawi tidak mengenal Asas Legalitas, baik pada masa republik maupun sesudahnya. Rumus itu dibuat oleh **Paul Johann Aslem von Feuerbech** (1775-1833), seorang pakar hukum pidana Jerman di dalam bukunya : "Lehrbuch des peinlichen Rechts" pada tahun 1801. Jadi merupakan produk ajaran klasik pada permulaan abad ke sembilan belas (Beccaria).

² Moelyatno. *Asas-asas Hukum Pidana*. Jakarta : Bina Aksara, 1978, hal. 25.

Adagium dari von Feuerbach itu dapat dialirkan menjadi tiga asas seperti yang dirumuskan oleh W.A. van der Donk, yaitu *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*. Ternyata pengapilkasian adagium ini memiliki berbagai pandangan tentang "*nulla poena sine lege*", bahwa di dalam dasar yang sama itu disatu pihak lebih menitik beratkan kepada asas politik agar rakyat mendapat jaminan pemerintah tidak sewenang-wenang (Montesquieu dan Rousseau), dan di lain pihak menitik beratkan kepada asas hukum yang terbagi atas titik berat pada hukum acara pidana dengan maksud peraturan ditetapkan lebih dahulu agar individu mendapat perlindungan dan para penerap hukum terikat pada peraturan itu, dan yang paling terkenal adalah fokus yang menitik beratkan pada hukum pidana materiel dengan maksud setiap pengertian perbuatan pidana dan pidananya itu didasarkan pada undang-undang yang ada (Beccaria dan von Feurbach).

Menurut Hazewinkel-Suringa, pemikiran yang terkandung di dalam rumusan tersebut ditemukan juga dalam ajaran Montesquieu mengenai ajaran pemisahan kekuasaan, bukan hakim yang menyebutkan apa yang dapat dipidana, pembuat undang-undang menciptakan hukum. Pembuat undang-undang tidak saja menetapkan norma tetapi juga harus diumumkan sebagai norma-norma sebelum perbuatan. Manifestasi pertama kali di dalam Konstitusi Amerika pada tahun 1783

dan berikutnya dan kemudian di dalam Pasal 8 **Declaration desdroits de l’homme et du citoyen** tahun 1789. Akhirnya muncul di dalam Pasal 4 Code Penal dan WvS Belanda yang kemudian turun ke KUHP Indonesia, dan KUHP Belgia pada Pasal 2.³ Sebagaimana telah dikemukakan diatas, Asas Legalitas dalam KUHP Indonesia (yang berasal dari WvS. Ned.) ini sebenarnya merupakan peraturan yang tercantum dalam *Declaration Des Droits De L’Homme Et Du Citoyen* tahun 1789, yang berbunyi: ”Tidak ada orang yang dapat dipidana selain atas kekuatan undang-undang yang sudah ada sebelumnya”.

Pandangan ini dibawa oleh **Lafayette** dari Amerika ke Perancis setelah ia membaca dan mempelajari *Bill of Rights Virginia* tahun 1776 (Bill of Rights = Piagam Hak Asasi Manusia).

Dalam Bill of Rights hanya ditentukan, bahwa tidak ada orang yang boleh dituntut atau ditangkap selain dengan dan dalam peristiwa-peristiwa yang terdapat dalam undang-undang. Jadi asas ini memberikan perlindungan terhadap tuntutan dan penangkapan sewenang-wenang. Asas ini berasal dari *Habeas Corpus Act* tahun 1679 (UU. Inggris yang menetapkan bahwa seseorang yang ditangkap harus diperiksa dalam waktu singkat), yang pada gilirannya berasal dari *Pasal 39 Magna Charta* tahun 1215, yang memberikan perlindungan terhadap penangkapan,

³ D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, 1983, hal. 380.

penahanan, penyitaan, pembuangan, dikeluarkannya seseorang dari perlindungan hukum atau undang-undang (*vogelvrij*), selain dari jika dijatuhkan putusan pengadilan yang sah oleh “orang-orang yang sederajat” dari orang yang bebas dituntut itu.

Diketahui dalam perjalanan sejarah bahwa Belanda pun yang menganut asas itu didalam KUHP, didalam situasi yang darurat, pernah meninggalkan asas itu, yaitu pada tanggal 22 Desember 1943 di London saat dikeluarkan Keputusan Luar Biasa tentang Hukum Pidana (S.d 61), mengenai beberapa delik terhadap keamanan Negara dan kemanusiaan diberlakukan ketentuan yang berlaku surut. Bahwa pidana mati yang tidak kenal di dalam KUHP Belanda dapat dikenakan sebagai hukum negara dalam keadaan darurat, sebagaimana kita kenal dengan istilah “*abnormal recht voor abnormal tijden*”.

Bagi Andi Hamzah dan Loebby Loqman, walaupun menurut Pasal 1 ayat (1) KUHP di Indonesia dianut asas legalitas, namun dahulu sewaktu masih adanya pengadilan Swapraja dan pengadilan adat, dimungkinkan oleh Undang-undang Nomor 1 Drt Tahun 1951 Pasal 5 ayat (3) nuri b, hakim menjatuhkan pidana penjara maksimum 3 (tiga) bulan dan/ atau denda paling banyak lima ratus rupiah bagi perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap delik yang belum ada padanannya di dalam KUHP.

Begitu pula di dalam Rancangan Buku I KUHP yang telah melalui lokakarya yang diadakan oleh Badan Pembinaan Hukum nasional pada tahun 1982, tercantum asas legalitas pada Pasal 1 ayat (1), namun pada ayat 4 dimungkinkan penjatuhan pidana terhadap delik adapt setempat yang belum ada padanannya di dalam KUHP (Rancangan KUHP Tahun 2000 tercantum pada Pasal 1 ayat 3 KUHP).

Mungkin ada kalangan yang merisaukan ketentuan semacam ini yang merupakan penyimpangan dari asas legalitas. Oleh karena itu, Tim Pengkajian Hukum Pidana sebagai penyusun Rancangan KUHP baru memikirkan untuk membatasi pidana yang dapat dijatuhkan terhadap delik adat setempat itu dengan denda saja, yaitu yang paling ringan (menurut kategori I dari Rancangan KUHP Tahun 2000).

Di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dipakai kata-kata “perundang-undangan pidana” bukan undang-undang pidana, ini berarti bukan undang-undang dalam arti formal saja, tetapi juga meliputi semua ketentuan yang secara materiel merupakan undang-undang seperti Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, Peraturan Daerah dan lain-lain peraturan yang memiliki perumusan delik dan ancaman pidana, baik yang masuk dalam lingkup Hukum Perdata maupun Hukum Administrasi (Civil Penal Law dan Administrative Penal Law).

Perlu pula untuk dikemukakan mengenai adanya pendapat para pengarang yang pro dan kontra terhadap eksistensi asas legalitas tersebut di dalam KUHP Indonesia. Hampir semua penulis yang disebut di dalam tulisan ini dapat digolongkan pro dianutnya asas legalitas, dan khusus untuk Indonesia, dapat disebut seorang penulis, yaitu Utrecht yang keberatan dianutnya asas tersebut di Indonesia. Alasannya ialah banyak sekali perbuatan yang sepatutnya dipidana (*strafwaardig*) tidak dipidana karena adanya asas tersebut. Begitu pula asas tersebut menghalangi berlakunya hukum pidana adat yang masih hidup dan akan hidup.

Menurut pendapat Andi Hamzah, adanya asas tersebut di dalam KUHP Indonesia merupakan *dilemma*, karena memang dilihat dari segi yang satu seperti digambarkan oleh Utrecht tentang hukum adat yang masih hidup, dan menurut pendapat Andi Hamzah tidak mungkin dikodifikasikan seluruhnya karena perbedaan antara adapt pelbagai suku bangsa, tetapi dilihat dari segi yang lain, yaitu kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia dari perlakuan yang tidak wajar dan tidak adil dari penguasa dan hakim sehingga diperlukan adanya asas itu. Lagipula sebagai Negara berkembang yang pengalaman dan pengetahuan para hakim masih sering dipandang kurang sempurna sehingga sangat berbahaya jika asas itu ditinggalkan.

B. Asas Retroaktif : Perluasan Kearah Yang Rigid-Limitatif

International Commission of Jurists telah mencanangkan pengakuan asas legalitas sebagai suatu wacana bagi setiap negara yang benar mengakui hukum sebagai fundamental operasionalisasi ketatanegaraan. Asas Legalitas sangat dibutuhkan untuk menjamin terhadap setiap tindakan pencegahan atas perbuatan sewenang-wenang yang akan dilakukan oleh penguasa. Penguasa yang absolute, anarchies dan otoriter biasanya berkehendak membentuk peraturan untuk melakukan pemidanaan terhadap perbuatan lawan politiknya yang tidak ada aturan tertulisnya. Diciptakanlah suatu produk hukum positif dan kemudian diberlakukan suatu asas yang berlaku surut (retroaktif) untuk menjangkau perbuatan lawan politik atau oposannya agar dapat dikenakan pemidanaan. Memang, tragis-lah apabila Hukum (Pidana) hanya dipergunakan sebagai sarana kepuasan atau pemuasan kepentingan politik saja. Eksplisitas dari salah satu pandangan *International Commission of Jurists* adalah tidak diperkenankannya berlaku asas retroaktif yang sangat merugikan pihak pencari keadilan, dengan tetap memperhatikan secara fundamental dan essensial asas legalitas dalam kehidupan bernegara yang mengakui adanya hukum sebagai suatu supremasi. Pandangan ini searah dengan sejarah berjalannya Hukum Pidana Indonesia memberlakukan asas retroaktif, kecuali oleh oemerintahan Hindia Belanda yang akan diuraikan dibawah ini.

Era Pra Kemerdekaan, sejak tahun 1915 tidak pernah diberlakukan asas retroaktif, kecuali saat pemerintah Hindia Belanda dalam pengasingan (di Australia), saat pemerintahan Hindia Belanda harus menyingkir dari bumi Indonesia karena penduduk Jepang. Setelah kemenangan pasukan sekutu terhadap bala tentara Jepang di Asia, Pemerintah Pengasingan Hindia Belanda telah menerbitkan suatu aturan yang dinamakan sebagai *Brisbane Ordonnantie 1945* mengenai penerapan delik terhadap keamanan negara. Tujuannya adalah melakukan pemidanaan terhadap pihak yang secara politis mengalami kekalahan perang, yaitu bala tentara Jepang beserta para kolaboratornya. Demikian kuatnya keinginan memberlakukan asas retroaktif, nyatanya bertujuan untuk melakukan suatu dominasi politis secara luas terhadap pihak-pihak lain yang dianggap sebagai oposannya. Menurut **Andi Hamzah** seorang pakar Hukum Pidana, bahwa dari tinjauan histories, penetapan asas retroaktif hanyalah merupakan pengakuan terhadap eksistensi dari asas *Lex Talionis* (pembalasan). Hukuman mati terhadap Naomi merupakan salah satu buktinya. Naomi adalah seorang bintara Angkatan Laut Jepang yang bertanggung jawab sebagai Kepala Dapur Kamp. Tawanan Sekutu di Makassar, sedangkan Komandan Garnisun yang secara militer bertanggung jawab pidana secara individualistik telah melakukan hara-kiri, sehingga secara hierarkis Naomi dijatuhkan pidana tersebut. Sifat pembalasan politis sebagai sikap dari Lex Talionis

ini tercermin dari pertimbangan putusan peradilan militer yang menyatakan antara lain :”.....*karena kekuatan (angkatan perang) Sekutu akan mengejarnya sampai ke ujung langit untuk pada akhirnya akan diserahkan kepada instansi penuntut karena hukum akan ditegakkan*”.⁴ Diberlakukannya asas retroaktif ini sangat dikritik oleh pakar-pakar hukum pidana di Indonesia maupun di Belanda, karena para akademisi hukum pidana serempak menghendaki adanya suatu revisi yang lurus terhadap Sistem Hukum Pidana ini. Hal ini harus diartikan bahwa diberlakukannya Asas Retroaktif ini haruslah memiliki identitas dengan kondisi suatu Negara, artinya harus memiliki suatu korelasi ketat antara berlakunya *Staatsnoodrecht* (Hukum Tata Negara Darurat) dengan Hukum Pidana. Asas Retroaktif merupakan suatu pengecualian yang sangat restriktif dan limitative, bahkan setidaknya menghindari adanya asas ini (retroaktif) dalam wacana Sistem Hukum Pidana Indonesia. Bagi pemerintahan Hindia Belanda saat itu (dalam pengasingan), adanya Asas Retroaktif hanya dalam keadaan negara yang darurat sifatnya, dan diberlakukan dalam wilayah yang limitative dan temporer berlakunya.

Pada era Orla, Bung Karno sangat menentang diberlakukannya prinsip retroaktif dalam wacana sistem hukum (pidana) Indonesia, begitu pula pada saat ***era Orba***. Saat itu (era Orba), asas retroaktif, dengan segala bentuk dan alasan apapun juga,

⁴ Andi Hamzah. *Hukum Pidana Politik*. Cetakan Keempat. Jakarta : Pradnya Paramita. 1992. halaman 2,3.

juga tidak dikehendaki karena dianggap akan menimbulkan suatu bias hukum, tidak ada kepastian hukum dan akan menimbulkan kesewenang-wenangan dari para pelaksana hukum dan politik, dan akhirnya akan menimbulkan apa yang dinamakan suatu “*political revenge*” (balas dendam politis). Apabila mencermati pendekatan histories ini, sistem hukum (pidana) Indonesia yang tidak eksis terhadap asas retroaktif, maka agak terasa janggal rasanya di era reformasi yang serba transparansi terhadap pengakuan dan penghargaan HAM ini ada semangat menimbulkan Asas Retroaktif.

Pandangan komparasinya dapat terlihat sewaktu Stalin memberlakukan asas retroaktif yang secara jelas-jelas menyingkirkan asas legalitas sebagai ciri fundamental dan prima sifatnya dalam Hukum Pidana Rusia, tujuannya tentulah untuk melakukan suatu pembalasan politik terhadap kekuasaan absolut yang berkuasa sebelumnya. Namun demikian, saat Krushev berkuasa menggantikan Stalin, asas legalitas dikembalikan lagi sebagai sumber primaritas dalam wacana Hukum Pidana Rusia.

Semangat untuk melakukan eksistensi asas rektroaktif justru dianggap kemunduran dan menimbulkan suatu destruktif terhadap sistem hukum (pidana) yang ada, bahkan meletakkan asas Lex Talionis sebagai sumber primaritas.

Dari pendakatan histories tersebut, khususnya kehendak Pemerintahan Hindia Belanda, baik doktrin maupun ilmu hukum (pidana), keberadaan Asas Retroaktif haruslah memenuhi criteria yang rigid dan limitative, antara lain : *(1) adanya korelasi antara Hukum Tata Negara Darurat (Staatsnoodrecht) dengan Hukum Pidana, artinya asas retroaktif hanya dapat diberlakukan apabila Negara dalam keadaan darurat (abnormal) dengan prinsip-prinsip hokum darurat (abnormal recht), karena sifat penempatan asas ini hanya bersifat **temporer** dan dalam wilayah hokum yang sangat **limitative**, dengan diberikan suatu criteria yang jelas masa berlakunya dan sifat penanganan kasusnya berdasarkan **case by case basis** (kasuistis), (2) asas retroaktif tidak diperkenankan bertentangan dengan Pasal 1 ayat 2 KUHP Pidana yang imperatif sifatnya, artinya sifat darurat keberlakuan asas retroaktif yang dibenarkan perundang-undangan dengan alasan eksepsionalitas ini tidak berada dalam keadaan yang merugikan seorang tersangka/terdakwa, dan (3) substansiel dari suatu aturan yang bersifat retroaktif harus tetap memperhatikan **Asas Lex Certa**, yaitu penempatan substansiel suatu aturan secara tegas dan tidak menimbulkan multi-interpretatif, sehingga tidak dijadikan sebagai sarana penguasa melakukan suatu perbuatan yang dikategorikan *abuse of power*.*

Berkaitan dengan semangat penegak Hak Asasi Manusia (HAM) dan pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, tentunya suatu UU menghendaki adanya Pengadilan HAM dan pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang bersifat permanent, sehingga agaklah terasa *absurd* apabila pengaturan prinsip retroaktif tentang Pengadilan HAM Ad Hoc bersifat intra pada UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dan UU No. 15 dan No. 16 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, UU Pengadilan HAM maupun Terorisme yang bersifat permanen seharusnya tidak mengenal prinsip retroaktif. Permasalahan yang timbul adalah penyelesaian hukum terhadap berbagai perbuatan yang dikategorisir sebagai *gross violation of human rights* di masa lalu. Pendapat Hendardi bahwa perlu dibentuk Pengadilan HAM Ad Hoc yang tempore dan terpisah dari Pengadilan HAM yang permanen dengan sedikit keleluasan dari asas legalitasnya, patut menjadi perhatian. Pembentukan suatu Pengadilan HAM Ad Hoc yang akan memeriksa dan mengadili pelanggaran *gross violation of human rights* di masa lalu haruslah bersifat *temporer* (sementara) dengan diberikan suatu kriteria yang jelas masa berlakunya dan sifatnya yang *case by case basis* (kasuistik), tentunya ini untuk menghindari suatu bentuk pelanggaran gaya baru terhadap HAM.

Agaklah menimbulkan resume yang deskriptif, bahkan menimbulkan suatu sigma dalam Sistem Hukum Pidana, apabila UU Pengadilan HAM dan UU Terorisme yang

bersifat permanen memuat secara intra kodifikatif ketentuan-ketentuan tentang Pengadilan HAM Ad Hoc untuk *Gross Violation of Human Rights* yang bersifat temporer. Kesannya, UU Pengadilan HAM dan UU Terorisme akan bersifat “*overloading law*”. Namun demikian, andai kata pun dipaksakan, penerapan Asas Retroaktif melalui ketentuan UU Pengadilan Ham Ad Hoc yang temporer ini pun tidak berarti tidak akan menemui kejanggalan-kejanggalan yang berpolisme saja, mengingat pendekatan historis terhadap Sistem Hukum Pidana Indonesia tidak mengenal Asas Retroaktif yang rentan dengan sifat primaritas Lex Talionis tersebut. Sepanjang pengetahuan kami, ketentuan tentang “*crimes of genocide*” maupun “*crimes against humanity*”, termasuk masalah “*torture*” adalah intra dari Rancangan KUHP Pidana Nasional dengan cara melakukan adopsi terhadap Konvensi International mengenai Human Rights.

Bandingkan saja dengan Stuta tentang **International Criminal Court** dimana *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on The Establishments of an International Criminal Court* di Roma (Italia) telah mensahkan Statute for International Criminal Court melalui voting dengan perbandingan suara 120 setuju, 7 menolak, dan 21 abstain (termasuk Indonesia).

Statuta ini telah dinyatakan berlaku setelah diratifikasi oleh setidaknya 60 Negara yang tersimpan pada Sekjen PBB. Kejahatan-kejahatan yang tercantum

dalam Pasal 5 Statuta tersebut menyangkut pelanggaran berat HAM (*gross violation of human rights*), yaitu kejahatan yang dinamakan “*The Crime of Genocide*” dan “*Crimes Against Humanity*”, selain “*War Crimes*” dan “*The Crimes of Aggression*”. Meskipun sebagai institusi peradilan yang bersifat pelengkap (*Complementer Principle*), yaitu dalam hal Peradilan Nasional dianggap melakukan keengganan (*unwillingness*) atau ketidakmampuan (*inability*), nyatanya institusi ini (*International Criminal Court*) sebagai pengadilan permanent memberlakukan Asas Legalitas atau Non-Retroaktif (Pasal 24) dengan titik berat pada pertanggungjawaban Hukum Pidana yang universal, yaitu *individual criminal lresponsibility* (Pasal 25).⁵ Jadi secara tegas memang dinyatakan bahwa Asas Retroaktif tidak berlaku dalam Statuta *International Criminal Court* tersebut.

Kehendak eksistensi Asas Retroaktif nyatanya justru dapat menimbulkan preseden buruk dalam Sistem Hukum Pidana, setidaknya-tidaknya sarat akan wacana politis. Dahulu Hukum Pidana melalui Asas Retroaktif ini digunakan oleh para raja dengan dengan kekuasaan yang absolute, otoriter dan anarkis untuk melakukan pembalasan dendam terhadap pemberontakan rakyat yang menghendaki suasana ketatanegaraan yang demokratis, selain itu pada era awal Abad 20 sebagai arena balas dendam seperti dari pihak yang menang perang (sekutu) terhadap Jerman, Jepang dan para

⁵ H. Suwardi Martowiriono. *International Criminal Court*. Edisi No. 175. April. 2000. Jakarta : Varia Peradilan, halaman 97 – 113.

kolaboratornya, sedangkan dalam awal Abad 21 dengan wacana demokrasi modern seperti Indonesia sekarang ini justru dikhawatirkan akan menjadi sarana bagi “*political revenge*” secara rutinitas terhadap para oposannya di setiap era peralihan kekuasaan. Pepatah hukum menyatakan bahwa “*Asas Retroaktif adalah cermin dari Lex Talionis*”, akibat lebih jauh akan teridentifisir dari ungkapan Prof. Dr. Dimjati Hartono, S.H. bahwa “*Politiae Legibus Non Leges Politiae Adoptandae*” atau “*Politics are to be adopted to the Laws, and not the Laws to Politics*”. Bahkan, indikasinya, Asas Retroaktif hanyalah sarana untuk mencapai tujuan politik tertentu, bukan kehendak murni bagi pembaharuan hukum (pidana) !

C. Polemik Ekstensifikasi Asas Legalitas

Dalam kehidupan hukum di Indonesia yang tidak saja mengenal pengertian hukum secara tertulis, tetapi mencakup ketentuan-ketentuan hukum tidak tertulis yang masih hidup dalam masyarakat (adat), maka keberadaan hukum adat masih sangat memegang peranan tinggi, apalagi masih terdapatnya keharusan bagi hakim untuk menilai norma-norma dari perbuatan tercela dalam suatu masyarakat (adat), meskipun perbuatan tersebut tidak ada pengaturannya dalam ketentuan formil (tertulis). Kadangkala ditemuinya suatu perbuatan yang menurut masyarakat adat tertentu adalah tercela sifatnya, tetapi tidak ada pengaturannya dalam KUHP atau bahkan sebaliknya suatu perbuatan yang menurut KUHP dalam melawan hukum

atau tercela sifatnya, tetapi menurut ukuran masyarakat (adat) tertentu justru tidak dianggap sebagai hal yang tercela.

Kewajiban hakim untuk mengikuti gerak dinamika hukum, tidak saja dalam pengertian hukum tertulis saja tetapi mencakup artian hukum tidak tertulis dalam masyarakat, telah ditegaskan melalui Pasal 27 Undang-undang No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman. Tegasnya Pasal 27 Undang-undang No. 14 Tahun 1970 berbunyi :⁶)

“Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat”.

Tidak saja permasalahan hukum perdata adat yang harus menjadi perhatian hakim, tetapi segala hal yang menyangkut hukum pidana adat (materil/substansi) mendapat tempat bagi perhatian Hakim di Indonesia ini, termasuk soal yang berkaitan dengan “perbuatan tercela” atau sifat perbuatan melawan hukum secara materil dalam masyarakat adat di Indonesia, karenanya diperlukan suatu *sikap ketelitian yang akurat*, bahkan kehati-hatian *untuk menentukan suatu perbuatan dapat dikatakan sebagai tercela menurut ukuran masyarakat Indonesia*.

⁶ Loebby Loqman (b), *Kopita Selektika Hukum : Mengenang Almarhum Prof. H. Oemar Seno Adji, S.H.*, Cetakan

Penilaian terhadap adat atau tidaknya perbuatan tercela dari pelaku dalam masyarakat adapt ini erat kaitannya dengan persoalan ekuivalensi atau padanannya dengan perbuatan yang diatur dalam KUHP. Seperti contoh adanya suatu “hidup bersama tanpa nikah” dari pria dan wanita dewasa yang tidak terikat perkawinan atau dikenal dengan istilah “kumpul kebo”. Perbuatan itu sering ditemukan pada kehidupan masyarakat kota metropolitan ini dan dianggap sebagai sesuatu yang wajar, tetapi bagi masyarakat adat tertentu yang jauh dari kehidupan terang-benderang metropolitan seperti halnya Jakarta, Surabaya, maupun kota besar propinsi lainnya di Indonesia, maka perbuatan itu dipandang sebagai perbuatan tercela. Perbuatan “kumpul kebo” itu tidak ada peraturan undang-undang yang mengaturnya, sehingga perbuatannya itu formil tidak melawan hukum, meskipun perbuatan itu dipandang sangat tercela (materil adalah melawan hukum), karenanya bagi para pelakunya tidak dapat dikenakan sanksi pidana, mengingat berlakunya asas leglitas dalam pasal 1 ayat 1 KUHP Indonesia. Bagi masyarakat adapt tertentu di Indonesia, meskipun perbuatan “kumpul kebo” tidak melawan hukum secara formil (tidak ada peraturan tertulis yang melarang perbuatan itu) namun perbuatan itu dianggap tercela bagi masyarakatnya. Perbuatan “kumpul kebo” (bagi pria/wanita yang dianggap dewasa) sebenarnya sebagai perbuatan yang tidak ada pandanannya

atau ekuivalensinya dengan KUHP, sehingga menjadi kewajiban hakim untuk memeriksa perkara pidana adat itu.

Di Indonesia yang masih mengakui secara ketat eksistensi dan kehidupan hukum adat, dalam arti terdapatnya beberapa perbuatan yang dikategorikan sebagai tindak pidana adat (delik adat), persoalan ada tidaknya suatu perbuatan tercela bagi suatu masyarakat masih menjadi pusat pembicaraan dan perhatian ahli hukum pidana Indonesia, sehingga sebagian besar berpendapat masih berlakunya keberadaan substansi hukum pidana (adat) menurut Undang-undang Darurat No. 1/DRT/1951 tentang Tindakan-tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan dan Pengadilan-pengadilan Sipil, meskipun Undang-undang No. 8 Tahun 1981 (KUHP) menyatakan pencabutan Undang-undang Darurat tersebut. Pencabutan Undang-undang Darurat hanyalah sepanjang mengenai ketentuan proseduralnya saja, tidak terhadap substansi. Sehingga dengan eksistensinya hukum adat Indonesia, termasuk tindak pidana adat (delik adat), suatu perbuatan yang dipandang tercela (melawan hukum materil) menurut masyarakat adat setempat, meskipun perbuatan pelaku adalah formil tidak "*wederrechtelijk*", tidaklah dengan begitu saja pelaku dapat dikatakan tidak dapat dipidana.

bandingnya dengan KUHP. Maka dikatakan, bahwa Hukum Adat Pidana yang mempunyai pendants dalam KUHP diancam dengan sanksi di KUHP itu sendiri yang mirip dengan suatu reaksi adat yang mirip dengan pendants tersebut. Daripada itu, terdapat dalam Pasal 5 ayat 3 Undang-undang tersebut diterapkannya Hukum Adat Pidana yang *tidak* mempunyai pendant (banding) dalam KUHP, sedangkan sanksi yang dipergunakan yang tidak melebihi 3 bulan penjara dan/atau denda Rp. 500,-.⁸)

Meskipun demikian, apabila suatu tindak pidana adat yang tidak ada ekuivalensi dalam KUHP ternyata sanksi adatnya jauh lebih tinggi daripada sekedar 3 bulan atau denda Rp. 500,-, maka terhadap pelaku dapat dikenakan ancaman hukum

⁸ Oemar Seno Adji (d), *Hukum Pidana Pengembangan*. Cetakan Pertama, Jakarta : Erlangga, 1985, halaman 115 – 116.

Menurut Prof. Oemar Seno Adji, S.H. bahwa posisi Hukum Adat Pidana hingga sekarang telah dimantapkan dalam perundang-undangan dan menjadi yurisprudensi konstan dalam beberapa putusan Pengadilan dan Mahkamah Agung di Indonesia. Ini pulalah yang pernah dikemukakan oleh Panitia Ahli dalam sumbangan pikiran dan pandangan tersebut, yang kelak mendapat tempat dan Rencana (Rancangan) KUHP Buku Kesatu dalam Asas Legalitas.

Dalam Panitia Penyusunan Rencana (Rancangan) KUHP 1991/1992 yang disempurnakan oleh Tim Kecil sampai dengan tanggal 13 Maret 1993 disebutkan pada Pasal 1 ayat (3) Rancangan KUHP, yaitu :

“Ketentuan dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan itu tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”.

Penjelasan Pasal ini menyatakan bahwa adanya suatu kenyataan bahwa dalam beberapa daerah di tanah air kita masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis, tetapi hidup dan diakui sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian juga dapat dihadapi dalam lapangan hukum pidana, yaitu apa yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat.

Sebelum KUHP ini, berlaku tindak pidana adat diatur dalam Pasal 5 ayat (3)b Undang-undang Darurat No. 1 DRT. Tahun 1951, yaitu bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap sebagai tindak pidana, akan tetapi tidak ada bandingnya dalam KUHP, maka dianggap diancam dengan pidana yang tidak lebih dari tiga bulan dan atau denda seribu lima ratus rupiah. Untuk memberikan dasar hukum yang mantap, maka asas berlakunya hukum pidana adat diletakkan dalam KUHP. Asas ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam peraturan perundang-undangan, jadi merupakan hukum tertulis. Diakunya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu.

maksimum 10 tahun penjara. Jadi ada 3 hal pokok yang menjadi catatan penulis terhadap substansi Pasal 5 ayat (3)b Undang-undang Darurat No. 1/DRT./1951, yaitu :

1. Terhadap suatu perbuatan yang dianggap sebagai tindak pidana adat namun *tidak ada ekuivalensinya* dengan perbuatan yang diatur dalam KUHP, maka hakim dapat menjatuhkan hukuman dengan maksimum penjara 3 (tiga) bulan dan/atau denda Rp. 500,-.
2. Apabila perbuatan itu (yang tidak ada ekuivalensinya dengan perbuatan yang diatur dalam KUHP) mempunyai *sangsi adat yang justru lebih tinggi* daripada yang ditentukan (lebih tinggi dari sekedar hukuman 3 bulan penjara dan/atau denda Rp. 500,-), maka hakim (Pengadilan) dapat menjatuhkan pelaku tindak pidana adat dengan ancaman maksimum 10 (sepuluh) tahun penjara.
3. Terhadap suatu perbuatan yang dianggap sebagai tindak pidana adat namun *ada ekuivalensinya* dengan perbuatan yang diatur dalam KUHP, maka pelaku tindak pidana adat dapat dikenakan hukuman yang mirip pengaturannya dalam KUHP.

Hakim akan menilai perbuatan pelaku itu ada ekuivalensinya atau tidak dengan pengaturannya yang ada dalam peraturan perundang-undangan (KUHP) tertulis, artinya apabila perbuatan itu tidak ada ekuivalensinya dalam KUHP, maka sudah menjadi kewajiban hakim untuk memutuskan terbukti atau tidaknya pelaku

melakukan tindak pidana adat. Di sini, *ada pengecualian terhadap penerapan asas legalitas sebagai pengakuan legislative* mengingat eksistensi hukum adat yang berlaku bertujuan untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat(adat) tersebut, sehingga di satu sisi perbuatan pelaku ini dipandang tercela (*“materiele wederrechtelijk”*) oleh masyarakat (adat), meskipun pada sisi lainnya perbuatannya formil tidak *“wederrechtelijk”* (perbuatannya dianggap oleh masyarakat adat tertentu sebagai tindak pidana, tetapi tidak ada peraturannya dalam KUHP), oleh karenanya pelaku tindak pidana adat dapat dijatuhkan pidana (adat) sesuai Pasal 5 ayat (3)b Undang-undang No. 1/DRT/1951. Adanya pengakuan yudikatif melalui yurisprudensi terhadap eksistensi hukum adat, termasuk hukum pidana adat, inilah yang menempatkan suatu pergeseran *untuk memberlakukan adanya sifat melawan materil dari suatu perbuatan dengan fungsi positifnya* dalam hukum pidana di Indonesia, meskipun dalam lingkup tindak pidana adat yang restriktif sifatnya.

Di daerah Bali terdapat suatu perbuatan yang dikualifikasikan sebagai tindak pidana adat yang dikenal sebagai *“Logika Sanggraha”*, yang kemungkinan dijumpai pula pada beberapa daerah lainnya di Indonesia dengan sedikit perbedaan dari segi bentuk dan sifat perbuatannya antara daerah satu dengan daerah lainnya itu, sehingga kadangkala banyak perbuatan itu tidak sampai diteruskan pemeriksaannya pada Pengadilan, apalagi jika ditinjau lebih jauh terhadap ketentuan normatif dari

KUHP Indonesia tentang kejahatan kesusilaan yang sama sekali tidak menjangkau perbuatan-perbuatan seperti halnya tindak pidana adat “Logika Sanggraha” hal mana mengakibatkan ketidakadilan bagi masyarakat Bali yang menganggap perbuatan itu adalah tercela.

Pengertian “Logika Sanggraha” dapat ditemukan melalui Pasal 359 *Kitab Adi Agama* yang menurut terjemahan dari Prof. I Made Widnyana, S.H. adalah sebagai berikut :⁹)

“Lagi Logika Sanggraha misalnya orang bersenggama, si laki-laki tidak setia akan cintanya karena takut akan dipermasalahkan maka mencari daya upaya syarat-syarat si wanita disanggupi, kemudian si wanita menyatakan dirinya dipaksa disetubuhi dan si laki-laki dengan cepat mengaku diperkosa oleh si wanita, kalau demikian halnya sepatutnyalah diusut kejelasannya, dan kalau benar si laki-laki yang berbuat patutlah dihukum denda sebesar 24.000 uang keeping”.

Karena itu kesimpulan pengertian dari unsure-unsur “Logika Sanggraha” menurut Pasal 359 Kitab Adi Agama maupun praktek yang timbul dari peradilan adat adalah sebagai berikut :¹⁰)

⁹ I Made Widnyana, *Kapita Selektta Hukum Pidana Adat*, Cetakan Pertama, Bandung : Eresco, 1993, halaman 37.

Menurut Prof. I Made Widnyana dalam praktek peradilan pidana adat terdapat penambahan syarat (unsure) kehamilan dengan pertimbangan bahwa : 1) kalau kita hanya mendasar atas adanya hubungan persetubuhan saja seperti yang diatur dalam Pasal 359 Kitab Adi Agama, maka akan mengalami kesulitan di dalam pembuktiannya, 2) seorang perempuan baru akan mengadakan permasalahannya pada umumnya setelah adanya akibat, yaitu kehamilan dan atau bahkan setelah lahirnya anak.

¹⁰ *Ibid*, halaman 40

Pengertian hubungan cinta antara pria dan wanita disyaratkan bahwa si wanita belum terikat perkawinan, artinya, lanjut Prof. I Made Widnyana, S.H., apabila si wanita telah terikat suatu perkawinan, maka yang terjadi

1. Adanya hubungan cinta (pacaran) antara seorang pria dengan seorang wanita yang sama-sama *belum terikat perkawinan*.
2. Antara pria dan wanita yang sedang bercinta tersebut *terjadi hubungan seksual* yang didasarkan *suka sama suka*.
3. Si pria telah *berjanji akan mengawini* si wanita.
4. Hubungan seksual yang telah dilakukan menyebabkan si wanita menjadi *hamil*.
5. Si pria memungkiri janji untuk mengawini si wanita.

Kasus klasik yang dikenal “*Logika Sanggraha*” sebagai tindak pidana adat dan diadili di Pengadilan Negeri Gianyar, Bali adalah mengenai hubungan seksual antara pria (IWS) dan wanita (NKS) yang kedua-duanya sudah dewasa dan belum menikah menurut hukum. Akibat hubungan intim layaknya suami-isteri di antara tahun 1971 sampai dengan tahun 1975 ditempat kediaman NKS yang kosong kala itu, berakibat hamilnya NKS, sedangkan IWS tidak mau bertanggung jawab dan tidak bersedia menikahi NKS atas perbuatannya itu, padahal selama hubungan intimnya itu IWS selalu berjanji untuk menikahi NKS, juga sebelum kehamilan NKS itu terjadi. Perbuatan atau hubungan intim NKS dn IWS yang sudah dewasa itu tidak ada ekuivalensi/pendannya/bandingnya dalam KUHP, sedangkan perbuatan itu

bukanlah tindak pidana adat “logika sanggraha”, tetapi tindak pidana adat “*Drati Krama*” yang ada ekuivalensinya dengan Pasal 248 KUHP tentang “overspel”.

Juga dari literature yang ada, tidaklah jelas usia laki maupun wanita yang disyaratkan untuk dapat memenuhi suatu tindak pidana adat “logika sanggraha”, apakah usia lelaki dan wanita dalam pengertian dewasa atau di bawah umur.

dipandang sebagai tindak pidana adat yang dapat dihukum, karena melanggar hukum adat setempat.

Mahkamah Agung melalui putusannya No. 195 K/Kr tanggal 8 Oktober 1979 telah menolak permohonan kasasi dari IWS dan menghukum IWS melakukan tindak pidana adat “logika sanggraha” yang tunduk pada Undang-undang Darurat No.1/Drt/1951 Pasal 5 ayat (3)b.¹¹)

Begitu pula halnya kasus yang ditemui di daerah Lo’nga dalam kompetensi Pengadilan Negeri Banda Aceh, dimana para pelaku (laki dan wanita yang sudah dewasa menurut hukum) melakukan hubungan intim layaknya suami-isteri di suatu pondok kandang kerbau dan di kebun cengkeh pada tahun 1971 yang mengakibatkan kehamilan pada si wanita. Perbuatan mereka itu dipandang sebagai bertentangan dengan hukum adat dan hukum agama setempat. Dan ternyata perbuatan kedua lelaki dan wanita yang belum menikah dan layaknya hubungan suami-istri itu tidak

¹¹ Oemar Seno Adji (d), *Op. Cit.*, halaman 118.

Perhatikan pula pendapat Prof. Mardjono Reksodiputro, S.H., M.A. pada buku karang beliau yang berjudul ‘*Pembaharuan Hukum Pidana*’ (halaman 105, 106 dan 108,109) dimana terdapat pula perkara perdata adat “*tatam fani benas*” di Timor Timur (yang tidak ada ekuivalensinya dengan KUHP), dimana seorang lelaki menghamili wanita yang dijanjikan untuk dinikahinya, ternyata si wanita di tinggal pergi begitu saja. Mahkamah Agung dengan putusannya No. 3898 K/Pdt/1989 telah menghukum si lelaki dengan ganti rugi sejumlah ekor sapi dan sejumlah uang, sayangnya perkara ini tidak dilanjutkan sebagai tindak pidana adat bagi bahan untuk melengkapi literatur hukum pidana adat di Indonesia.

Prof. Mardjono Reksodiputro, S.H., M.A. memberikan komentar mengenai keterbatasan perkara tindak pidana adat dengan menyatakan bahwa ketujuh delik adat yang dikutip diatas tidak memberikan pencerminan yang baik tentang bagaimana hakim Indonesia telah menggali nilai-nilai hukum yang hidup selama lebih dari empat puluh tahun berlakunya UU No. 1/Drt/1951 tersebut. Sebaiknya dilakukan usaha yang sungguh-sungguh untuk meneliti keputusan-keputusan pengadilan dalam perkara-perkara pidana yang telah memuat pengaruh hukum adat maupun hukum pidana adat.

ada bandingnya/pendanannya/ekuivalensinya dengan KUHP, hanya memiliki kemiripan dengan tindak pidana “zinah” menurut Pasal 284 KUHP, sehingga berdasarkan putusan Mahkamah Agung No. 93 K/Kr/1976 tanggal 19 Nopember 1977 kedua pelakunya (laki dan wanita) itu terbukti melakukan tindak pidana adat : “zinah” dan dapat diberlakukan sesuai Pasal 5 ayat (3)b Undang-undang Darurat No.1/Drt/1951.¹²)

Putusan pengadilan-pengadilan hingga Mahkamah Agung memberikan tempat dan posisi tersendiri bagi Hukum Adat Pidana yang sejak tahun 1951 tersebut beralih ke dan dapat diterapkan oleh pengadilan-pengadilan negeri yang berpuncak pada Mahkam Agung. Beberapa lingkungan hukum adat, seperti Banda aceh maupun Bali serta daerah-daerah lainnya, umumnya mengenal tindak pidana adat ”zinah” ataupun ”Logika Sanggraha” yang memidanakan tindak pidana adat oleh mereka yang tidak memiliki status perkawinan.

Dalam hubungannya dengan kata ”zinah” dalam Pasal 284 KUHP, ia agak berbeda dalam arti, bahwa Pasal 284 KUHP mengenai ”zinah” mensyaratkan adanya status perkawinan dari kedua belah pihak ataupun salah satu pihak ataupun salah satu peserta dalam perbuatan atau tindak pidana tersebut.

¹² *Ibid.*halam 117

Pengertian yuridis dari Pasal 284 KUHP mengenai "zinah" (bagi "overspel", "adultery") karenanya agak berlainan dengan pengertian delik adat "zinah" ataupun "Logika Sanggraha". Menurut Oemar Seno Adji umumnya meliputi perbuatan seksual di luar perkawinan yang mengakibatkan timbulnya kehamilan, yang disertai dengan janji untuk mengawininya, sedangkan janji tersebut kemudian tidak dipenuhi ataupun tidak dilaksanakan. Ia tidak membenarkan adanya "pre-marital" ataupun "extra-marital intercourse", sehingga timbul kehamilan sebagai akibat hubungan tersebut.¹³)

Dengan demikian, kadang kala adanya eksistensi hukum pidana adat menimbulkan pertanyaan lebih jauh, yaitu apakah hal itu justru tidak menempatkan hukum adat bertentangan dengan asas legalitas dalam Hukum Pidana Positif Indonesia? Jawabannya, tentunya "tidak", mengingat kehidupan hukum bagi bangsa Indonesia tidak sekedar mengenal hukum dalam pengertian tertulis saja, tetapi tetap mengakui hukum yang hidup dalam masyarakat yang pluralistis tersebut, karenanya dalam

¹³ Oemar Seno Adji (c), *Hukum Pidana Tidak Tertulis*, Cetakan Pertama. Jakarta : Tri Grafika, 1992, halaman 30-31.

Prof. Oemar Seno Adji, S.H. juga mengemukakan suatu tindak pidana adapt "zinah" yang terjadi di Sumatera Barat melalui tesis yang diajukan oleh Narullah Dt. Perpatih Nan Tua, SH yang berjudul "*Penanganan Delik Adat Melalui Perundang-undangan (Kasus Studi di Sumatera Barat)*". Seorang suami melakukan hubungan seksual dengan kemenakan istri, sehingga mengakibatkan kelahiran seorang anak dari hubungan seksual itu. Pengadilan Negeri Padang menyatakan bahwa si suami dan kemenakan istrinya terbukti melakukan tindak pidana adat "zinah" Pasal 5 ayat (3)b Undang-undang Darurat No. 1/Drt/1951 dengan menghukum si suami dengan 7 bulan dan kemenakan istri dengan 4 bulan penjara. Hukuman yang dijatuhkan oleh Pengadilan ini melebihi dari 3 bulan, karena perbuatan tindak pidana adat "zinah" ini dianggap ada ekuivalensinya dengan Pasal 284 KUHP.

menerapkan suatu perbuatan yang dianggap sebagai tindak pidana adat dan tercela serta yang tidak ada padanan/ekuivalensi/bandingnya dalam KUHP, *berlakunya suatu asa legalitas hanyalah suatu pengecualian saja*, sehingga tetap saja pelaku dikenakan pidana meskipun perbuatannya tidak ada pengaturannya dalam KUHP. Diberlakukannya asas legalitas dalam tindak pidana adat hanya sebagai eksepsionalitas saja sifatnya, karena banyak perbuatan-perbuatan yang dikategorikan sebagai tindak pidana adat dan tercela sifatnya, tetapi tidak ada ekuivalensi dalam KUHP, sehingga apabila tetap tidak dihukum terhadap pelakunya tentunya akan menimbulkan rasa ketidakadilan sebagai reaksi adat, keadaan mana mengharuskan hakim untuk menjatuhkan pidana kepada pelakunya, meskipun perbuatannya adalah formil tidak "*wederrechtelijk*".

Kembali pada contoh kasus di atas, yaitu tindak pidana adat "Logika Sanggraha" di Bali, dimana perbuatan si lelaki yang janji mengawini wanita yang dihamili adalah jelas sebagai perbuatan "tercela" atau materiel perbuatannya adalah "*wederrechtelijk*", namun perbuatan lelaki dan wanita itu layaknya hubungan suami dan istri itu tidak ada pengaturannya dalam KUHP (perbuatannya formil adalah tidak "*wederrechtelijk*"), sehingga si lelaki itu tidak dapat dikenakan pidana apabila kita menoleh secara ketat pada asas legalitas. Hal ini dirasakan tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat, oleh karena itu Pasal 5 ayat (3)b Undang-undang Darurat

No.1/Drt/1951 memberikan suatu kewajiban bagi hakim untuk memidana pelaku itu atas dasar bahwa tindak pidana adat "Logika Sanggraha" yang dianggap tercela itu tidak ada ekuivalensinya dalam KUHP.

Untuk itu, menurut Mardjono Reksodiputro bahwa pembenaran dari menjadikan hukum (adat) yang hidup tersebut sehingga menjadi sumber hukum pidana Indonesia dapat juga dicari dalam tugas seorang hakim yang berkewajiban mencari keadilan. Untuk upaya ini maka hakim harus menjaga bahwa seseorang yang bersalah melakukan perbuatan yang dicela oleh masyarakat dan patut dipidana memang mendapatkan pidananya. Ukuran perbuatan apa yang "tercela" dan "patut dipidana" dapat ditentukan oleh pembuat undang-undang, tetapi dapat pula didasarkan pada hukum (adat) yang hidup dalam masyarakat yang bersangkutan. Kewajiban hakim mencari keadilan itu dapat terlihat pula dalam ketentuan-ketentuan UU Kekuasaan Kehakiman (UU No. 14 Tahun 1970) yang melarang hakim menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan seorang "korban", serta kewajibannya untuk menggali nilai-nilai hukum yang hidup. ¹⁴)

¹⁴ Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Buku Keempat. Cetakan Pertama, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, 1995, halaman 108.

Menurut Prof. Mardjono Reksodiputro, S.H.,M.A., bahwa dimungkinkannya hukum pidana adat (delik adat) mempengaruhi hukum pidana tertulis, seharusnya dapat pula memperkuat rasa kepastian hukum, karena mendekatkan hukum pidana tertulis dengan rasa keadilan dalam masyarakat. Hakim sebagai "penegak keadilan" mempunyai tugas dan kewajiban untuk "menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup" menurut adat setempat.

Kesimpulannya, bahwa Asas Legalitas masih harus dipandang perlu eksistensinya dalam sistem Hukum Pidana Indonesia, hal ini disebabkan selain adanya suatu kepastian hukum, juga menghindari adanya suatu bentuk kesewenang-wenangan dari aparaturnya penegak hukum maupun penguasa dalam konteks yang lebih luas. Dalam konsepsi Negara Hukum, eksistensi Asas Legalitas adalah primaritas sifatnya, meskipun dinamis waktu menempatkan **Asas Legalitas ini nyatanya memiliki sifat eksepsionalitas terhadap delik adat** yang tidak ada padanannya dalam hukum pidana positif, seperti di Bali dan daerah Long'a di Aceh mengenai hubungan seksual diantara pelaku yang telah dewasa.

Asas Retroaktif yang implisitas pengaturannya dalam Pasal 1 ayat 2 KUHP tetap dalam status yang tidak merugikan posisi tersangka/terdakwa, karenanya dihindari adanya suatu pelanggaran terhadap asas Legalitas itu sendiri. Selain itu, mengingat adanya kehendak penerapan Asas Retroaktif yang berkaitan dengan asas Lex Talionis, maka persyaratannya harus diikuti dengan cara rigid-limitatif, sebagaimana telah ditentukan secara tegas melalui Pasal 43 UU No. 26 Tahun 2000, yaitu untuk menentukan suatu "peristiwa tertentu" yang dianggap sebagai *gross violation of human rights* perlu ada keputusan Politis antara DPR dengan Presiden, bukan badan lain. Hal ini dapat dibenarkan mengingat asumsi klasik yang mengikat bahwa penerapan Asas Legalitas merupakan cerminan pengakuan dari Asas Lex Talionis,

sehingga dapat dianggap bahwa Hukum Pidana hanyalah sarana dari kekuasaan politik, dan akhirnya hanya dijadikan sub-ordinasi kekuasaan politik yang luas.

DAFTAR PUSTAKA

Hamzah, Andi. *Hukum Pidana Politik*. Cetakan Keempat. Jakarta : Pradnya Paramita. 1992.

Hazewinkel, D-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, 1983.

Loqman, Loebby. *Kapita Selekta Hukum : Mengenang Almarhum Prof. H. Oemar Seno Adji, S.H.*, Cetakan Pertama, Jakarta : Ghalia Indonesia, 1995.

Martowiriono, H. Suwardi. *International Criminal Court*. Edisi No. 175. April. 2000. Jakarta. Varia Peradilan.

Moeiyatno. *Asas-asas Hukum Pidana*. Jakarta : Bina Aksara, 1987.

Reksodiputro, Mardjono, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Buku Keempat. Cetakan Pertama, Jakarta : Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, 1995.

Seno Adji, Oemar, *Hukum Pidana Pengembangan*, Cetakan Pertama, Jakarta : Erlangga, 1985.

-----, *Hukum Pidana Tidak Tertulis*, Cetakan Pertama. Jakarta : Tri Grafika, 1992.

-----, *Peradilan Bebas Negara Hukum*. Cetakan Pertama. Jakarta : Penerbit Erlangga. 1980.

Widnyana, I Made, *Kapita Selekta Hukum Pidana Adat*, Cetakan Pertama, Bandung: Eresco, 1993