

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Fungsi Hukum dalam Kehidupan Masyarakat

Hukum memiliki fungsi yang penting dalam kehidupan bermasyarakat sebagai alat untuk menciptakan keadilan, keteraturan, ketentraman dan ketertiban, tetapi juga untuk menjamin adanya kepastian hukum. Pada tataran selanjutnya, hukum diarahkan sebagai sarana kemajuan dan kesejahteraan masyarakat yang dibentuk atas keinginan dan kesadaran tiap-tiap individu di dalam masyarakat, dengan maksud agar hukum dapat berjalan sebagaimana dicita-citakan oleh masyarakat itu sendiri, yakni menghendaki kerukunan dan perdamaian dalam pergaulan hidup bersama. Orang yang melakukan tindak pidana akan bertanggung jawabkan perbuatan tersebut dengan pidana apabila ia mempunyai kesalahan, seseorang mempunyai kesalahan apabila pada waktu melakukan perbuatan dilihat dari segi masyarakat menunjukkan pandangan normatif mengenai tindak pidana.¹

Hukum merupakan suatu kebutuhan yang melekat pada kehidupan sosial dalam suatu masyarakat, yaitu bahwa hukum akan melayani anggota-anggota masyarakat, baik berupa pengalokasian kekuasaan, pendistribusian sumber-sumber daya, serta melindungi kepentingan anggota masyarakat itu sendiri oleh

¹ Barda Nawawi Arief. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. PT Citra. Aditya Bakti. Bandung. 2003. hlm. 41.

karenanya hukum menjadi semakin penting peranannya sebagai sarana untuk mewujudkan kebijaksanaan-kebijaksanaan pemerintah.

Penegakan hukum memiliki peranan yang besar dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara untuk menjamin kepentingan mayoritas masyarakat atau warga negara, terjaminnya kepastian hukum sehingga berbagai perilaku kriminal dan tindakan sewenang-wenang yang dilakukan anggota masyarakat atas anggota masyarakat lainnya akan dapat dihindarkan. Penegakan hukum secara ideal akan mengantisipasi berbagai penyelewengan pada anggota masyarakat dan adanya pegangan yang pasti bagi masyarakat dalam menaati dan melaksanakan hukum. Pentingnya masalah penegakan hukum berkaitan dengan semakin meningkatnya kecenderungan berbagai fenomena kejahatan baik pelaku, modus, bentuk, sifat, maupun keadaannya. Kejahatan seakan telah menjadi bagian dalam kehidupan manusia yang sulit diprediksi kapan dan di mana potensi kejahatan akan terjadi.²

Pemberlakuan hukum adalah sebagai sarana untuk mencapai tujuan sebagaimana yang diharapkan, secara teknis hukum dapat memberikan atau melakukan hal-hal sebagai berikut:

- 1) Hukum merupakan suatu sarana untuk menjamin kepastian dan memberikan predikibilitas di dalam kehidupan masyarakat
- 2) Hukum merupakan sarana pemerintah untuk menetapkan sanksi
- 3) Hukum sering dipakai oleh pemerintah sebagai sarana untuk melindungi melawan kritik
- 4) Hukum dapat digunakan sebagai sarana untuk mendistribusikan sumber-sumber daya³

² Mardjono Reksodiputro. *Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Melihat Kejahatan dan Penegakan Hukum dalam Batas-Batas Toleransi)* Pusat Keadilan dan Pengabdian Hukum. Jakarta 1994. hlm. 22.

³ Sudarto. *Kapita Selekta Hukum Pidana*. Alumni.Bandung. 1983. hlm.107

Hukum sebagai sarana pembangunan dapat mengabdikan dalam tiga sektor, yaitu:

- 1) Hukum sebagai alat penertib (*ordering*) yang berarti hukum menciptakan suatu kerangka bagi pengambilan keputusan politik dan pemecahan perselisihan yang mungkin timbul melalui suatu hukum acara yang baik
- 2) Hukum sebagai alat penjaga keseimbangan (*balancing*) yang berarti hukum berfungsi untuk menjaga keseimbangan dan harmonisasi antara kepentingan umum dan kepentingan individu
- 3) Hukum sebagai katalisator yang berarti hukum berfungsi untuk memudahkan terjadinya proses perubahan melalui pembaharuan hukum dengan bantuan tenaga kreatif di bidang profesi hukum.⁴

Kesadaran yang menyebabkan hukum merupakan instrumen (alat) untuk mewujudkan tujuan-tujuan tertentu, menjadikan hukum sebagai sarana yang secara sadar dan aktif digunakan untuk mengatur masyarakat, dengan menggunakan (melalui) peraturan-peraturan hukum yang dibuat dengan sengaja. Dalam konteks yang demikian ini, sudah tentu harus diikuti dan diperhatikan perkembangan-perkembangan yang terjadi dalam kehidupan masyarakat sebagai basis sosial. Hukum merupakan suatu kebutuhan yang melekat pada kehidupan sosial itu sendiri, yaitu hukum akan melayani kebutuhan anggota-anggota masyarakat, baik berupa pengalokasian kekuasaan, pendistribusian sumber daya-sumber daya serta melindungi kepentingan anggota masyarakat itu sendiri. Oleh karena itu hukum semakin dirasakan penting peranannya sebagai sarana untuk mewujudkan kebijaksanaan-kebijaksanaan pemerintah.

Hukum mempunyai arti penting bagi kekuasaan formal lembaga-lembaga negara, unit-unit pemerintah, dan pejabat negara dan pemerintah. Legalisasi kekuasaan itu dilakukan melalui penetapan landasan hukum bagi kekuasaan melalui aturan

⁴ *Ibid.* hlm. 108.

hukum, Di samping itu hukum dapat dapat pula berperan mengontrol kekuasaan sehingga pelaksanaannya dapat dipertanggungjawabkan secara legal dan etis.

Masalah pembangunan hukum nasional tidak selayaknya dilihat dan dipahami hanya sebagai subyek pembangunan, tetapi juga sekaligus sebagai obyek pembangunan. Sebagai subyek pembangunan, hukum dituntut agar dapat tidak hanya berfungsi sebagai sarana pembangunan social (*law is a tool of social engineering*), tetapi sebagai upaya menciptakan sistem hukum nasional, maka dalam pembangunannya dibutuhkan pola pikir, yang melihat hukum dan memahami hukum sebagai suatu sistem, yaitu sistem hukum nasional, yang dibangun dengan cara antara lain menerapkan prinsip *good governance* dan dilakukan untuk menyesuaikan diri dengan perubahan sistem politik dan ketatanegaraan sesuai dengan amandemen UUD 1945.

Friedrich Karl von Savigny dalam Sudarto mengemukakan: “*Law is and expression of the common consciousness or spirit of people*”. Hukum tidak dibuat, tetapi ia tumbuh dan berkembang bersama masyarakat (*das rechts wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem volke*). Berdasarkan inti teori Von Savigny maka dapat dinyatakan bahwa semua hukum pada mulanya dibentuk dengan cara seperti yang dikatakan orang, hukum adat, dengan bahasa yang biasa tetapi tidak terlalu tepat, dibentuk yakni bahwa hukum itu mulai-mula dikembangkan oleh adat kebiasaan dan kepercayaan yang umum. Setiap masyarakat mengembangkan hukum kebiasaannya sendiri, karena mempunyai bahasa, adat istiadat (termasuk kepercayaan) dan konstitusi yang khas.⁵

⁵ Sudarto. *Kapita Selekta Hukum Pidana*. Alumni.Bandung. 1986. hlm. 7

Sesuai dengan dasar teori di atas maka produk hukum dapat diketahui melalui pembuatan hukum dan fungsi utama hukum, yaitu:

a) Pembuatan Hukum

Hukum bukan merupakan konsep dalam masyarakat karena hukum tumbuh secara alamiah dalam pergaulan masyarakat yang mana hukum selalu berubah seiring perubahan sosial. Dengan pernyataan ini maka hukum di satu negara tidak dapat diterapkan/ dipakai oleh negara lain karena masyarakatnya berbeda-beda begitu juga dengan kebudayaan yang ada di suatu daerah sudah pasti berbeda pula, dalam hal tempat dan waktu juga berbeda.

Pokok-pokok ajaran mazhab historis yang diuraikan Savigny dan beberapa pengikutnya dapat disimpulkan sebagai berikut:

- 1) Hukum yang ditemukan tidak dibuat. Pertumbuhan hukum pada dasarnya adalah proses yang tidak disadari dan organis; oleh karena itu perundang-undangan adalah kurang penting dibandingkan dengan adat kebiasaan
- 2) Karena hukum berkembang dari hubungan-hubungan hukum yang mudah dipahami dalam masyarakat primitif ke hukum yang lebih kompleks dalam peradaban modern kesadaran umum tidak dapat lebih lama lagi menonjolkan dirinya secara langsung, tetapi disajikan oleh para ahli hukum yang merumuskan prinsip-prinsip hukum secara teknis. Tetapi ahli hukum tetap merupakan suatu organ dari kesadaran umum terikat pada tugas untuk memberi bentuk pada apa yang ia temukan sebagai bahan mentah. Perundang-undangan menyusul pada tingkat akhir; oleh karena ahli hukum sebagai pembuat undang-undang relatif lebih penting daripada pembuat undang-undang;
- 3) Undang-undang tidak dapat berlaku atau diterapkan secara universal. Setiap masyarakat mengembangkan kebiasaannya sendiri karena mempunyai bahasa adat-istiadat dan konstitusi yang khas. Savigny menekankan bahwa bahasa dan hukum adalah sejajar juga tidak dapat diterapkan pada masyarakat lain dan daerah-daerah lain. Volkgeist dapat dilihat dalam hukumnya oleh karena itu sangat penting untuk mengikuti evolusi volkgeist melalui penelitian sepanjang sejarah.

b) Fungsi Utama Hukum

Konsep jiwa masyarakat dalam teori Savigny tentang hukum ini tidak dapat menunjukkan secara jelas bagaimana isi dan ruang lingkungannya. Sehingga amat sulit melihat fungsi dan perkembangannya sebagai sumber utama hukum menurut teori ini. Sesuai dengan teori ini maka hukum yang berlaku pada suatu masyarakat adalah hukum yang berkembang seiring dengan perkembangan yang terjadi dalam konteks kehidupan masyarakat itu sendiri.⁶

Pembangunan hukum yang mencakup upaya-upaya pembaruan tatanan hukum di Indonesia haruslah dilakukan secara terus menerus agar hukum dapat memainkan

⁶ *Ibid.* hlm. 8-9.

peran dan fungsinya sebagai pedoman bertingkah laku (fungsi ketertiban) dalam hidup bersama yang imperatif dan efektif sebagai penjamin keadilan di dalam masyarakat. Upaya pembangunan tatanan hukum yang terus menerus ini diperlukan. Sebagai pelayan bagi masyarakat. Karena hukum itu tidak berada pada kevakuman, maka hukum harus senantiasa disesuaikan dengan perkembangan masyarakat yang dilayaninya juga senantiasa berkembang. Sebagai alat pendorong kemajuan masyarakat. Secara realistis di Indonesia saat ini fungsi hukum tidak bekerja secara efektif, sering dimanipulasi, bahkan jadi alat (instrumen efektif) bagi penimbunan kekuasaan.⁷

Hukum itu ekspresi dan semangat dari jiwa rakyat (*volksgeis*). Selanjutnya dikatakan bahwa hukum itu tidak dibuat tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakat. Konsep demikian ini memang didukung oleh kenyataan dalam sejarah yaitu pada masyarakat yang masih sederhana sehingga tidak dijumpai perana pembuat undang-undang seperti terdapat pada masyarakat modern. Pada masyarakat yang sedang membangun perubahan dibidang hukum akan berpengaruh terhadap bidang-bidang kehidupan lainnya, begitu juga sebaliknya⁸

Penjelasan di atas menunjukkan fungsi hukum disatu pihak dapatlah dipergunakan sebagai sarana untuk mengubah masyarakat menjadi lebih baik dan dilain pihak untuk mempertahankan susunan masyarakat yang telah ada serta mengesahkan perubahan-perubahan yang telah terjadi di masa lalu. Jika mengetengahkan hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat yang sedang pada masa transisi, perlu ada penetapan prioritas-prioritas dan tujuan yang hendak dicapai, sedangkan

⁷*Ibid.* hlm.57

⁸ Mochtar Kusumaatmaja, *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2006, hlm.12-13.

suber atau datanya dapat diperoleh melalui penelitian-penelitian terhadap masyarakat di berbagai bidang kehidupan. Data yang sudah diperoleh kemudian diabstraksikan agar dapat dirumuskan kembali ke dalam norma hukum yang kemudian disusun menjadi tata hukum.

Hukum berasal dari masyarakat dan hidup serta berproses di dalam masyarakat, maka pembaharuan hukum tidak mungkin dilepaskan secara mutlak dari masyarakat. Ini berarti bahwa yang dihadapi adalah kenyataan-kenyataan sosial dalam arti yang luas. Kenyataan yang ada seperti yang dihadapi Indonesia yaitu masyarakatnya yang heterogen dengan tingkat bentuk masyarakat yang berbeda-beda, mulai dari yang sederhana sampai pada masyarakat yang kompleks⁹

Masyarakat transisi yang mengalami proses dari yang sederhana ke kompleks tidak jarang dihadapkan pada sebagian nilai yang harus ditinggalkan, tetapi ada pula yang harus dipertahankan karena mendukung proses penyelesaian masa transisi. Memang setiap pembangunan merupakan proses menuju suatu tujuan tertentu melalui berbagai terminal; selama terminal-terminal tadi masih harus dilalui maka transisi masih akan tetap ada.

Pada masyarakat yang sederhana, hukum timbul dan tumbuh bersama-sama dengan pengalaman-pengalaman hidup warga masyarakatnya. Penguasa di sini lebih banyak mengesahkan atau menetapkan hukum yang sebenarnya hidup dimasyarakat, tetapi hal yang sebaliknya agaknya terjadi pada masyarakat yang kompleks. Kebhinekaan masyarakat yang kompleks menyebabkan sulit untuk memungkinkan timbulnya hukum dari bawah. Diferensiasi yang tinggi dalam

⁹ *Ibid.* hlm.14

strukturnya membawa konsekuensi pada aneka macam kategori dan kepentingan dalam masyarakat dengan kepentingan-kepentingan yang tidak jarang saling bertentangan. Walaupun hukum datang dan ditentukan dari atas, sumbernya tetap dari masyarakat.

Dengan demikian peranan nilai-nilai di dalam masyarakat harus dipertahankan untuk menetapkan kaedah hukum apabila diharapkan kaedah hukum yang diciptakan itu dapat berlaku efektif. Dengan demikian berhasil atau gagalnya suatu proses pembaharuan hukum, baik pada masyarakat yang sederhana maupun yang kompleks sedikit banyak ditentukan oleh pelembagaan hukum di dalam masyarakat. Jelas bahwa usaha ini memerlukan perencanaan yang matang, biaya yang cukup besar dan kemampuan memproyeksikan secara baik. Di dalam masyarakat seperti Indonesia yang sedang mengalami masa peralihan menuju masyarakat modern tentunya nilai-nilai yang ada mengalami proses perubahan pula. Masyarakat yang melaksanakan pembangunan, proses perubahan tidak hanya mengenai hal-hal yang bersifat fisik, tetapi juga pada nilai-nilai dalam masyarakat yang mereka anut. Nilai-nilai yang dianut itu selalu terkait dengan sifat dan sikap orang-orang yang terlibat di dalam masyarakat yang membangun.

B. Pembaharuan Hukum Pidana

Tujuan pidana dalam kaitannya dengan pembaharuan hukum pidana di Indonesia adalah untuk mencegah kejahatan ini dapat dibedakan antara prevensi khusus (*special prevention*) dengan prevensi umum (*general prevention*), prevensi khusus dimaksudkan pengaruh pidana terhadap pidana hingga pencegahan kejahatan ini ingin dicapai oleh pidana dengan mempengaruhi tingkah laku terpidana untuk

tidak melakukan tindak pidana. Prevensi umum dimaksudkan pengaruh pidana terhadap masyarakat, artinya pencegahan kejahatan itu ingin dicapai oleh pidana dengan mempengaruhi tingkah laku masyarakat untuk tidak melakukan tindak pidana. Ada tiga bentuk pengaruh dalam pengertian prevensi umum, yaitu pengaruh pencegahan, pengaruh untuk memperkuat larangan-larangan moral dan pengaruh mendorong suatu kebiasaan perbuatan patuh pada hukum

KUHP yang sekarang diberlakukan di Indonesia adalah KUHP yang bersumber dari hukum kolonial Belanda (*Wetboek van Strafrecht*) yang pada prakteknya sudah tidak sesuai dengan kondisi masyarakat Indonesia sekarang. KUHP yang merupakan warisan KUHP Kerajaan Belanda diberlakukan di Indonesia dengan beberapa penyesuaian bahkan Soedarto (1983) menyatakan bahwa teks resmi KUHP hingga saat ini masih dalam bahasa Belanda.¹ Pasca kemerdekaan, baik pada masa demokrasi terpimpin maupun Orde Baru, KUHP warisan Belanda ini masih tetap berlaku termasuk pula *hatzaai artikelen* (pasal-pasal penyebar kebencian) terhadap pimpinan politik, pejabat atau golongan etnis.¹⁰

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa kondisi perubahan hukum yang adil dan sesuai dengan kenyataan yang berakar dari nilai-nilai yang ada dalam masyarakat kemudian secara tegas juga dinyatakan dalam konsideran Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) yang menyatakan bahwa materi hukum pidana nasional harus disesuaikan dengan politik hukum, keadaan, dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara bangsa Indonesia. Sementara tujuan penyusunan hukum pidana dinyatakan sebagai perwujudan upaya

¹⁰ Barda Nawawi Arief. *RUU KUHP Baru Sebuah Restrukturisasi/ Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia*. Badan Penerbit Universitas Diponegoro. Semarang. 2009. hlm.28

pembaharuan hukum nasional Negara Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta untuk menghormati dan menjunjung tinggi hak asasi manusia.

Kebutuhan untuk melakukan pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) di Indonesia sejalan dengan hasil dari Kongres PBB tahun 1976 tentang pencegahan kejahatan dan perlakuan kepada pelaku kejahatan. Dalam kongres tersebut dinyatakan bahwa hukum pidana yang ada selama ini di berbagai negara yang sering berasal dari hukum asing dari zaman kolonial yang pada umumnya telah asing dan tidak adil (*obsolete and unjustice*) serta ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan (*outmoded and unreal*) karena tidak berakar dan pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada diskrepansi dengan aspirasi masyarakat serta tidak responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini.¹¹

Penjelasan Umum RUU KUHP juga menyatakan bahwa Penyusunan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) Nasional untuk menggantikan KUHP peninggalan pemerintah kolonial Belanda dengan segala perubahannya merupakan salah satu usaha dalam rangka pembangunan hukum nasional. Usaha tersebut dilakukan secara terarah dan terpadu agar dapat mendukung pembangunan nasional di berbagai bidang, sesuai dengan tuntutan pembangunan serta tingkat kesadaran hukum dan dinamika yang berkembang dalam masyarakat. Berdasarkan atas landasan yang terkandung dalam konsideran RKUHP tersebut, reformulasi atas pengaturan hukum pidana yang dilakukan meliputi penentuan tindak pidana (kriminalisasi) yang sangat jauh berbeda dengan KUHP sekarang.

¹¹ *Ibid.* hlm.29

Tercatat ada 743 pasal dalam RKUHP di mana 513 di antaranya adalah pasal mengenai tindak pidana, selebihnya adalah pasal ketentuan umum. Jumlah rancangan pasal yang sedemikian besar terutama berkaitan dengan banyaknya pasal tentang tindak pidana dalam RKUHP ini menimbulkan berbagai reaksi dan sorotan yang mengkritisi bahwa RKUHP mempunyai gejala *over criminalization*.

Konsep pidanaan dan penetapan sanksi dalam RKUHP selalu mengalami perubahan dari waktu ke waktu. Adanya perubahan yang cukup mendasar dari konsep awal sampai dengan konsep yang terakhir menunjukkan bahwa persoalan pemberian sanksi dalam RKUHP selalu disesuaikan dengan perkembangan kondisi kehidupan berbangsa dan bernegara. Hubungan antara penetapan sanksi pidana dan tujuan pidanaan adalah titik penting dalam menentukan strategi perencanaan politik kriminal. Menentukan tujuan pidanaan dapat menjadi landasan untuk menentukan cara, sarana atau tindakan yang akan digunakan. Kebijakan menetapkan sanksi pidana apa yang dianggap paling baik untuk mencapai tujuan, setidaknya mendekati tujuan, tidak dapat dilepaskan dari persoalan pemilihan berbagai alternatif sanksi.¹²

Pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam perumusan tujuan pidanaan adalah: a) Pada hakekatnya undang-undang merupakan sistem hukum yang bertujuan sehingga dirumuskan pidana dan aturan pidanaan dalam undang-undang, pada hakikatnya hanya merupakan sarana untuk mencapai tujuan, b) Dilihat secara fungsional operasional, pidanaan merupakan suatu rangkaian proses dan kebijakan yang konkritasinya sengaja direncanakan melalui tiga tahap.

¹² Barda Nawawi Arief. *Ibid.* hlm.30

Agar ada keterjalinan dan keterpaduan antara ketiga tahap itu sebagai satu kesatuan sistem pidanaaan, maka dirumuskan tujuan pidanaaan, c) Perumusan tujuan pidanaaan dimaksudkan sebagai "fungsi pengendalian kontrol" dan sekaligus memberikan landasan filosofis, dasar rasionalitas dan motivasi pidanaaan yang jelas dan terarah.¹³

Ketentuan mengenai pidanaaan dalam RUU KUHP Tahun 2013 mengatur tentang bagaimana pengadilan akan menentukan atau menjatuhkan pidana kepada pelaku yang didasarkan pada pertimbangan berbagai faktor untuk mencapai pidanaaan yang dianggap patut (*proper*). Faktor-faktor dalam pidanaaan berkaitan dengan tujuan pidanaaan, pedoman pidanaaan dan ketentuan lain mengenai bagaimana pidanaaan akan diberlakukan kepada pelaku.¹⁴

Tujuan pidanaaan dalam Pasal 54 RUU KUHP Tahun 2013 yang menyatakan bahwa pidanaaan bertujuan:

- 1) Mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
- 2) Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadiorang yang baik dan berguna;
- 3) Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat;
- 4) Membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

Perumusan empat tujuan pidanaaan dalam RUU KUHP Tahun 2013 tersimpul pandangan mengenai perlindungan masyarakat (*social defence*), pandangan rehabilitasi dan resosialisasi terpidana. Pandangan ini dipertegas lagi dengan mencantumkan tentang pidanaaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan

¹³ *Ibid.* hlm.31

¹⁴ Barda Nawawi Arief, *RUU KUHP Baru Sebuah Restrukturisasi/ Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia*. Badan Penerbit Universitas Diponegoro. Semarang. 2007. hlm.23

merendahkan martabat. Pandangan ini mengerucut pada dua kepentingan, yakni perlindungan masyarakat dan pembinaan bagi pelaku. Tujuan pidanaaan dalam RUU KHUP ini terlihat menganut aliran neo klasik dengan beberapa karakteristik yang diatur, yaitu adanya perumusan tentang pidana minimum dan maksimum, mengakui asas-asas atau keadaan yang meringankan pidanaaan, mendasarkan pada keadaan obyektif dan mempertimbangkan kebutuhan adanya pembinaan individual dari pelaku tindak pidana.

Tujuan yang dirumuskan dalam RUU KHUP nampak berlandaskan atas tujuan pidanaaan yang berlandaskan pada teori pidanaaan relatif yang mempunyai tujuan untuk mencapai manfaat untuk melindungi masyarakat dan menuju kesejahteraan masyarakat. Tujuan pidanaaan bukan merupakan pembalasan kepada pelaku di mana sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak melakukan kejahatan. Tujuan ini juga berdasarkan pandangan *utilitarian*, yang melihat pidanaaan dari segi manfaat atau kegunaannya, di mana yang dilihat adalah situasi atau keadaan yang ingin dihasilkan dengan dijatuhkannya pidana itu. Tujuan pidanaaan untuk menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat.

Uraian di atas menunjukkan bahwa tujuan pidanaaan dalam RUU KUHP adalah berorientasi ke depan (*forward-looking*) dan mengakui adanya kondisi-kondisi yang meringankan yang melekat pada si pelaku pidanaaan dan kondisi obyektif yang tercantum dalam Pasal 55 tentang pedoman pidanaaan. Landasan pelaksanaan pidanaaan, berdasarkan ketentuan yang diaturnya lebih condong

pada penerapan teori relatif dan mengarah pada teori integratif jika dilihat dari karakteristik model ini. Teori ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pidana yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus *retribution* yang bersifat *utilitarian* di mana pencegahan dan sekaligus rehabilitasi yang kesemuanya dilihat sebagai sasaran yang harus dicapai oleh suatu rencana pidana.¹⁵

Ketentuan mengenai pedoman pidana menunjukkan bahwa ada kecenderungan karakteristik dalam model integratif, misalnya ketentuan mengenai pertimbangan tentang riwayat hidup dan sosial ekonomi pembuat tindak pidana, pengaruh pidana terhadap masa depan, maaf korban dan/atau keluarganya, dan juga pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan. Ketentuan pedoman pidana menyatakan bahwa hakim dapat menambahkan pertimbangan lain yang tercantum dalam ketentuan pasal ini, dan bertujuan agar pidana yang dijatuhkan bersifat proporsional dan dapat dipahami baik oleh masyarakat maupun terpidana. Hakim juga mempunyai kekuasaan untuk memberikan maaf, berdasarkan asas *rechterlijke pardon*, seseorang yang bersalah melakukan tindak pidana yang sifatnya ringan (tidak serius).

Pemberian maaf ini dicantumkan dalam putusan hakim dan tetap harus dinyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya. Berbagai pertimbangan mengenai pedoman pidana yang melihat kondisi

¹⁵ Barda Nawawi Arief, *RUU KUHP Baru Sebuah Restrukturisasi/ Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia*. Badan Penerbit Universitas Diponegoro. Semarang. 2007. hlm.24

pelaku, korban dan masyarakat, yang meskipun masih menjadi otoritas penegak hukum namun mempunyai karakteristik sebagaimana dalam teori integratif.

Relevansi pembinaan hukum nasional dengan pembaharuan hukum pidana di Indonesia dalam hal ini berkaitan dengan tujuan pemidanaan dalam RUU KUHP salah satunya adalah perlindungan masyarakat (*social defence*) dengan rumusan mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat dan menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat. Penerapan tentang bagaimana kebutuhan perlindungan masyarakat ini, RUU KUHP mengatur tentang adanya penentuan pidana minimum dan maksimum dalam delik-delik tertentu.¹⁶

Ketentuan mengenai perumusan pidana maksimum dan minimum dalam penjelasan RUU KUHP Tahun 2013 dikenal dengan pola pemidanaan baru, yaitu minimum khusus dengan tujuan untuk menghindari adanya disparitas pidana yang sangat mencolok untuk tindak pidana yang secara hakiki tidak berbeda kualitasnya, lebih mengefektifkan pengaruh prevensi umum, khususnya bagi tindak pidana yang dipandang membahayakan dan meresahkan masyarakat. Ketentuan mengenai pidana penjara menganut asas maksimum khusus dan minimum khusus. Pada prinsipnya, pidana minimum khusus merupakan suatu pengecualian, yaitu hanya untuk tindak pidana tertentu yang dipandang sangat merugikan, membahayakan, atau meresahkan masyarakat dan untuk tindak pidana yang dikualifikasi atau diperberat oleh akibatnya. Ketentuan mengenai pidana

¹⁶ *Ibid.* hlm.26

minimum (khusus) dan maksimum menegaskan bahwa terhadap kejahatan-kejahatan yang meresahkan masyarakat diberlakukan ancaman secara khusus.

Ketentuan mengenai pemidanaan dalam RUU KUHP Tahun 2013 memberikan kesempatan untuk melakukan perubahan atau penyesuaian pidana kepada narapidana. Pelaku yang dijatuhi pidana atau tindakan yang telah berkekuatan hukum tetap dapat dilakukan perubahan atau penyesuaian dengan mengingat perkembangan narapidana dan tujuan pemidanaan.

Perubahan atau penyesuaian tidak boleh lebih berat dari putusan semula dan harus dengan persetujuan narapidana dan perubahan atau penyesuaian dapat berupa pencabutan atau penghentian sisa pidana atau tindakan; dan penggantian jenis pidana atau tindakan lainnya. Penjelasan ketentuan ini memberikan ketegasan bahwa tujuan pemidanaan adalah berorientasi untuk pembinaan terpidana, yakni dengan menyatakan bahwa terpidana yang memenuhi syarat-syarat selalu harus dimungkinkan dilakukan perubahan atau penyesuaian atas pidananya, yang disesuaikan dengan kemajuan yang diperoleh selama terpidana dalam pembinaan. Dalam pengertian seperti ini maka yang diperhitungkan dalam perubahan atau pengurangan atas pidana adalah kemajuan positif yang dicapai oleh terpidana; dan perubahan yang akan menunjang kemajuan positif yang lebih besar lagi.

Jenis pidana yang diatur dalam RUU KUHP terdiri dari pidana pokok dan pidana tambahan. Pidana pokok terdiri atas sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 65 adalah: (1) Pidana penjara (2) Pidana tutup (3) Pidana pengawasan; (4) Pidana

denda (5) Pidana kerja sosial. Sementara pidana mati merupakan pidana pokok yang bersifat khusus dan selalu diancamkan secara alternatif (Pasal 66)¹⁷

Jenis-jenis pidana tambahan dalam RUU KUHP Tahun 2013 adalah: (a) Pencabutan hak tertentu (b) Perampasan barang tertentu dan/atau tagihan (c) Pengumuman putusan hakim;(d) Pembayaran ganti kerugian; (d) Pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum. Ketentuan lain yang menunjukkan bahwa pembedaan kepada pelaku bertujuan untuk mencapai perbaikan kepada pelaku sebagai tujuan pembedaan adalah ketentuan Pasal 60 yang menyatakan bahwa jika suatu tindak pidana diancam dengan pidana pokok secara alternatif, maka penjatuan pidana pokok yang lebih ringan harus lebih diutamakan apabila hal itu dipandang telah sesuai dan dapat menunjang tercapainya tujuan pembedaan.

Masalah pidana sering dijadikan tolok ukur sampai seberapa jauh tingkat peradaban bangsa yang bersangkutan. Dalam menghadapi masalah sentral yang sering disebut masalah kriminalisasi harus diperhatikan hal-hal yang intinya sebagai berikut:

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan peneguhan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan atau spiritual) atas warga masyarakat.

¹⁷ *Ibid.* hlm.28

- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost benefit principle*).
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).¹⁸

Masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejumlah mana perbuatan tersebut bertentangan atau tidak bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

Penggunaan upaya hukum, termasuk hukum pidana sebagai salah satu upaya untuk mengatasi masalah sosial termasuk dalam bidang kebijakan penegakan hukum. Di samping itu, karena tujuannya untuk mencapai kesejahteraan masyarakat pada umumnya maka kebijakan penegakan hukum termasuk dalam bidang kebijakan sosial, yaitu segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Sebagai suatu masalah, penggunaan hukum pidana sebenarnya tidak merupakan suatu keharusan. Tidak ada kemutlakan dalam bidang kebijakan, karena pada hakikatnya dalam masalah kebijakan orang dihadapkan pada masalah kebijakan penilaian dan pemilihan dari berbagai macam alternatif.

Upaya pembaruan tatanan hukum itu haruslah tetap menjadikan Pancasila sebagai paradigmanya, sebab Pancasila yang berkedudukan sebagai dasar, ideologi, cita hukum dan norma fundamental negara harus dijadikan orientasi arah, sumber nilai-nilai dan karenanya juga kerangka berpikir dalam setiap upaya pembaruan

¹⁸Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996 hlm.56

hukum. Menurut Muladi, diperlukan parameter hukum yang baik agar tercapai penegakannya (*enforceability*) yang tinggi, oleh karena itu ketentuan yang dibentuk harus memenuhi kriteria yaitu:

- a. *Necessity*, bahwa hukum harus diformulasikan sesuai dengan kebutuhan sistematis dan terencana;
- b. *Adequacy*, bahwa rumusan norma-norma hukum harus memiliki tingkat dan kadar kepastian yang tinggi,
- c. *Legal certainty*, bahwa hukum harus benar-benar memuat kaidah-kaidah dengan jelas dan nyata, tidak samar-samar dan tidak menimbulkan penafsiran,;
- d. *Actuality*, bahwa hukum harus mampu menyesuaikan diri dengan perkembangan masyarakat dan zaman, tanpa mengabaikan kepastian hukum;
- e. *Feasibility*, bahwa hukum harus memiliki kelayakan yang dapat dipertanggungjawabkan terutama berkenaan dengan tingkat penataannya;
- f. *Verifiability*, bahwa hukum yang dikerangkakan harus dalam kondisi yang siap uji secara objektif;
- g. *Enforceability*, bahwa pada hakikatnya terus memiliki daya paksa agar diaati dan dihormati;
- h. *Provability*, bahwa hukum harus dibuat sedemikian rupa agar mudah dalam pembuktian.¹⁹

Salah satu kelemahan dalam pembangunan hukum saat ini adalah dalam tataran implementasinya bukan dalam tataran pembentukan hukumnya (penciptaan hukum positif, karena soal penciptaan hukum normatif Indonesia luar biasa hebatnya), karena begitu suatu undang-undang disahkan atau diberlakukan, maka dengan berbagai macam kendala akan timbul, karena persoalan hukum bukan sekedar hanya persoalan susunan norma-norma atau untaian kata-kata manis, tetapi menjadi persoalan politik, ekonomi, sosial dan budaya. Belum lagi kalau berbicara mengenai kelemahan dalam berbagai substansi peraturan perundang-undangan yang normanya kurang jelas sehingga sulit untuk diimplementasikan, *overlapping* substansi antara satu undang-undang dengan undang-undangan lainnya, saling rebutan kewenangan antara satu lembaga dengan lembaga lainnya.

¹⁹Muladi, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia dan Reformasi Hukum di Indonesia*, The Habibie Center, Jakarta, 2002

Pada hal semuanya fenomena tersebut tidak selayaknya/perlu terjadi, karena sesama pejabat publik atau *civil servant* tidak perlu rebutan kewenangan, karena tujuan keberadaan *civil servant* adalah melakukan tugas sebagai pelayan masyarakat demi tercapainya tujuan yang telah ditetapkan oleh negara. Kewenangan atau kekuasaan sering dijadikan sebagai sarana untuk melakukan penyimpangan (*abuse of power*), sehingga ada kecenderungan untuk selalu meminta kekuasaan yang lebih melalui suatu undang-undang.

Kebangkitan hukum nasional mengutamakan perlindungan hak asasi manusia dalam sebuah mekanisme sistem peradilan pidana. Perlindungan hak-hak tersebut, diharapkan sejak awal sudah dapat diberikan dan ditegakkan. Selain itu diharapkan pula penegakan hukum berdasarkan undang-undang tersebut memberikan kekuasaan kehakiman yang bebas dan bertanggungjawab. Namun semua itu hanya terwujud apabila orientasi penegakan hukum dilandaskan pada pendekatan sistem, yaitu mempergunakan segenap unsur di dalamnya sebagai suatu kesatuan dan saling interrelasi dan saling mempengaruhi satu sama lain.

C. Hukum Pidana Adat Bali

Hukum pidana adat adalah ketentuan hukum yang mengatur tentang pelanggaran adat sebagai: “suatu perbuatan sepihak dari seseorang atau sekumpulan orang, mengancam atau menyingung atau mengganggu keseimbangan dan kehidupan persekutuan, bersifat materil atau immatensiil, terhadap orang seseorang atau terhadap masyarakat berupa kesatuan. Tindakan yang demikian mengakibatkan suatu reaksi adat” Dasar hukum berlakunya hukum pidana adat adalah UU No. 1 Drt Tahun 1951 dan UU tentang Kekuasaan kehakiman. Sifat hukum pidana adat,

adalah: menyeluruh dan menyatu, ketentuan yang terbuka untuk segala peristiwa (tidak mengenal “*prae extence regel*”), membedakan permasalahan, peradilan atas permintaan serta pertanggungjawaban kolektif. Sumber hukum pidana adat, lebih banyak ditemukan dalam peraturan-peraturan tidak tertulis.²⁰

Pada dasarnya, secara substansial sistem hukum pidana adat berlandaskan pada nilai-nilai yang terkandung dalam suatu masyarakat dengan bercirikan asas kekeluargaan, religius magis, komunal dengan bertitik tolak bukan atas dasar keadilan individu akan tetapi keadilan secara bersama. Konsekuensi logis dimensi demikian maka penyelesaian dalam suatu masyarakat adat berlandaskan pada dimensi penyelesaian yang membawa keselarasan, kerukunan dan kebersamaan. Tegasnya, hukum pidana adat lebih mengkedepankan eksistensi pemulihan kembali keadaan terguncang akibat pelanggaran yang dilakukan oleh pelaku.²¹

Dalam sistem hukum pidana adat tujuan dijatuhkannya sanksi adat sebagaimana berlaku dan dipertahankan pada suatu masyarakat adat bukanlah sebagai suatu pembalasan agar pelanggar menjadi jera akan tetapi adalah untuk memulihkan perimbangan hukum yang terganggu dengan terjadinya suatu pelanggaran adat. Perimbangan hukum itu meliputi pula perimbangan antara dunia lahir dengan dunia gaib.²²

Perkembangan hukum adat selalu sejalan dengan perkembangan masyarakat pendukungnya. Secara sosiologis, bahwa hukum adat sebagai *volgeest* atau *geestesstructuur* selalu mengikuti kebutuhan masyarakat secara nyata.

²⁰ Hilman Hadikusuma, *Op.Cit.* hlm.44.

²¹ Ayatrohaedi, *Keperibadian Budaya bangsa (Local Genius)*. Jakarta, Pustaka Jaya. 1986. hlm.72.

²² Griadhi, I Ketut Wirta, *Konflik Adat di Bali Suatu Studi Hukum dan Perubahan Sosial*. Program Pascasarjana Universitas Udayana. Paramita. 2005.32.

Perkembangan itu tidak saja secara internal, tetapi juga ada pasokan eksternal secara fungsional (jika diterima) dengan masuknya hukum-hukum asing seperti hukum agama, hukum kolonial, atau hukum masyarakat lainnya ketika terjadi interaksi dalam lalu lintas hukum, sehingga terjadi asimilasi, integrasi baik melalui metode peniruan atau karena pembelajaran bahkan melalui paksaan oleh penjajah. Semua yang mempengaruhi perkembangan dan perubahan hukum adat.²³

Sistem hukum di Indonesia merupakan campuran dari sistem hukum Eropa, dan sistem hukum *Common Law*. Selain itu Indonesia pula berlaku agama dan hukum Adat. Di Indonesia terdapat beberapa nilai dasar yang mempengaruhi sistem hukum, yakni:

- a. Kaidah-kaidah hukum nasional kita harus berdasarkan falsafah kenegaraan Pancasila dan UUD 1945.
- b. Sistem hukum nasional harus pula mengandung dan memupuk nilai-nilai baru untuk mengubah nilai-nilai sosial yang bersumber pada kehidupan kedaerahan menjadi nilai-nilai sosial yang bersumber dan memupuk kehidupan dalam ikatan kenegaraan secara nasional.
- c. Sistem hukum nasional itu mengandung kemungkinan untuk menjamin dinamika dalam rangka pembaharuan hukum nasional itu sendiri, sehingga secara kontinyu dapat mempersiapkan pembaharuan masyarakat di masa yang berikutnya.²⁴

Di negara-negara yang menganut sistem *Common Law*, hukum kebiasaan yang di kembangkan melalui keputusan pengadilan telah berlangsung sejak lama dan tidak dipengaruhi oleh adanya perbedaan antara hukum publik dan hukum privat. Undang-Undang Pemerintah Daerah Nomor 32 Tahun 2004 Pasal 1 Ayat (12) Mengatur tentang Desa. Desa tumbuh dari komunitas yang mengelenggarakan urusannya sendiri, kemudian diakui oleh pemerintah kolonial sebagai kesatuan

²³ *Ibid*, hlm. 49

²⁴ *Ibid*, hlm. 51

masyarakat hukum, dan akhirnya berkembang menjadi kesatuan hukum adat. Sebagai kesatuan masyarakat hukum adat, desa telah memiliki lembaga yang mapan dan ajeg yang mengatur perikehidupan masyarakat desa yang bersangkutan.

Berdasarkan pendapat Terr Haar, masyarakat hukum adat mempunyai tiga komponen yaitu:

- a. Sekumpulan orang yang teratur:
Desa merupakan sekumpulan orang yang teratur, berarti bahwa didesa tinggal orang-orang yang membentuk sistem kemasyarakatan yang teratur. Sistem kemasyarakatan yang teratur menunjuk pada adanya pola tata tindak sekumpulan orang tersebut berdasarkan peran, status, dan fungsi masing-masing yang mengacu pada nilai dan norma yang disepakati bersama.
- b. Mempunyai lembaga yang bersifat ajeg dan tetap:
Masyarakat desa sebagai kesatuan masyarakat hukum adat mempunyai lembaga-lembaga sosial yang melekat dalam dirinya. Pola perilaku itu berjalan begitu adanya, berjalan dengan sendirinya tanpa ada yang mengatur atau memaksa, dan jika tidak dilakukan akan mengganggu keteraturan masyarakat.
- c. Memiliki kekuasaan dan kewenangan untuk mengurus harta benda.²⁵

Desa mempunyai harta benda sendiri yang diatur dan diurus oleh masyarakat desa sendiri. Harta benda milik desa tersebut tidak diatur dan ditentukan oleh pemerintah atasnya (Kabupaten, Provinsi, Pusat). Dengan demikian, maka yang dimaksud dengan kewenangan yang sudah ada berdasarkan asal usulnya adalah kewenangan yang mengacu pada pengertian desa sebagai kesatuan masyarakat hukum adat tersebut.²⁶

Pengertian desa atau yang disebut dengan nama lain, yang selanjutnya disebut desa dalam Undang-Undang ini adalah kesatuan masyarakat hukum yang

²⁵ Terr Haar dalam Hanif Nurcholis, *Pertumbuhan & Penyelenggaraan Pemerinrah Desa*, Erlangga, Jakarta, 2011, hlm. 69-70

²⁶ *Ibid*, hlm. 36

memiliki batas-batas wilayah yang berwenang mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam Sistem Pemerintahan Negara Republik Indonesia. Jadi menurut Undang-Undang ini menentukan, desa sebagai kesatuan masyarakat hukum berdasarkan asal-usul dan adat istiadatnya dan bisa berada dalam daerah kabupaten dan bisa juga dalam daerah kota.²⁷

Hukum pidana adat Bali adalah hukum yang tumbuh dalam lingkungan masyarakat Bali yang berlandaskan pada ajaran agama (Agama Hindu) dan berkembang mengikuti kebiasaan serta rasa kepatutan dalam masyarakat Bali itu sendiri. Oleh karenanya dalam masyarakat hukum pidana adat Bali, antara adat dan agama tidak dapat dipisahkan. Tidak dapat dipisahkannya antara adat dan agama di dalam masyarakat hukum pidana adat Bali, disebabkan karena adat itu sendiri bersumber dari ajaran agama. Dalam ajaran agama Hindu sebagaimana yang dianut oleh masyarakat hukum pidana adat Bali, pelaksanaan agama dapat dijalankan melalui etika, susila, dan upacara. Ketiga hal inilah digunakan sebagai norma yang mengatur kehidupan bersama di dalam masyarakat. Etika, susila, dan upacara yang dicerminkan dalam kehidupannya sehari-hari mencerminkan rasa kepatutan dan keseimbangan (harmoni) dalam kehidupan bermasyarakat. Oleh karenanya azas hukum yang melingkupi hukum pidana adat Bali adalah kepatutan dan keseimbangan.²⁸

Adanya azas kepatutan dan keseimbangan ini, adalah pedoman untuk dapat mengukur apakah tindakan dan perbuatan itu sesuai dengan norma yang berlaku

²⁷ *Ibid*, hlm. 37

²⁸ Tjokorde Raka Dherana, *Pokok-Pokok Organisasi Kemasyarakatan Adat di Bali* Fakultas Hukum & Pengetahuan Masyarakat Universitas Udayana, Bali, 1975, hlm. 3.

ataukah telah terjadi pelanggaran. Dalam hal seperti ini maka harus dapat dibedakan antara mana yang disebut 'patut' dan apa yang disebut dengan 'boleh'. Segala sesuatu yang boleh dilakukan, belum tentu merupakan perbuatan yang patut dilakukan. Sebagai misal, setiap perempuan pada prinsipnya boleh hamil, namun perempuan yang patut hamil hanyalah perempuan yang memiliki suami. Demikian pula selanjutnya dengan perbuatan-perbuatan yang lainnya.²⁹

Sedang pada azas keseimbangan (harmoni), pada dasarnya seluruh perbuatan manusia diharapkan tidak mengganggu keseimbangan didalam kehidupan masyarakat. Pada perbuatan ataupun keadaan yang mengganggu keseimbangan, maka perlu dilakukan pemulihan keseimbangan yang berupa tindakan-tindakan yang mencerminkan mengembalikan keseimbangan yang terjadi oleh perbuatan atau keadaan tersebut. Pada gangguan keseimbangan yang tidak diketahui atau tidak dapat ditimpakan pertanggungjawabannya atas kejadian tersebut, maka adalah menjadi tanggung jawab persekutuan (kesatuan masyarakat hukum adat) untuk bertanggung jawab atas pengembalian keseimbangan yang harus dilakukan.³⁰

Antara adat dan agama tidak dapat dipisahkan, namun antara adat dan agama masih dapat dibedakan. Agama (dalam hal ini agama Hindu yang dianut oleh masyarakat hukum pidana adat Bali) adalah berasal dari ketentuan-ketentuan ajaran dari para maharesi dan kitab suci yang diturunkannya. Sedangkan adat adalah berasal dari kebiasaan dalam masyarakat yang dapat mengikuti situasi, kondisi, dan tempat pada saat itu.

²⁹ I. Made Widnyana, *Delik Adat Dalam Pembangunan*, Orasi Pengukuhan Guru Besar Denpasar: Fakultas Hukum Universitas Udayana, Bali, 1992 hlm 11

³⁰ *Ibid*, hlm 12.

Kehidupan masyarakat adat Bali, masyarakatnya hidup dalam suatu himpunan organisasi kemasyarakatan dengan sistem budaya yang berkaitan erat dengan nilai-nilai yang bersifat religius. Demikianlah hukum adat yang ada hidup dan diakui dalam kenyataan masyarakat banyak berbaur dengan nilai-nilai keagamaan. Erat kaitannya antara hukum adat dan agama, sebenarnya telah pernah dikemukakan oleh van Vollenhoven, di mana yang tidak terpisahkan sebagai akibat pengaruh agama Hindu demikian kuatnya ke dalam adat istiadat.³¹

Beberapa pustaka tentang hukum pidana adat Bali menyebutkan bahwa hukum adat di Bali diwarnai oleh unsur agama khususnya agama Hindu. Seperti yang dikemukakan Hazairin, pulau Bali karena terisolasi dalam jangka waktu yang cukup lama dari pengaruh-pengaruh luar, maka perkembangan agama Hindu dan Budha begitu mendalam dan bahkan merembet kedalam adat dengan kesatuan yang tidak terpisahkan lagi. Demikian juga Soekanto menulis, bahwa desa adat di Bali adalah persekutuan hukum teritorial, di mana warga desa bersama-sama mempunyai kewajiban dan bersama-sama mempunyai kemauan untuk membersihkan wilayah desa bagi keperluan-keperluan berhubung dengan agama. Dalam kehidupan dan tata pikir serta pola tingkah laku masyarakat adat di Bali selalu berkaitan dengan kepercayaannya terhadap agama, yaitu agama Hindu. Dari kenyataan ini, tidaklah berlebihan apabila dikatakan bahwa hukum adat di Bali sebenarnya juga bersumber dari kitab “Weda” sebagai kitab suci agama Hindu.³²

³¹ Tjokorde Raka Dherana, *Op Cit*, hlm. 5.

³² Hazairin dan Soekanto, Dikutip dari Tjokorde Raka Dherana, *Pengenalan Bahan-bahan Hukum Adat Bali dalam Menunjang Pembinaan Hukum Nasional dalam Kertha Patrika Edisi Khusus dalam rangka Lustrum VI FH UNUD*, Denpasar, 2005, hlm. 32

Pelaksanaan adat yang diterapkan dalam aturan-aturan berdasarkan segala tata aturan dijalankan supaya menetapkan kebaikan/kebenaran dunia dan masyarakat adat, juga didasarkan atas kebenaran, menegakkan/menjunjung tinggi agama serta kebenaran di dunia dan akhirat. Selain yang disebut di atas, berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, juga aturan-aturan yang lainnya yang dikeluarkan oleh pejabat desa, tidak di luar yang ditetapkan. Penyelesaian suatu sengketa maupun kejadian diselesaikan atas ajaran Agama Hindu serta adat-adat dan yang sudah berjalan di desa adat setempat, serta tidak mengurangi pertemuan para peserta yang mengikuti pengesahan aturan yang telah dibuat bersama atas adat desa setempat. Berdasarkan atas keputusan / kesepakatan yang bulat untuk melaksanakan aturan ini, merupakan garis yang harus dilaksanakan berlandaskan atas ajaran Agama Hindu.³³

Peraturan mengenai tingkah laku manusia (*rule of behaviour*) pada suatu waktu mendapat sifat hukum, pada ketika petugas hukum yang bersangkutan mempertahankannya terhadap orang yang melanggar peraturan itu, atau pada ketika petugas hukum bertindak untuk mencegah pelanggaran peraturan itu. Begitu pula delik adat (pelanggaran-pelanggaran hukum adat) lahir, berkembang dan kemudian lenyap artinya perbuatan-perbuatan yang semula merupakan pelanggaran hukum, lambat laun perbuatan-perbuatan itu tidak lagi melanggar hukum oleh karena hukum berubah.³⁴

³³ Simon dalam P.A.F. Lamintang, *Delik-delik Khusus (Kejahatan Terhadap Nyawa, Tubuh dan Kesehatan yang Membahayakan Bagi Nyawa, Tubuh dan Kesehatan)*, Tarsito, Bandung, hlm.169

³⁴ Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*, Gunung Agung, Jakarta, 1995, hlm. 230-231

Delik Adat menurut Van Vollenhoven dalam Soerojo Wignjodipoero adalah “perbuatan yang tidak boleh dilakukan, walaupun pada kenyataannya peristiwa atau perbuatan itu hanya sumbang (kesalahan) kecil saja”. Hukum adat tidak mengenal sistem peraturan statis. Jadi dalam hukum adat *delik adat* itu tidak pula bersifat statis ini artinya sesuatu *delik adat* itu tidak sepanjang masa tetap merupakan *delik adat*. Tiap peraturan hukum adat timbul, berkembang dan selanjutnya lenyap dengan lahirnya peraturan hukum adat yang baru. Ini berarti bahwa peraturan-peraturan yang semula merupakan pelanggaran hukum lambat laun berubah menjadi tidak lagi melanggar hukum oleh karena hukum yang dilanggar itu berjalan sesuai dengan jalannya perubahan perasaan keadilan rakyat dan perasaan keadilan rakyat ini bergerak maju terus berhubung dengan pertumbuhan hidup masyarakat yang selalu dipengaruhi oleh segala faktor lahir dan batin.³⁵

Penjatuhan pidana yang dijatuhkan hakim adalah sebuah proses mengadili dengan bertitik tolak alat bukti, proses pembuktian, hukum pembuktian dan ketentuan hukum acara pidana. Pada proses ini hakim memegang peranan penting untuk mengkonkritkan sanksi pidana yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dengan penjatuhan pidana terhadap pelaku melalui putusan. Penjatuhan pidana oleh hakim mempertimbangkan segala aspek baik perbuatannya, pelakunya (*daad-dader strafrecht*), tujuan ppidanaan serta mempertimbangkan keseimbangan kepentingan antara pelaku, bangsa dan negara, korban, ilmu hukum dan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

³⁵ *Ibid*, hlm. 232

Pada perkembangannya dasarnya, konsep RUU KUHP Tahun 2013 merumuskan tujuan pemidanaan. Aspek dan dimensi ini merupakan sebuah kemajuan yang cukup representatif dalam hukum pidana Indonesia. Ketentuan Pasal 54 ayat (1) huruf c RUU KUHP Tahun 2013 menentukan, “pemidanaan bertujuan menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat”, sehingga agar dapat terpenuhinya dimensi ini secara konkrit pada praktik penegakan hukum telah ditentukan pula adanya eksistensi pidana tambahan sebagaimana ketentuan Pasal 67 ayat (1) huruf e berupa, “pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat”. Asasnya, hakim menjatuhkan pidana “pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat” apabila pelaku telah memenuhi ketentuan Pasal 1 ayat (3), (4) RUU KUHP Tahun 2013 yang disebut sebagai tindak pidana adat. Kemudian, penjatuhan pidana tambahan ini dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana pokok, sebagai pidana yang berdiri sendiri atau dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana tambahan yang lain.

Konsepsi pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat atau pencabutan hak dapat dijatuhkan walaupun tidak tercantum dalam perumusan tindak pidana. Eksistensi adanya penjatuhan pidana tambahan dimaksudkan untuk menambah pidana pokok yang dijatuhkan dan pada dasarnya bersifat fakultatif. Tegasnya hakim bebas dalam menentukan pidana tambahan baik bersama dengan pidana pokok atau sebagai pidana berdiri sendiri atau juga dijatuhkan bersama-sama

dengan pidana tambahan lain, meskipun tidak dicantumkan sebagai ancaman dalam rumusan tindak pidana.

Apabila dikaji secara intens, detail dan terperinci sebagai dasar kewenangan hakim untuk menjatuhkan sanksi adat berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat” ditegaskan oleh ketentuan Pasal 100 ayat (1) RUU yang menentukan, “dengan memperhatikan ketentuan Pasal 1 ayat (4) hakim dapat menetapkan pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat”, kemudian jika perbuatan pelaku merupakan tindak pidana adat sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (3) maka penjatuhan pidana oleh hakim berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) merupakan pidana pokok atau yang diutamakan.

Konsekuensi logis dimensi konteks di atas dapat disebutkan bahwa apabila hakim mengadili tindak pidana adat maka agar pidana yang dijatuhkan bersifat proporsional dan dapat diterima dan dipahami dengan baik oleh masyarakat atau pelaku, hakim harus mempertimbangkan pedoman pembedaan dan tujuan pembedaan. Ketentuan Pasal 55 ayat (1) RUU KUHP Tahun 2013 tentang pedoman pembedaan di mana disebutkan dalam pembedaan wajib mempertimbangkan:

1. Kesalahan pembuat tindak pidana;
2. Motif dan tujuan melakukan tindak pidana;
3. Sikap batin pembuat tindak pidana;
4. Apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana;
5. Cara melakukan tindak pidana;
6. Sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana;

7. Pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana;
8. Pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban;
9. Pemaafan dari korban dan/atau keluarganya; dan/atau
10. Pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan.

Pedoman pemidanaan khususnya yang berupa pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan dan tujuan pemidanaan khususnya berupa menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat adalah dimensi yang harus diperhatikan hakim dalam menjatuhkan putusan. Apabila anasir ini diperhatikan maka putusan hakim juga secara menyeluruh mempertimbangkan dimensi *legal justice*, *moral justice* dan *social justice*.

Pidana berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dianggap setara atau sebanding dengan pidana denda Kategori I dengan besaran sejumlah Rp 1. 500.000, 00 (satu juta lima ratus ribu rupiah) dan jikalau pidana berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat tidak dilaksanakan terpidana maka dapat dikenakan pidana pengganti untuk pidana denda yang dapat berupa pidana pengganti kerugian. Barda Nawawi Arief menyebutkan bahwa pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat di dalam konsep RUU KUHP Tahun 2013 merupakan salah satu aspek perlindungan terhadap korban di mana jenis pidana ini pada dasarnya dapat juga dilihat sebagai bentuk pemberian ganti rugi kepada korban. Hanya saja yang menjadi korban di sini adalah masyarakat adat.

Konsekuensi logis diakui dan adanya dasar hukum yang tegas eksistensi hukum yang hidup (hukum pidana adat) akan memberikan tugas, tanggung jawab dan beban relatif lebih berat kepada hakim untuk lebih dapat memahami dan menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Hakim harus benar-benar memahami perasaan masyarakat, keadaan masyarakat, terlebih masyarakat Indonesia yang majemuk dengan pelbagai macam adat istiadat, tradisi dan budaya yang berbeda-beda yang tetap dipertahankan sebagai hukum yang hidup. Mata, pikiran dan perasaan hakim harus tajam untuk dapat menangkap apa yang sedang terjadi dalam masyarakat, agar supaya keputusannya tidak kedengaran sumbang. Hakim dengan seluruh kepribadiannya harus bertanggung jawab atas kebenaran putusannya baik secara formal maupun materil.

Ada beberapa sanksi adat yang dikenal dalam hukum pidana adat Bali, seperti *danda arta* (denda), *sangaskara danda* (melaksanakan upacara tertentu) dan *kasepe kang* (diberhentikan dan dikucilkan sebagai warga desa pakraman). Diantara beberapa sanksi adat yang dikenal, sanksi adat *kasepe kang* dapat dikatakan paling terkenal. Kenyataan ini disebabkan oleh beberapa hal, seperti: adanya larangan penguburan jenazah, munculnya konflik intern desa dan munculnya wacana pro dan kontra di media massa, segera setelah sanksi *kasepe kang* dijatuhkan.

D. Pengertian Tindak Pidana Perjudian

Tindak pidana adalah kelakuan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan. Orang yang melakukan perbuatan pidana akan mempertanggung jawabkan perbuatan

dengan pidana apabila ia mempunyai kesalahan, seseorang mempunyai kesalahan apabila pada waktu melakukan perbuatan dilihat dari segi masyarakat menunjukkan pandangan normatif mengenai kesalahan yang dilakukan³⁶

Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang memiliki unsur kesalahan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, di mana penjatuhan pidana pada pelaku adalah demi tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum.³⁷

Tingkah laku yang jahat immoral dan anti sosial akan menimbulkan reaksi berupa kejengkelan dan kemarahan di kalangan masyarakat dan jelas akan merugikan masyarakat umum. Mengingat kondisi tersebut maka setiap warga masyarakat keseluruhan secara keseluruhan, bersama-sama dengan lembaga-lembaga resmi yang berwenang seperti kepolisian, kejaksaan, pengadilan, lembaga pemasyarakatan dan lain-lain wajib menanggulangi setiap tindak kejahatan atau kriminal. Setiap kejahatan yang dilakukan seseorang akan menimbulkan suatu akibat yakni pelanggaran terhadap ketetapan hukum dan peraturan pemerintah.

Tindak pidana merupakan pengertian dasar dalam hukum pidana. Tindak pidana merupakan suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan jahat atau kejahatan. Secara yuridis formal, tindak kejahatan merupakan bentuk tingkah laku yang melanggar undang-undang pidana. Setiap perbuatan yang dilarang oleh undang-undang harus dihindari dan arang siapa melanggarnya maka akan dikenakan pidana. Jadi larangan-larangan dan kewajiban-kewajiban tertentu yang

³⁶ Andi Hamzah. *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana*. Ghalia Indonesia Jakarta. 2001. hlm. 19

³⁷ P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. PT. Citra Aditya Bakti. Bandung. 1996. hlm. 16.

harus ditaati oleh setiap warga Negara wajib dicantumkan dalam undang-undang maupun peraturan-peraturan pemerintah, baik di tingkat pusat maupun daerah.³⁸

Berdasarkan beberapa pengertian di atas maka dapat diketahui bahwa tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang memiliki unsur kesalahan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, di mana penjatuhan pidana terhadap pelaku adalah demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum.

Perjudian menurut Pasal 303 ayat (3) KUHP adalah tiap-tiap permainan, di mana kemungkinan untuk menang pada umumnya bergantung pada peruntungan belaka, juga karena pemainnya lebih terlatih atau lebih mahir. Dalam pengertian permainan judi termasuk juga segala pertaruhan tentang keputusan perlombaan atau permainan lainnya yang tidak diadakan antara mereka yang turut berlomba atau bermain, demikian juga segala pertaruhan lainnya.

Perjudian dalam perspektif hukum, merupakan salah satu tindak pidana (*delict*) yang meresahkan masyarakat. Sehubungan dengan itu, dalam Pasal 1 UU No. 7 Tahun 1974 tentang Penertiban Perjudian dinyatakan bahwa semua tindak pidana perjudian sebagai kejahatan.

Ancaman pidana perjudian sebenarnya sudah cukup berat, yaitu dengan hukuman pidana penjara paling lama 10 tahun atau pidana denda sebanyak-banyaknya Rp. 25.000.000,00 (Dua puluh lima juta rupiah). Pasal 303 KUHP jo. Pasal 2 UU No. 7 Tahun 1974 menyebutkan:

³⁸ *Ibid.* hlm. 17.

- (1) Diancam dengan pidana penjara paling lama sepuluh tahun atau pidana denda paling banyak dua puluh lima juta rupiah, barangsiapa tanpa mendapat ijin:
 - a. Dengan sengaja menawarkan atau memberikan kesempatan untuk permainan judi dan menjadikannya sebagai mata pencaharian, atau dengan sengaja turut serta dalam suatu perusahaan untuk itu.
 - b. Dengan sengaja menawarkan atau memberi kesempatan kepada khalayak umum untuk bermain judi atau dengan sengaja turut serta dalam perusahaan untuk itu, dengan tidak peduli apakah untuk menggunakan kesempatan adanya sesuatu syarat atau dipenuhinya sesuatu tata cara.
 - c. Menjadikan turut serta pada permainan judi sebagai pencaharian.
- (2) Kalau yang bersalah melakukan kejahatan tersebut dalam menjalankan pencahariannya, maka dapat dicabut haknya untuk menjalankan pencaharian itu.

Perjudian pada dasarnya adalah permainan di mana adanya pihak yang saling bertaruh untuk memilih satu pilihan di antara beberapa pilihan di mana hanya satu pilihan saja yang benar dan menjadi pemenang. Pemain yang kalah taruhan akan memberikan taruhannya kepada si pemenang. Peraturan dan jumlah taruhan ditentukan sebelum pertandingan dimulai. Terkait dengan perjudian banyak negara yang melarang perjudian sampai taraf tertentu, karena perjudian mempunyai konsekwensi sosial kurang baik, dan mengatur batas yurisdiksi paling sah tentang undang-undang berjudi sampai taraf tertentu.

Pelarangan perjudian telah dilakukan oleh banyak negara di dunia, terutama negara-negara Islam yang melarang perjudian karena bertentangan dengan nilai-nilai agama. Pengaturan masalah perjudian dari berbagai negara berbeda-beda dalam mengatur masalah perjudian serta memandang sebagai akibat konsekuensi masing-masing, dan tak dapat dilaksanakan oleh proses yang sah sebagai undang-undang.