E-ISSN: 2622-7045 I P-ISSN: 2654-3605
UNES LAW REVIEW
https://review-unes.com uneslawreview@gmail.com +62 856-5804-3983
DOI: https://doi.org/10.31933/unesrev.v6i1
Received: 19 Agustus 2023, **Revised:** 7 September 2023, **Publish:** 8 September 2023
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Eksistensi Hukum Pidana Adat dalam Rancangan KUHP: Problematika Asas Legalitas dan Over-Kriminalisasi

Beni Kharisma Arrasuli[1]
[1] Fakultas Hukum, Universitas Andalas, Padang, Indonesia
Email: beniarrasuli@gmail.com

Corresponding Author: beniarrasuli@gmail.com

Abstract: *This article discusses the dynamics of customary criminal law in the Draft Criminal Code (RKUHP), this is because the RKUHP is currently codifying customary criminal law in its regulations. Of course, this arrangement regarding the adherence to customary criminal law reaps pros and cons in the community, because the Criminal Code (KUHP) previously did not understand the existence of the phrase customary criminal law in its formulation of offenses. It is considered that the embodiment of customary criminal law in the RKUHP will cause problems with the principle of legality and can cause over-criminalization of the community, especially those in the customary law area. The enactment of customary criminal law in the RKUHP should be able to shift the meaning of the principle of legality which is a fundamental principle in Indonesian criminal law and does not rule out the possibility that the enactment of Article 2 paragraphs (1) and (2) of the Criminal Code will lead to a high quantity of criminalization in Indonesia. So a comprehensive study is needed to fix the problems of customary law offenses contained in the RKUHP, This aims not to cause misunderstandings for the community and to prevent confusion in understanding the purpose of a legal product renewal.*

Keyword: *Legality Principle, RKUHP, Over-Criminalization.*

Abstrak: Artikel ini membahas mengenai bagaimana dinamika hukum pidana adat dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP), hal ini dikarenakan RKUHP saat ini tengah mengkodifikasikan hukum pidana adat dalam pengaturannya. Tentunya pengaturan mengenai penganutan hukum pidana adat ini menuai pro dan kontra ditengah masyarakat, sebab Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) sebelumnya tidak mengenal adanya frasa hukum pidana adat dalam rumusan deliknya. Dinilai bahwa dengan adanya pengejawantahan terhadap hukum pidana adat di dalam RKUHP akan menyebabkan problematika terhadap asas legalitas dan dapat menyebabkan over-kriminalisasi bagi masyarakat, khususnya yang berada diwilayah hukum adat tersebut. Pemberlakuan hukum pidana adat di dalam RKUHP seyogianya dapat menggeser makna dari asas legalitas yang menjadi asas fundamental dalam Hukum Pidana di Indonesia, serta tidak menutup kemungkinan dengan diberlakukankannya Pasal 2 ayat (1) dan (2) KUHP ini akan menyebabkan tingginya kuantitas kriminalisasi di Indonesia. Sehingga dibutuhkannya kajian yang komprehensif untuk membenah permasalahan

delik hukum adat yang terdapat di dalam RKUHP, hal ini bertujuan agar tidak menimbulkan kesalahpahaman bagi masyarakat dan guna mencegah terjadinya kerancuan dalam memahami tujuan dari suatu pembaharuan produk hukum.

Kata Kunci: Asas Legalitas, RKUHP, *Over-Kriminalisasi*.

PENDAHULUAN

Hukum pidana adat merupakan bagian dari hukum adat yang sudah sejak lama menjadi hukum asli yang hidup ditengah-tengah masyarakat. Eksistensi hukum pidana adat tersebut dalam perjalanan waktu mendapat pengaruh dari ajaran keagamaan, seperti agama Hindu pada abad ke-7, pengaruh agama Islam pada abad ke-14, serta agama Kristen dan bangsa asing terkhusus Belanda pada abad ke-17.[1] Hukum pidana adat merupakan hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang dibeberapa tempat mengandung unsur-unsur agama, diikuti oleh masyarakat secara terus menerus.

Pelanggaran terhadap aturan dan tata tertib tersebut dianggap mampu menimbulkan goncangan didalam masyarakat, karena dianggap mengganggu keseimbangan masyarakat, yang oleh sebab itu setiap pelanggaran akan diberikan sanksi adat. Ada empat hal yang terkandung didalam pengertian hukum pidana adat tersebut, yaitu:

1. Hukum Indonesia asli yang merupakan serangkaian peraturan-peraturan tata tertib yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan yang mengandung unsur-unsur agama dibeberapa bagian.
2. Peraturan tersebut dibuat dan diikuti serta ditaati oleh masyarakat hukum adat yang bersangkutan.
3. Pelanggaran terhadap hukum adat tersebut dipandang sebagai perbuatan yang dapat menimbulkan kegoncangan dimasyarakat. Perbuatan melanggar tersebut dapat disebut sebagai tindak pidana adat.
4. Pelaku yang melakukan pelanggaran tersebut dapat dikenakan sanksi atau kewajiban adat oleh masyarakat yang bersangkutan.

Hukum pidana adat adalah hukum yang menunjukkan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan, karena peristiwa dan perbuatan tersebut mengganggu keseimbangan masyarakat. Perbedaannya dengan hukum pidana barat yang menekankan peristiwa apa yang dapat diancam dengan hukuman serta macam apa hukumannya, dikarenakan peristiwa tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.[2] Hukum pidana adat adalah hukum yang hidup dan akan terus hidup selama masih ada manusia budaya, ia tidak akan dapat dihapus dengan perundang-undangan.

Hukum adat dapat menjadi sumber hukum positif dalam arti hukum pidana adat dapat menjadi dasar hukum pemeriksaan di pengadilan dan juga sebagai sumber hukum negatif yaitu ketentuan-ketentuan hukum adat dapat menjadi alasan pembenar, alasan memperingan pidana atau memperberat pidana. Apabila kita memperhatikan bahwa hukum tidak dapat dipisahkan dengan masyarakat, maka ada alasan pula untuk mengatakan bahwa sumber hukum dalam kaitan ini adalah hukum pidana adat maka sumber hukum tersebut adalah masyarakat.[3] Sebagai dasar problematika substantif hukum pidana adat dan hukum pidana nasional, dengan sendirinya akan teratasi karena hukum yang nantinya akan terbangun adalah hukum yang benar-benar berasal dari masyarakat dan hukum tersebut memang bersubstansikan langsung dari nilai-nilai yang hidup di masyarakat.

[1] I Made Widnyana, 2013, *Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana*, Jakarta: PT Fikahati Aneska, hlm. 1.
[2] Hilman Hadikusuma, 1984, *Hukum Pidana Adat*, Bandung: Alumni, hlm. 18.
[3] Fery Kurniawan, 2016, *Hukum Pidana Adat Sebagai Sumber Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Eduka Jurnal pendidikan, hukum, dan bisnis 2, hlm. 18.

Dalam perkembangan pembaharuan hukum pidana di Indonesia, pada Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) pada Pasal 2 telah memuat pengakuan mengenai hukum adat atau hukum yang hidup dimasyarakat, dimana pasal tersebut berbunyi:

(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 dalam 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.

Eksistensi hukum pidana adat sebagai yang hidup dalam masyarakat dalam hukum positif Indonesia sebenarnya sudah diakui oleh Pasal 5 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan bahwa *Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti dan mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*

Tindak pidana adat sebagaimana substansi pengaturan dari hukum pidana adat, secara yuridis formal baru mempunyai dasar hukum semenjak dikeluarkan serta diundangkannya UU Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan Sipil. Semenjak dikeluarkannya Undang-Undang *a quo* maka pemidanaan menurut hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum adat) dimungkinkan. Mahkamah Agung pun mengakui eksistensi tindak pidana adat ini melalui putusan-putusannya, misalnya Putusan MA No. 195/K/Kr/1978 (mengadili delik adat Bali – *Lokika Sanggraha*) dan Putusan MA No. 59K/Kr/1969 (mengadili delik adat Karo – *Ndjurmak*).[4]

Diakuinya hukum yang hidup didalam masyarakat dan dimasukkan kedalam Rancangan KUHP, tetap menimbulkan dilema dan problematika. Salah satunya adalah RKUHP menentukan asas legalitas sebagai asas fundamental dalam hukum pidana Indonesia, namun RKUHP juga memberikan tempat pada tindak pidana adat yang masih hidup dalam masyarakat adat Indonesia sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui masyarakat. Keberadaan asas legalitas sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dalam penegakan hukum dan keadilan sebenarnya merupakan dilema, dikarenakan asas legalitas ini pada dasarnya hanya mengakui hukum tertulis. Padahal, dilihat dari satu sisi, di dalam kehidupan masyarakat Indonesia memiliki hukum adat atau hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup di dalam masyarakat yang eksistensinya masih diakui, namun hukum adat yang hidup tersebut dirasa tidak mungkin untuk mengkodifikasikan seluruhnya karena adanya perbedaan antar suatu adat dengan adat lainnya dalam berbagai suku bangsa yang ada di Indonesia.[5] Namun, disisi lainnya, harus ada jaminan kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia dari perlakuan-perlakuan yang tidak wajar, sewenang-wenang dan tidak adil dari para penguasa dan para penegak hukum sehingga asas legalitas itu diperlukan adanya.

Permasalahan selanjutnya dengan adanya Pasal 2 dalam Rancangan KUHP tersebut adalah akan menimbulkan overkriminalisasi dalam hukum pidana di Indonesia, hal ini dikarenakan akan banyak perbuatan-perbuatan baru yang akan dapat dikategorikan sebagai suatu tindak pidana, yaitu perbuatan-perbuatan yang dianggap masyarakat adat sebagai suatu perbuatan yang menyimpang, sehingga nantinya jika RKUHP ini di implementasikan, perbuatan-perbuatan tersebut akan menjadi hukum positif di Indonesia.

[4] Timothy Nugroho, *Eksistensi Hukum Pidana Adat dalam Dilema Pemaknaan Asas Legalitas*, dalam vivajusticia.law.ugm.ac.id
[5] Andi Hamzah, 2017, *Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta : Sinar Grafika, hlm. 41.

Permasalahan selanjutnya dengan adanya Pasal 2 dalam Rancangan KUHP tersebut adalah akan menimbulkan overkriminalisasi dalam hukum pidana di Indonesia, hal ini dikarenakan akan banyak perbuatan-perbuatan baru yang akan dapat dikategorikan sebagai suatu tindak pidana, yaitu perbuatan-perbuatan yang dianggap masyarakat adat sebagai suatu perbuatan yang menyimpang, sehingga nantinya jika RKUHP ini di implementasikan, perbuatan-perbuatan tersebut akan menjadi hukum positif di Indonesia. Maka dari latar belakang tersebut artikel ini mengangkat tiga permasalahan yaitu Bagaimana eksistensi hukum pidana adat dalam Rancangan KUHP?, kemudian bagaimana pemaknaan asas legalitas setelah masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat kedalam Rancangan KUHP?, serta bagaimana kriminalisasi perbuatan yang dianggap sebagai pelanggaran hukum yang hidup di masyarakat setelah diakui dalam Rancangan KUHP?.

Maka untuk menjawab ketiga permasalahan tersebut, penting untuk membahas secara mendalam dan membandingkan bagaimana pengaturan hukum pidana adat di Indonesia, khususnya perbandingan antara KUHP dan RKUHP. Hal ini mengingat karena hukum pidana adat kini tengah menjadi isu kursia ditengah problematika hukum positif di Indonesia.

METODE

Berdasarkan judul dan rumusan masalah yang terdapat di dalam penelitian ini, maka penelitian ini sudah jelas bertumpu pada penelitian normatif atau penelitian kepustakaan. Penelitian normatif ialah jenis penelitian yang bertumpu pada sumber data sekunder sebagai data rujukan utama yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.[6] Dalam penelitian normatif ini penulis akan mengacu kepada undang-undang, buku-buku dan putusan pengadilan untuk memecahkan permasalahan penelitian yang penulis angkat. Penelitian ini akan mengkaji bagaimana Eksistensi Hukum Pidana Adat Dalam Rancangan Kuhp: Problematika Asas Legalitas dan Over-Kriminalisasi.

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*). Pendekatan perundang-undangan merupakan salah satu pendekatan yang digunakan dalam penelitian hukum normatif dengan menggunakan legislasi dan regulasi.[7] Pendekatan ini dilakukan dengan meneliti dan menelaah suatu perundang-undangan yang berkaitan dengan isu atau permasalahan yang sedang dikaji. Hierarki peraturan serta muatan suatu perundang-undangan perlu diperhatikan dalam penggunaan pendekatan ini. Sifat dari penelitian ini adalah deskriptif. Penelitian deskriptif adalah penelitian yang dimaksud untuk memberikan data yang seteliti mungkin dengan menggambarkan gejala tertentu. Penelitian deskriptif dimaksudkan untuk memberikan data yang seteliti mungkin tentang manusia, keadaan atau gejala-gejala lainnya. Maksudnya adalah untuk mempertegas hipotesa-hipotesa, agar dapat membantu dalam memperkuat teori lama atau dalam kerangka menyusun teori baru.[8] khusunya sebagaimana perbandingan hukum pidana adat yang terdapat didalam KUHP dan RKUHP.

HASIL DAN PEMBAHASAN

Eksistensi Hukum Pidana Adat Dalam Rancangan KUHP

Dalam perspektif hukum positif di Indonesia hukum adat memiliki ruang dalam hukum nasional yang tercantum secara konstitusional, pasal 18B ayat (2) Undang-Undang Dasar tahun 1945: “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia selanjutnya diatur dalam undang-undang”.

[6] Soerjono Soekanto, 2009, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, RajaGrafindo Persada: Jakarta, hlm.14.
[7] Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, *Kencana*, Jakarta, hlm. 97.
[8] Zainuddin Ali, 2010, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika: Jakarta, hlm. 123.

Selain pengakuan secara konstitusional hukum adat juga terdapat dalam beberapa undang-undang, diantaranya UU No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, sebagaimana tercantum dalam pasal 6 ayat (1) dan ayat (2): "Dalam rangka penegakan Hak Asasi Manusia, perbedaan dan kebutuhan, dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat hukum adat dan pemerintah. Identitas budaya masyarakat hukum adat termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan jaman".

Sebagaimana yang diketahui pula bahwa hukum adat adalah suatu pertalian sistem yang didalamnya juga termuat hukum pidana adat. Menurut pandangan Hilman Hadikusuma, pengertian hukum pidana adat tidak dilihat dari perspektif hukum pidana tetapi melihatnya dari perspektif hukum adat. Melihat hukum pidana adat dari perspektif hukum pidana hanya akan menghasilkan pemahaman hukum dar perspektiif positifisme belaka, Hilman Hadisukusuma menggunakan istilah hukum pidana adat sebagai terjemahan dari istilah *adat delicten rech*. Defenisi hukum pidana adat lebih menekankan pada tingkat ketercelaan perbuatan dalam pandangan masyarakat adat seperti "salah atau sumbang" dalam masyarakat Lampung dan Sumatera Selatan.[9]

Hilman mendefinisikan bahwa hukum pidana adat adalah hukum yang menunjukkan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan (dihukum) dikarenakan peristiwa dan perbuatan itu telah mengganggu keseimbangan masyarakat. Jadi berbeda dari hukum pidana barat yang menekankan peristiwa apa yang dapat diancam dengan hukuman serta macam apa hukumannya, dikarenakan peristiwa itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Jika hukum pidana barat menitikberatkan pada adanya sebab sehingga seseorang dapat diancam dengan hukuman, maka hukum pidana adat menitikberatkan pada adanya akibat sehingga seseorang dan kerabatnya harus bertanggung jawab atas akibat itu.

Jadi walaupun sebab yang merupakan peristiwa aneh itu tidak ada ketentuan atau larangannya, apabila akibatnya membawa kerugian dan bertentangan dengan pihak yang terkena akibat itu maka pihak yang menyebabkan akibat itu harus bertanggung jawab atas perbuatannya dalam hukum pidana barat walaupun akibat yang bertentangan dengan pihak yang terkena akibat, jika peristiwa dan tidak bertentangan perundang-undangan maka pihak yang merugikan tidak dapat menuntut kerugian atau pihak penguasa tidak dapat bertindak terhadap yang menyebabkan akibat itu.

Kemudian mengkaji soal eksistensi hukum pidana adat dalam KUHP yang berlaku di Indonesia saat ini, maka jawabannya ialah hukum pidana adat tidak diakomodir dalam KUHP Indonesia. Hal ini dikarenakan pada dasarnya KUHP Indonesia saat ini menganut asas legalitas murni sebagaimana yang termaktub dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP : Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada.

Maka sebagaimana yang telah diketahui bahwa pada umumnya ketentuan hukum adat adalah ketentuan yang tidak dikodifikasikan yang mana ketentuan hukum adat dan hukum pidana adat berjalan berdasarkan kesepakatan masyarakat adat. Sehingga oleh sebab itulah KUHP yang berlaku di Indonesia saat ini tidak mengenal adanya istilah dan aturan hukum mengenai hukum pidana adat itu sendiri. Tentunya dengan tidak diakomodirnya hukum pidana adat dalam KUHP maka secara tidak langsung telah mencerminkan kesenjangan dalam eksistensi hukum pidana adat itu sendiri terhadap hukum pidana positif di Indonesia.

Kemudian untuk mengatasi kesenjangan antara hukum pidana adat sebagai hukum yang hidup dimasyarakat dengan hukum pidana positif yang diberlakukan negara dapat dilakukan dengan beberapa cara yaitu : Pertama, dengan pembentukan hukum. Idealnya walaupun hukum positif dibentuk dan disusun dengan terencana, nilai substansi hukum menyandarkan pada nilai kepatutan dan nilai ketercelaan yang terumuskan dalam hukum adat. Fungsi hukum dalam hal ini kecuali terhadap peranan hukum sebagai social enginering,yaitu memfrormalkan nilai-nilai yang oleh masyarakat hukum adat dipandang sebagai perbuatan tercela menjadi tindak pidana.

[9] Hilman Hadikusuma, 1984, *Hukum Pidana Adat,* Alumni, Bandung, hlm.17.

Jadi tercela menurut masyarakat tercela pula lah ia dalam hukum pidana. Dengan demikian tidak akan ada pertentangan antara hukum yang hidup dengan hukum yang berlaku. Untuk itu diperlukan penelitian para ahli hukum sebagai bahan dasar pembentukan dan perumusan Undang-undang Hukum Pidana.

Kedua, melalui cara penemuan hukum. Meskipun nilai hukum yang hidup tidak sejalan dengan hukum yang berlaku, hal itu dapat diatasi dengan menerapkan hukum yang berlaku sebagai dasar bagi hakim untuk memutuskan suatu perkara. Dalam penemuan hukum, hukum tertulis bukan satu-satunya. Jika hakim memiliki keterbatasan untuk meneliti nilai-nilai yang hidup, tugas penemuan hukum oleh hakim dapat diambil alih oleh para ahli hukum melalui pemberian keterangan ahli di proses peradilan. Penjatuhan putussan hakim dalam perkara pidana berdasarkan tingkat ketercelaan suatu perbuatan.

Ketiga, adalah dengan memberlakukan pluralisme hukum, yaitu memberlakukan sistem hukum yang berlainan berdasarkan kelompok masyarakat. Pola ini mengikuti sistem hukum Hindia Belanda dimana hukum pidana tertulis berlaku bagi golongan masyarakat Eropa, sedangkan hukum adat berlaku untuk masyarakat adat. Ketiga cara ini tentunya dapat berfungsi guna pengakuan terhadap adanya hukum pidana adat dalam kacamata penegakan hukum berdasarkan prinsip keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum.

Sehubungan dengan hal tersebut, Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa usaha melakukan pembaharuan hukum (pidana) 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*". Dengan demikian menurut Jerome Hall "perbaikan/pembaharuan atau pengembangan hukum pidana harus merupakan suatu usaha permanen yang terus menerus dan berbagai catatan/dokumen rinci mengenai hal itu seharusnya disimpan dan dipelihara".[10]

Dalam rangka melakukan pembaharuan hukum pidana di Indonesia, tentu tidak terlepas dari tugas politik hukum untuk meneliti perubahan-perubahan yang perlu diadakan terhadap hukum yang ada sehingga dapat memenuhi tuntutan-tuntutan dan kebutuhan-kebutuhan baru dalam masyarakat. Politik hukum berusaha meneruskan arah perkembangan tertib hukum, dari *Ius Constitutum* yang bertumpu pada kerangka landasan hukum yang terdahulu menuju pada penyusunan hukum di masa datang atau *Ius Constituendum*. Barda Nawawi Arief secara jelas merumuskan latar belakang dan urgensi pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosio-filosofis, sosio-kultural. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformulasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofis, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Secara singkat dapatlah dikatakan, bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) dan sekaligus pendekatan yang berorentasi pada nilai (*value oriented approach*).[11]

Prof. Sudarto menjabarkan bahwa paling sedikit ada tiga alasan untuk mengadakan pembaharuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tersebut, yaitu politis, sosiologis, dan praktis.[12] Dipandang dari segi politis, Negara Republik Indonesia yang telah lama merdeka, sudah sewajarnya memunyai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang diciptakan sendiri.

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

[11] Barda Nawawi Arief, 2010, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 29.

[12] Aruan Sakidjo, Bambang Poernomo, 1990, *Hukum Pidana: Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Kodifikasi*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm. 20.

Konsep KUHP yang diciptakan sendiri itu dapat dipandang sebagai lambang hukum nasional dan merupakan suatu kebanggaan dari negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari pengaruh hukum pada masa lalu.

Dipandang dari segi sosiologis, yang lebih tepat dari segi antropologis, sebagaimana telah dikemukakan oleh para sarjana hukum adat seperti Van Vollenhoven, Ter Har, Idema, yang pada garis besarnya dapat disimpulkan bahwa *Wetboek van Strafrecht* atau KUHP yang berasal dari Netherland ini sudah tidak cocok lagi bagi bangsa Indonesia. Dalam KUHP tersebut belum mencakup perbuatan-perbuatan yang menurut ukuran bangsa Indonesia harus diancam dengan pidana, ternyata tidak dipidana dalam KUHP, misalnya masalah sumbang atau incest.

Dipandang dari segi praktik sehari-hari mengapa KUHP sekarang itu harus segera diganti, karena tidak banyak orang yang menyadari bahwa sampai saat sekarang ini teks resminya dari KUHP yang berlaku di Indonesia ini masih bertuliskan dalam bahasa Belanda. Apabila petugas penerap hukum hendak menerapkan ketentuan-ketentuan yang terdapat didalamnya secara tepat seharusnya petugas tersebut mengerti bahasa belanda. Praktik hukum ini sulit diharapkan dari bangsa Indonesia yang pada masa sekarang sudah banyak yang kurang mengerti bahasa Belanda, oleh karena itu KUHP yang masih berlaku ini harus segera diganti kodifikasi Indonesia yang bersifat nasional.

Oleh karena itu, diharapkan setiap pembaharuan hukum di Indonesia, tidak terkecuali pembaharuan hukum pidana (materil maupun formil) sebagai bentuk pengakuan terhadap keadilan lahir batin yang dikehendaki masyarakat Indonesia. Salah satu konsep pokok bentuk pengakuan hukum yang berkembang atau hidup di masyarakat adalah dengan diadopsinya sistem sanksi dalam hukum adat (pidana adat) dalam sistem hukum nasional sebagai bentuk pembaharuan hukum pidana nasional. Pengakuan dan perlindungan atas penerapan sanksi hukum adat menjadi suatu yang penting dalam kehidupan masyarakat adat, sebab dengan sanksi adat, maka dapat terkonstruksi atau tercipta keseimbangan dan harmonisasi sosial, kepentingan antara golongan manusia dan perorangan, antara persekutuan (kelompok) dan masyarakat luas yang merupakan dasar dari alam pikiran tradisional bangsa Indonesia.

Keinginan kuat untuk meng-Indonesiakan hukum pidana yang berkembang di tengah masyarakat, kini sudah dapat terlihat secara nyata dalam Rancangan KUHP yang telah diserahkan kepada DPR RI. Dimana dalam Rancangan RKUHP itu eksistensi pengakuan hukum adat tertuang dalam Pasal 2 RKUHP 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 dalam 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.

Membahasakan realitas perkembangan hukum adat (pidana adat) ke dalam RUU KUHP atau ranah pembaharuan hukum pidana nasional memang tidak mudah, karena hukum adat (pidana adat) bersifat pluralisme. Di masing-masing daerah terdapat keragaman sanksi-sanksi pidana adat yang bisa dijadikan sebagai bagian dari kearifan muatan lokal guna mewarnai pembaharuan hukum pidana nasional. Memasukkan beberapa sanksi pidana yang berkembang di masyarakat adat merupakan wujud pembaharuan hukum dengan model mengIndonesiakan hukum pidana adat dengan harapan, bahwa masyarakat adat di Indonesia memang diakui keberadaannya. Namun terlepas dari itu dengan diejawantahkannya secara nyata eksistensi hukum pidana adat dalam RKUHP tentunya juga menuai pro dan kontra ditengah-tengah masyarakat Indonesia. Hal ini disebabkan bahwa akan membuat tingkat kriminalisasi bagi masyarakat juga akan semakin tinggi akibat pengaruh budaya hukum masyarakat setempat.

Pemaknaan Asas Legalitas Setelah Masuknya Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Kedalam Rancangan KUHP

Asas legalitas *(principle of legality)* menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Asas ini dikenal dalam bahasa latin sebagai *nullum delictum nulla poena sine praevia lege* (tidak ada delik tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu). 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 undangundang. 2. Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias). 3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.

Asas legalitas muncul sebagai akibat dari memuncaknya reaksi terhadap kekuasaan yang mutlak (*absolutisme*) dari raja-raja yang berkuasa. Pada zaman Romawi dikenal kejahatan yang dinamakan *crimina extra ordinaria*, artinya: kejahatan-kejahatan yang tidak disebut dalam undang-undang. Di antara *crimina extra ordinaria* ini yang sangat terkenal adalah *crimina stellionatus*, yang artinya perbuatan jahat, durjana. Namun, tidak ada ketentuan mengenai perbuatan berupa apa yang dimaksud dengan perbuatan jahat, durjana. Dalam sejarahnya *crimina extra ordinaria* diadopsi oleh raja-raja yang berkuasa dan menerapkannya secara sewenang-wenang, menurut kehendak dan kebutuhan raja-raja tersebut.[13]

Asas legalitas berasal dari juris Jerman, von Feuerbach. Ini berarti bahwa asas ini lahir pada awal abad 19 dan harus dipandang sebagai produk ajaran klasik.[14] Asas ini ditulis dalam buku von Feuerbach yang berjudul *Lehrbuch des Peinlichen Recht* yang ditulis tahun 1801 yang berbunyi nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali yang artinya: tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.5 Sebelum asas legalitas ditulis oleh von Feuerbach, pada tahun 1748 Montesquieu telah menulis dalam bukunya yang berjudul L'esprit des Lois dan pada tahun 1762 telah ditulis oleh J.J. Rousseau dalam bukunya *Die Contract Social.*

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 Perundang-undangan.

   Dalam tradisi *civil law*, aspek pertama adalah pemidanaan harus didasarkan pada undang-undang (berdasarkan hukum tertulis). Undang-undang harus menentukan mengenai perbuatan yang dianggap sebagai tindak pidana. Tanpa undang-undang yang mengatur mengenai perbuatan yang dilarang, maka perbuatan tersebut tidak dapat dikatakan sebagai tindak pidana.

   Berlakunya asas legalitas memiliki dua fungsi yaitu : pertama, fungsi melindungi yaitu tidak ada pemidanaan kecuali atas dasar undang-undang. Dalam hal ini, undang-undang pidana melindungi rakyat terhadap pelaksanaan kekuasaan yang tanpa batas dari pemerintah. Kedua, fungsi instrumental yaitu tidak ada perbuatan pidana yang tidak dituntut. Dalam hal ini, pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah tegas-tegas diperbolehkan yaitu dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang.

   Fungsi instrumental ini terkait dengan teori von Feuerbach yaitu *psychologische dwang* (teori tekanan psikologis). Teori ini menjelaskan mengenai pembenaran penjatuhan pidana dengan alasan bahwa sebelumnya telah diberikan peringatan kepada setiap orang tentang larangan-larangan yang tidak boleh dilakukan dan jika pidana tidak dijatuhkan, maka ancaman tersebut akan kehilangan kekuatannya. Dengan demikian makna ini

[13] Moeljatno, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, hlm. 26.

[14] Jan Remmelink, 2003, *Hukum Pidana – Komentar Atas pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, hlm. 356.

menimbulkan kepastian hukum, setiap orang merasa aman dan terayomi, dan orang tidak merasa ragu berbuat sesuatu.

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

   Dalam penerapannya, sering sekali sangat sulit untuk mengetahui apakah suatu kasus tertentu termasuk atau tidak termasuk dalam ketentuan pidana. Dengan demikian hakim wajib menetapkan arti yang tepat dari ketentuan pidana tersebut; hakim harus menafsirkan, menjabarkan ketentuan tersebut. Dalam ilmu hukum pidana dikenal beberapa metode penafsiran yang lazim digunakan oleh hakim untuk mendapatkan pemecahan yang adil, yaitu penafsiran gramatikal, penafsiran menurut sejarah undang-undang, penafsiran sistematis, penafsiran teleologis, dan penafsiran restriktif atau ekstentif.[15]

   Menurut Moeljatno, meskipun dapat dikatakan bahwa tafsiran ekstensif (yang nyata-nyata dibolehkan) dan analogi itu pada hakikatnya adalah sama, hanya ada perbedaan gradual saja, tetapi dipandang dari sudut psikologis bagi orang yang menggunakannya, ada perbedaan yang besar di antara keduanya. Perbedaannya yaitu, tafsiran ekstensif masih tetap berpegang pada bunyi aturan, semua kata-katanya masih diturut, hanya ada perkataan yang tidak lagi diberi makna seperti pada waktu terjadinya undang-undang, tetapi pada waktu penggunaannya; karena itu masih dinamakan interpretasi, dan seperti halnya dengan cara interpretasi yang lain, selalu diperlukan dalam menggunakan undang-undang.

   Sedangkan analogi, sudah tidak berpegang kepada aturan yang ada melainkan pada inti, rasio daripadanya. Oleh karena itu, analogi bertentangan dengan asas legalitas, sebab asas ini mengharuskan adanya suatu aturan sebagai dasar. Selain Moeljatno, Jan Remmelink juga mendukung adanya larangan analogi, dengan alasan : pertama, larangan analogi mendukung kepastian hukum. Kedua, pengembangan hukum (perundang-undangan) tidak terutama dibebankan pada hakim. Ketiga, kemungkinan untuk tetap menjangkau "terdakwa" di luar batasan bahasa membuka kesempatan bagi hakim untuk mengambil keputusan secara emosional karena pengaruh tidak murni dari opini publik, media, dan dari golongan (instansi ataupun non-instansi) lainnya. Keempat, bahkan sejarah perundang-undangan memunculkan penolakan: undang-undang tahun 1886 tidak dimaksudkan sebagai pengakuan terhadap penggunaan metode penafsiran analogis. Dalam perkembangan terakhir berbagai keputusan Komisi Eropa untuk HAM menegaskan larangan untuk menetapkan norma atau ketentuan pidana yang sudah ada secara analogis terhadap perbuatan yang sebenarnya tidak dimaksudkan untuk masuk dalam lingkup norma yang bersangkutan.

3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut (nonretroaktif).

   Menurut Jan Remmelink, agar dipenuhinya jus puniendi (hak negara untuk menegakkan ketentuan-ketentuan pidana), diperlukan lebih dari sekedar kenyataan bahwa tindakan yang dilakukan memenuhi perumusan delik dan tidak ada alasan-alasan yang meniadakan pidana. Hak negara untuk menjatuhkan pidana juga harus memenuhi norma mengenai berlakunya hukum pidana yakni berlakunya hukum pidana menurut waktu (tempus) dan menurut tempat dimana tindakan tersebut dilakukan.

   Jika suatu tindakan yang memenuhi rumusan delik ternyata dilakukan sebelum berlakunya ketentuan yang terkait, tindakan tersebut tidak hanya tidak dapat dituntut ke muka pengadilan tetapi juga pelaku tidak dapat dimintai pertanggungjawaban pidana. Harus ada ketentuannya terlebih dahulu yang menentukan bahwa tindakan tersebut dapat dipidana. Dengan kata lain, tidak ada pidana tanpa (landasan) perundang-undangan yang dikenal sebagai asas legalitas. Ilmu hukum pidana sering merujuk ketentuan ini sebagai *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali* (tiada delik, tiada pidana, tanpa didahului oleh ketentuan pidana dalam perundang-undangan).

[15] D. Schaffmeister dkk, JE Sahetapy (Penerjemah), 1995, *Hukum Pidana*, Yogyakarta: Liberty, hlm. 8 - 10.

Terlepas dari itu, Dalam hukum pidana Indonesia, asas legalitas diatur dengan jelas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menentukan bahwa suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada. Pasal 1 ayat (1) KUHP ini memuat dua hal penting yaitu: *pertama,* perbuatan pidana harus ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. *Kedua,* perundang-undangan harus ada sebelum terjadinya perbuatan pidana tersebut.

Dengan adanya ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) RKUHP 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) RUU KUHP menyebutkan: Yang dimaksud dengan "hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana" adalah hukum pidana adat. Hukum yang hidup di dalam masyarakat dalam pasal ini berkaitan dengan hukum yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat di Indonesia. Di beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut, yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana.

Tentunya Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) ini menuai pro dan kontra ditengah masyarakat. Terlebih ketika Pasal ini dimaknai sebagai pasal yang rawan akan kriminalisasi terhadap masyarakat adat setempat. Pun dengan dimuatnya pasal ini jelas menggambarkan bahwa telah terjadinya pergeseran yang cukup signifikan dalam pemaknaan asas legalitas itu sendiri. Dimana asas legalitas merupakan asas yang berpijak pada aturan tertulis yang telah dikodifikasi sedang huku adat maupun hukum pidana adat ada yang tertulis dan pada umumnya tidak tertulis. Sehingga sebetulnya pemaknaan delik ini didalam RKUHP rentan terjadinya problematika dalam penegakan hukum pidana itu sendiri, khususnya dikalangan aparat penegak hukum.

Kemudain RKUHP merupakan rekodifikasi peraturan hukum pidana yang dijadikan sebagai *lex generalis,* tujuan dari pembentukan RKUHP adalah sejalan dengan semangat dekolonisasi dan partikularisasi sehingga memasukkan unsur hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai ketentuan dasar penuntutan dalam norma dianggap sebagai ciri khas dari kodifikasi hukum pidana Indonesia. Proses pembaharuan pada hukum pidana Indonesia ini berdampak pada norma-norma baru yang berbeda dengan KUHP saat ini.

Pembaharuan di dalam RKUHP ini menyisakan isu krusial, salah satunya dengan memasukan unsur hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dan menjadikan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar untuk menentukan seseorang dapat dipidana atau dasar penuntutan. Pasal 1 ayat (1) RKUHP menyatakan "Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundangundangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan". Begitu juga dengan Pasal 1 ayat (2) RKUHP yang menyatakan, "Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang digunakan analogi".

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 mempidana 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) RKUHP 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 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."

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 teramanatkan dalam Pasal 1 RKUHP. Pasal 1 RKUHP menganut asas legalitas formil yang menghendaki adanya peraturan sebelum tindakan yang dianggap melanggar hukum itu terjadi menunjukkan tentang kepastian hukum. Hal ini disebabkan oleh proses hukum pidana yang bersumber pada undang-undang untuk dasar penjatuhan pidana.

Selain itu, terdapat asas legalitas materiil yang tereksplisit dalam Pasal 2 yang mengakui keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sebagai dasar penjatuhan pidana. Tujuan pembentuk undang-undang memasukkan unsur hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar pemidanaan tentu memberikan konsekuensi hukum yang berpotensi menimbulkan pertentangan dengan asas legalitas sebagai asas fundamental dalam hukum pidana Indonesia.

Dalam hal RKUHP 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. Terdapat lima (5) alasan yang dijadikan sebagai landasan perluasan asas legalitas formil ke asas legalitas materiil, diantaranya : Kajian komparatif; Kesepakatan seminar-seminar nasional; Landasan teoritik; Kebijakan legislatif nasional; Kesepakatan dokumen dunia.

Perubahan yang ada pada RKUHP merupakan perubahan secara materil atau secara substantif pada formulasi rumusan delik Pasal 1 Ayat (1) KUHP yang eksis pada saat ini. Perluasan makna asas legalitas ini sejalan dengan pokok pikiran perumus RKUHP untuk mengimplementasikan kepentingan masyarakat yang berkeadilan dan kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan salah satu patokan formil sementara itu keadilan digambarkan sebagai materilnya.[16]

Dengan diperluasnya asas legalitas yang mengeksistensikan 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 RKUHP yang merupakan asas yang memiliki kedudukan yang sangat penting karena menjadi fundamental dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dapat dipidanakan. Terdapat frasa "Kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan" yang menunjukan eksistensi fundamental itu sendiri sehingga menjadi asas yang penting dalam hukum pidana.

Kriminalisasi Perbuatan Yang Dianggap Sebagai Pelanggaran Hukum Yang Hidup Di Masyarakat Setelah Diakui Dalam Rancangan KUHP

Kebijakan hukum pidana terhadap kriminalisasi mencakup terhadap ruang lingkup yaitu meliputi tiga aspek, yaitu penentuan perbuatan terlarang atau suatu tindak pidana *(strafbaarfait)*, Pertanggung-jawaban pidana atau kesalahan (*schuld)*, dan sanksi pidana (*straf).* Penentuan terhadap suatu perbuatan apa yang seharusnya dilarang dan tidak dilarang dalam hukum pidana yang berkaitan dengan kriminalisasi.

Kriminalisasi ditinjau secara entimologi berasal dari bahasa inggris *criminalization*, dan dalam padanan kata bahasa Belanda *criminalisatie*. Kriminalisasi bukan hanya terhadap suatu kata, tetapi juga terhadap suatu istilah secara (terminologi) terhadap hukum pidana materil.[17] Kriminalisasi pada hakikatnya yaitu suatu pintu masuk bagi pemberlakuan hukum

[16] 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.

[17] Soejono Soekanto, 1981. *Kriminologi-Suatu Pengantar.* Cetakan Pertama. Jakarta: Ghalia Indonesia. hlm. 62.

pidana (material). Kriminalisasi yang diartikan Persak adalah "*defining certain human conduct (acts or omissions) as criminal offences and usually assigning to them a certain range of criminal-law sanctions*" (menentukan suatu tindakan sebagai tindak pidana dan memberlakukan ancaman sanksi pidana atas tindak pidana tersebut).[18] Oleh karena itu. dalam pembentukan kaidah hukum pidana, kriminalisasi adalah suatu objek kajian yang penting. Terdapat bermacam-macam pengertian kriminalisasi, sekaligus dapat menjelaskan ruang lingkup kriminalisasi.

Kriminalisasi merupakan tindakan atau penetapan penguasa mengenai perbuatan-perbuatan tertentu oleh masyarakat atau golongan-golongan masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang dapat dipidana menjadi suatu perbuatan pidana.[19] Mengutip pendapat dari Soerjono Soekanto, proses kriminalisasi artinya suatu proses penyebutan, dimana suatu perbuatan tertentu yang oleh masyarakat tindakan atau pada suatu golongan masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang bisa dipidana. Prosesnya ini berakhir terbentuknya peraturaan hukum pidana.[20] Disini bisa ditarik pengertian bahwa proses kriminalisasi suatu perbuatan yang semula belum dianggap sebagai perbuatan pidana kemudian ditetapkan sebagai perbuatan pidana dengan tahap akhir dituangkan dalam bentuk peraturan hukum pidana.

Kebijakan kriminalisasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal (*criminal policy*) dengan menggunakan sarana hukum pidana (*penal*), dan oleh karena itu termasuk bagian dari "kebijakan hukum pidana" (*penal policy*), khususnya kebijakan formulasinya. Dilihat dari pengertiannya, kriminalisasi tidak harus berupa membuat undang-undang khusus di luar KUHP, namun dapat pula dilakukan tetap dalam koridor KUHP melalui amandemen. Akan tetapi proses amandemen dengan membuat undangundang khusus hampir sama, baik dari segi waktu maupun biaya, ditambah dengan ketidaktegasan sistem hukum kita yang tidak menganut sistem kodifikasi secara mutlak, menyebabkan munculnya undang-undang khusus.

Sanford H. Kadish merupakan ahli pertama yang membicarakan tentang *overcriminalization*, dalam artikel berjudul *'the crisis of overcriminalization'* yang ditulis pada 1968. Menurut Kadish, dewasa ini hukum pidana telah memperluas jangkauan sanksi pidana kepada jenis-jenis perilaku yang sangat berbeda, suatu perilaku yang tidak menimbulkan kerugian yang serius, atau kejahatan yang bahkan tidak menimbulkan kerugian apapun.[21] Overcriminalization oleh Kadish diartikan sebagai penggunaan hukum pidana untuk mewujudkan tujuan-tujuan kebijakan publik yang sama sekali tidak layak/tidak dibenarkan untuk dilarang.[22] Perbuatan-perbuatan yang netral secara moral tidak layak dikriminalisasi, seperti hubungan seksual yang dilakukan secara suka sama suka.

Menurut peneliti, perbuatan-perbuatan yang seperti apa yang dianggap sebagai perbuatan yang netral secara moral berbeda antara satu negara dengan negara yang lain dan bergantung kepada falsafah yang dianutnya. Bagi Indonesia, pemikiran Kadish tersebut tidak selamanya bisa diikuti sejak Pancasila disepakati oleh pendiri bangsa sebagai cita hukum (rechtsidee) dan pandangan hidup bangsa sehingga nilai-nilai yang terkandung di dalamnya harus menjadi pedoman/pijakan/sumber nilai dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan.

Barda Nawawi Arief mengartikan Over-Kriminalisasi sebagai banyak atau melimpahnya jumlah kejahatan dan perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi. Over-Kriminalisasi timbul bila proses kriminalisasi yang berlangsung secara terus menerus tanpa didasarkan pada penilaian yang teruji dan tanpa suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan

[18] Nina Persak, 2007, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts.* Berlin: Springer. hlm. 6.
[19] Suwondo. 1982, *Himpunan Karya Tentang Hukum Pidana*. Yogyakarta: Liberty. hlm. 61.
[20] Soerjono Soekanto, 1981, *Kriminologi: Suatu Pengantar*, Cetakan Pertama, Jakarta: Ghalia Indonesia. hlm. 62.
[21] Sanford H. Kadish, 1968, *"The Crisis of Overcriminalization"*, American Criminal Law, hlm. 17
[22] Michal Buchhandler-Raphael, 2015, *Overcriminalizing Speech,* Cardozo Law Review, hlm. 1679

sistem.[23] Kip Schlegel, David Eitle, dan Steven Gunkel menganggap bahwa masalah Over-Kriminalisasi terkait dua hal. Pertama, konsep Over-Kriminalisasi merefleksikan suatu perhatian yang lebih luas dari peranan sanksi pidana dan persepsi yang digunakan tentang perilaku penjahat. Pertanyaan yang muncul terkait yang pertama ini, adalah perilakuperilaku yang seperti apa yang dianggap sebagai kejahatan.

Pertanyaan tentang sampai sejauh mana sanksi pidana diterapkan tidak lebih penting dari pertanyaan tentang persyaratan-persyaratan apa saja yang harus dipenuhi agar sanksi pidana dapat diterapkan. Over-Kriminalisasi dengan demikian, merepresentasikan pengenaan label penjahat atas perilaku yang sebenarnya tidak memenuhi kriteria label tersebut. Kedua, konsep Over-Kriminalisasi juga memberikan perhatian kepada seringnya sanksi pidana diterapkan kepada suatu perbuatan seketika dinyatakan sebagai perbuatan terlarang. Pertanyaan terkait hal ini, adalah seberapa sering sanksi pidana diancamkan dan seberapa berat sanksi pidana itu dijatuhkan kepada orang yang melakukan suatu kejahatan. Over-Kriminalisasi merepresentasikan pengenaan sanksi pidana yang lebih sering daripada respon kontrol sosial lainnya yang tersedia yang lebih pantas dan pengenaan sanksi pidana yang tidak sesuai dengan tujuannya.

Kajian terhadap Over-Kriminalisasi ini kini menjadi perhatian yang serius, khususnya bagi kalangan akademisi dan penegak hukum. Hal ini dikarenakan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) telah melahirkan generasi baru sebagai bentuk pengejawantahan dekolonialisasi di Indonesia. Dimana Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) saat ini telah memasukkan hukum pidana adat kedalam kodifikasinya. Sebagaimana yang diketahui bahwa adat istiadat di Indonesia ini tentulah berbeda-beda, sehingga terdapat pula beraneka macam hukum pidana adat yang dapat ditegakkan. Oleh akibat berbagai macamnya adat istiadat di Indonesia tentu ketika delik adat ini dirumuskan dalam RKUHP akan meningkatkan kuantitas kriminalisasi di Indonesia.

Kemudian yang menjadi problematika kini, bahwa dengan diejawantahkannya pengakuan adanya hukum pidana adat ditengah masyarakat melalui kodifikasi hukum yang terdapat didalam RKUHP, dinilai dapat manjadi sarana mengkriminalisasi masyarakat yang berujung terjadinya Over-Kriminalisasi. Sehingga Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) RKUHP ini menjadi pro dan kontra ditengah masyarakat. Dimana seharusnya Pasal 2 RKUHP ini haruslah lebih ditelaah fungsi dan perannya dalam proses penegakan hukum, khususnya penegakan hukum pidana agar tidak mudahnya masyarakat dapat dikriminalisasi dan menyebabkan Over-Kriminalisasi dalam sistem hukum pidana di Indonesia. Tidak hanya sebatas itu Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) RKUHP ini juga dapat menjadi pasal yang tumpang tindih untuk ditegakkan oleh aparat penegak hukum, juga pasal ini dapat menyebabkan beban kerja aparat penegak hukum sebagai besar.

KESIMPULAN

Terminologi hukum pidana adat, delik adat, hukum pelanggaran adat atau hukum pidana adat merupakan cikal bakal yang sebenarnya berasal dari hukum adat. Apabila dikaji dari perspektif sumbernya, hukum pidana adat bersumber tertulis dan tidak tertulis. Seyogianya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tidak dikenal adanya terminologi hukum pidana adat maupun pengakuan terhadap hukum adat. Hal ini tentunya sangat berbeda dengan Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) dimana dalam RKUHP ini dikenal adanya terminologi hukum pidana adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat. Sehingga tentulah hal ini menyebabkan suatu perbedaan yang cukup signifikan.

Perbedaan antara KUHP dan RKUHP dalam hal tidak memuat dan memuat terkait hukum yang hidup ditengah masyarakat (hukum pidana adat) ini tentunya dapat mempengaruhi

[23] Barda Nawawi Arief, 2000, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara, Cetk. Ketiga*, Badan Penerbit, Universitas Diponegoro, Semarang, hlm. 38;

makna dari asas legalitas yang termaktub dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP maupun Pasal 1 ayat (1) RKUHP. Sehingga hal ini menuai pro dan kontra ditengah masyarakat karena dianulir sebagai suatu pergeseran yang dapat merubah makna dari asas legalitas itu sendiri. Dimana asas legalitas merupakan asas yang fundamental dalam KUHP dan RKUHP.

Kemudian dengan dimasukkannya pengakuan terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana yang diamanatkan dalam Pasal 1 ayat (1) dan ayat (2) RKUHP dinilai dapat menyebabkan tingginya kuantitas kriminalisasi yang mana dapat dimaknai bahwa setiap hal yang bertentangan dengan hukum pidana adat disuatu wilayah dapat dikenakan sanksi pidana. Tentunya hal ini merupakan suatu hal yang riskan dan dapat menyebabkan Over-Kriminalisasi. Ketika hal ini terjadi tentunya akan menyebabkan tumpang tindihnya penegakan hukum pidana serta menambah beban kerja para aparat penegak hukum.

REFERENSI

Andi Hamzah. 2017. *Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta : Sinar Grafika.

_____2009. *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan*,Badan Penerbit Universitas Diponegoro. Semarang.

_____2005. *Beberapa Aspek Kebijakan dan Pengembangan Hukum Pidana (Edisi Revisi)*. Bandung: Citra Aditya Bakti.

Aruan Sakidjo, Bambang Poernomo. 1990. *Hukum Pidana: Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Kodifikasi*. Jakarta: Ghalia Indonesia.

Barda Nawawi Arief. 2000. *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara, Cetk. Ketiga*. Badan Penerbit, Universitas Diponegoro. Semarang.

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

Fery Kurniawan. 2016. *Hukum Pidana Adat Sebagai Sumber Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*. Eduka Jurnal pendidikan. hukum, dan bisnis 2.

Hilman Hadikusuma. 1984. *Hukum Pidana Adat*. Bandung: Alumni.

I Made Widnyana. 2013. *Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana.* Jakarta: PT Fikahati Aneska.

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

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Michal Buchhandler-Raphael. 2015. *Overcriminalizing Speech.* Cardozo Law Review.

Moeljanto. 2002. *Asas-Asas Hukum Pidana.* Cetakan ketujuh. Jakarta: Rineka Cipta.

Peter Mahmud Marzuki. 2005. *Penelitian Hukum.* Jakarta: Kencana.

Poponoto dan Soebakti, 1981, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta.

Satjipto Rahardjo. 1980. *Hukum dan Masyarakat.* Bandung*:* Angkasa.

Soejono Soekanto. 1981. *Kriminologi-Suatu Pengantar.* Cetakan Pertama. Jakarta: Ghalia Indonesia.

_____2009. *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: RajaGrafindo Persada.

_____2008. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana:Perkembagan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*. Jakarta: Kencana.

_____2010. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru).* Bandung: Citra Aditya Bakti.

Wignjodipoero, Soerojo. 1995. *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*. Jakarta: Gunung Agung.

Zainuddin Ali. 2010. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Ateng Sudibyo dan Aji Hakim Rahman. *Dekonstruksi Asas Legalitas dalam Hukum Pidana*. Jurnal Presumption of Law, Volume 3 Nomor 1, April 2021.

BPHN, 2009, *Naskah Akdemis KUHP*.

Douglas Husak. 2008. *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press. United States of America.

E Schaffmeister dkk, JE Sahetapy (Penerjemah). 1995. *Hukum Pidana.* Yogyakarta: Liberty.

Erik Luna. 2005. *The Overcriminalization Phenomenon,* American University Law Review 703.

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.

Nina Persak. 2007. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts.* Berlin: Springer.

Roelof H. Heveman. 2002. *The Legality of Adat Criminal Law in Modern Indonesia.* Tata Nusa.Jakarta.

Sanford H. Kadish. 1968. *The Crisis of Overcriminalization.*American Criminal Law.

Suwondo. 1982, *Himpunan Karya Tentang Hukum Pidana*. Yogyakarta: Liberty.

Timothy Nugroho, *Eksistensi Hukum Pidana Adat dalam Dilema Pemaknaan Asas Legalitas*, dalam vivajusticia.law.ugm.ac.id

Tody Sasmitha Jiwa, 2020, "'*Hukum Yang Hidup' dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP): Antara Akomodasi dan Negasi*", Jurnal Masalah-Masalah Hukum, Jilid 49, Nomor 1, Januari 2020.