

**EKSISTENSI PIDANA PENJARA
DALAM PERSPEKTIF HUKUM ISLAM DAN HUKUM ADAT**
(Kajian Pembaharuan Hukum Pidana)

Otto Yudianto

Dosen Fakultas Hukum
Universitas 17 Agustus 1945
Surabaya

PENDAHULUAN

Pengkajian hukum islam dan hukum adat dalam rangka pembaharuan hukum pidana Indonesia menjadi sangat penting dan urgen, karena hukum pidana yang berlaku harus mampu menampung nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Fakta yang tidak dapat dipungkiri bangsa Indonesia memiliki kelebihan-kelebihan dibandingkan dengan bangsa-bangsa lain. Bangsa Indonesia adalah bangsa yang memiliki keanekaragaman, mulai dari suku, budaya maupun agama, oleh karena itu bangsa Indonesia harus memiliki kebanggaan dengan semboyan Bhineka Tungga Ika. Keaneka-ragaman bangsa Indonesia tentu sangat berpengaruh pada cara pandang dan nilai-nilai yang dianut dalam masyarakat.

Berbagai peraturan perundang-undangan maupun hasil-hasil pertemuan ilmiah jelas menggambarkan adanya keinginan atau tekad pemerintah dan masyarakat untuk tetap memperhatikan dan mengakui eksistensi hukum agama dan hukum adat dalam upaya pembaharuan hukum pidana Indonesia. Hal ini jelas terlihat, antara lain dalam :

1. Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

Pasal 2 ayat (2) yang menentukan, "Peralihan Negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila".

Pasal 5 ayat (1) yang menentukan, hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat'

2. Resolusi Seminar Hukum Nasional I tahun 1963.

Resolusi **Butir V angka 4**, "Unsur-unsur agama dan hukum adat dijalinkan dalam KUHP".

3. Laporan Seminar Hukum Nasional IV tahun 1979.

Dalam laporan **sub B II huruf f** mengenai sistem hukum nasional ditentukan, "Untuk memelihara persatuan dan kesatuan hukum, hukum nasional dibina ke arah unifikasi dengan memperhatikan kesadaran hukum masyarakat, khususnya dalam bidang-bidang yang erat hubungannya dengan kehidupan spiritual".

Dengan demikian dalam upaya pembaharuan hukum pidana, khususnya mewujudkan kebijakan legislatif yang dapat memenuhi kesadaran hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, sudah seharusnya hukum islam dapat dijadikan acuan, mengingat mayoritas penduduk Indonesia beragama islam, sedangkan hukum adat tidak terbantahkan lagi adalah justru merupakan hukum asli yang tumbuh dari masyarakat adat yang ada di Indonesia.

Eksistensi pidana penjara dalam perspektif hukum pidana islam.

Hukum pidana islam merupakan terjemahan dari kata *fiqh jinayah*, yaitu segala ketentuan hukum mengenai tindak pidana atau perbuatan kriminal yang dilakukan oleh orang-orang mukallaf atau orang-orang yang dapat dibebani kewajiban, sebagai hasil dari pema-

haman atas dalil-dalil hukum yang terperinci dari Al Quran dan hadits.¹

Hukum pidana islam merupakan syariat Allah yang mengandung kemaslahatan bagi kehidupan manusia, baik di dunia maupun akhirat. Syariat islam secara materiil mengandung kewajiban asasi setiap manusia untuk melaksanakannya. Konsep kewajiban asasi syariat yaitu menempatkan Allah sebagai pemegang segala hak, baik yang ada pada diri sendiri maupun yang ada pada orang lain. Setiap orang hanya pelaksana yang berkewajiban memenuhi perintah Allah. Perintah Allah dimaksud harus ditunaikan untuk kemaslahatan diri sendiri dan orang lain.²

Dengan demikian dalam pandangan hukum islam jelas diakui adanya perbuatan-perbuatan yang dikategorikan sebagai kejahatan, yaitu perbuatan-perbuatan yang telah melanggar kewajiban yang ditetapkan Allah, karena dapat menimbulkan kerugian bagi kehidupan dan ketertiban masyarakat, sehingga terhadap perbuatan tersebut sudah sepatutnya dikenakan sanksi.

Dalam menentukan suatu perbuatan patut atau tidak patut dikenakan sanksi didasarkan pada sumber hukum islam, yaitu :

1. *Al Quran* ;

Merupakan kumpulan wahyu Allah yang di-sampaikan kepada Nabi Muhammad saw, yang kandungan isinya antara lain tentang peraturan-peraturan hidup untuk mengatur kehidupan manusia dalam hubungannya dengan Allah, dalam hubungannya dengan perkembangan dirinya sendiri, dengan sesama manusia, dengan alam beserta makhluk lainnya.

2. *Hadits* ;

Hal-hal yang diungkap dalam *Al Quran* kadang bersifat umum dan memerlukan penjelasan, sehingga Nabi Muhammad saw menjelaskan melalui sunnah, yaitu perbuatan,

perkataan dan perizinan, yang kemudian diceritakan dalam Hadits ;

3. *Ar-Ra'yu* ;

Ar-Ra'yu atau penalaran, yaitu penggunaan akal atau penalaran manusia dalam menginterpretasikan ayat-ayat *Al Quran* dan sunnah yang bersifat umum. Hal ini dilakukan oleh ahli hukum islam. *Ar Ra'yu* mengandung beberapa pengertian diantaranya:

- a. *Ijma'* adalah kebulatan pendapat *fuqaha mujtahidin* pada suatu masa atas sesuatu hukum sesudah masa nabi Muhammad SAW;
- b. *Ijtihad* ialah perincian ajaran islam yang bersumber dari Al Quran dan Al Hadits yang bersifat umum. Orang yang melakukan perincian dimaksud disebut *mujtahid*;
- c. *Qiyas* yaitu mempersamakan hukum suatu perkara yang belum ada ketetapan hukumnya dengan suatu perkara yang sudah ada ketentuan hukumnya. Persamaan ketentuan hukum dimaksud didasari adanya unsur-unsur kesamaan yang sudah ada ketetapan hukumnya dengan yang belum ada ketetapan hukumnya yang disebut *illat*;
- d. *Istihsan* adalah mengecualikan hukum suatu peristiwa dari hukum peristiwa-peristiwa lain sejenisnya dan memberikan hukum yang lain yang sejenisnya, pengecualian tersebut karena ada dasar yang kuat;
- e. *Mashlahat Mursalah* ialah penetapan hukum berdasarkan kemaslahatan yang tidak ada ketentuan dari *syara'*, baik ketentuan umum maupun ketentuan khusus;
- f. *Sadduz zari'ah* yaitu menghambat atau menutup sesuatu yang menjadi jalan kerusakan untuk menolak kerusakan yang lebih besar;
- g. *Urf* adalah kebiasaan yang sudah turun temurun tetapi tidak bertentangan dengan ajaran islam;

Jenis sanksi dalam hukum pidana islam, dapat dibagi dalam dua kelompok, yaitu :

1. *Jarimah hudud* yaitu perbuatan pidana yang mempunyai bentuk dan batasan hukumannya didalam Al Quran dan Sunnah Nabi Muhammad saw;

¹ Dede Rosyada, *Hukum Islam dan Pranata Sosial*, Lembaga Studi Islam dan Kemasyarakatan, Jakarta, 1992; h. 86

² Zainuddin Ali, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafikan, Jakarta, 2007; h. 1

2. *Jarimah Ta'zir* adalah perbuatan pidana yang bentuk dan ancamannya ditentukan oleh penguasa atau hakim sebagai pelajaran kepada pelakunya ;³

Hal yang menarik dalam pandangan islam terkait dengan penetapan sanksi yaitu dalam hukum pidana islam tidak hanya mengenal sanksi dalam bentuk pidana atau *straf* tetapi juga mengenal sanksi dalam bentuk tindakan atau *matregel*, yang pada masa kini dijadikan sebagai suatu bentuk sanksi *double track system*.

Dengan demikian konsep sanksi dalam kaitannya dengan perbuatan pidana, pandangan hukum pidana islam sebenarnya telah melangkah atau telah menjangkau ke depan, sehingga konsep tindakan bukan merupakan suatu konsep yang dilahirkan pada masa kekinian.

Bentuk-bentuk sanksi pidana dalam *jarimah hudud* terdiri atas :

1. *Qisas* yaitu hukuman berupa pembalasan yang serupa dengan perbuatan. *Qisas* dijatuhkan terhadap :
pembunuhan dengan sengaja, terhadap pelaku dapat di *qisas* oleh wali korban dengan cara yang sama ;
penganiayaan dengan sengaja, terhadap pelaku dapat dikenakan oleh korban dengan cara yang sama, seperti memotong tangan, melukai mata ;
2. potong tangan bagi pencuri ;
3. rajam bagi pezina yang pernah kawin dan cambuk 100 kali bagi pezina yang belum kawin;
4. cambuk 80 kali bagi yang menuduh berzina dengan tidak mengajukan empat orang saksi ;
5. pidana mati atau disalib atau dipotong kaki dengan tangan secara bersilang atau diusir bagi perampok ;
6. cambuk bagi yang minum minuman keras ;
7. pidana mati bagi yang murtad ;

Bentuk sanksi dalam *jarimah ta'zir*: penahanan; pembayaran ganti rugi dengan sejumlah uang; pemukulan; penghinaan

Dari bentuk sanksi dalam hukum pidana islam, secara umum dapat disimpulkan bentuk sanksi-sanksi pidana pokok adalah pidana

mati, dipotong anggota tubuh dan dicambuk. Dengan melihat bentuk sanksi pidana yang terdapat dalam hukum pidana islam, jelas terlihat beberapa karakteristik, antara lain :

1. Sanksi-sanksi pidana dalam hukum pidana islam jelas mencerminkan pada konsep teori pidanaan absolut atau pembalasan. Hal ini jelas ditegaskan dalam **Al Quran Surat Al Maidah ayat 45**, yang menegaskan:

Dan kami telah tetapkan terhadap mereka didalamnya (At-Taurat) bahwasannya jiwa (dibalas) dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi dan luka (pun) ada qisasnya. Barangsiapa yang melepaskan (hak qisasnya) maka melepaskan hak itu (menjadi) penebus dosa baginya. Barangsiapa tidak memutuskan perkara menurut apa yang diturunkan Allah, maka mereka itu adalah orang-orang yang zalim.

2. Pidanaan terhadap tindak pidana tertentu seperti perzinaan lebih dipandang karena tindak pidana itu sendiri merupakan pelanggaran perintah Tuhan. Jadi bukan karena adanya ketersinggungan perasaan susila orang lain
3. Dikenal atau diakuinya pemberian maaf oleh korban yang menjadi dasar penghapusan qisas. Hal ini ditegaskan dalam **Surat Al-Baqarah ayat 178**:

Hai orang-orang beriman diwajibkan atas kamu qisas berkenaan dengan orang-orang yang di-bunuh, orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat, barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu maka baginya siksa yang sangat pedih.

4. Dikenalnya *jarimah ta'zir* maka mengandung makna diberikannya kebebasan bagi hakim untuk menetapkan sanksi terhadap perbuatan pidana yang secara tegas

³ *Ibid*; h. 11

tidak diatur dalam Al Quran dan Hadits. Dengan konsep ini sebenarnya menuntut bahwa seorang hakim harus bersikap bebas dan jujur dengan tujuan menegakkan keadilan dalam masyarakat atau ada *fleksibilitas* penentuan sanksi ;

Karakteristik yang dimiliki hukum pidana islam sebenarnya mengandung pemikiran-pemikiran dalam hukum pidana modern, walaupun faktanya Negara islam sendiri tidak sepenuhnya menerapkan hukum pidana syariat. Menurut **N.J. Coulson** dikarenakan :

1. Hukuman hadd untuk kejahatan-kejahatan tertentu, seperti potong tangan untuk pencurian dan rajam untuk zina, tidak dapat diterima dari sudut kemanusiaan ;
2. Pembunuhan dalam hukum pidana islam dipandang sebagai kerugian perorangan, sehingga pembedanya tergantung pada keluarga korban yang dapat menuntut kematian si pembunuh atau menerima ganti rugi atau membebaskan keduanya. Hal ini tidak dapat dipertahankan lagi untuk suatu Negara modern ;
3. Di luar pelanggaran-pelanggaran hadd, hukum pidana islam memberikan kebebasan hampir tidak terbatas kepada hakim untuk menentukan tindak pidana dan pembedanya. Kekuasaan ini tidak disukai oleh masyarakat islam yang telah mengenal paham-paham hukum pidana barat ;⁴

Dari *jarimah ta'zir* sebenarnya sanksi pidana dalam hukum pidana islam lebih dikembangkan, terbukti dalam *jarimah ta'zir* dimungkinkan hakim menjatuhkan penahanan, tetapi penahanan terhadap pelaku kejahatan dilakukan setelah dikenalnya penjara. Jelas dalam *jarimah ta'zir* tersebut kemudian dikembangkan sanksi-sanksi lain yang dijatuhkan hakim disesuaikan dengan perkembangan pada masa kini.

Dalam kenyataan walaupun *qadi* dalam menetapkan sanksi mengikuti perkembangan zaman, tetapi pada masa kini pengadilan *qadi* sering dipandang sebagai penghambat pemegang kekuasaan politik. Pengadilan *qadi* sebagai satu-satunya jalur penerap hukum syariat

dihadapkan dengan penguasa politik yang tidak mau menyerahkan kekuasaan yudisial tersebut sepenuhnya kepada *qadi*. Ada alasan pengadilan *qadi* kemudian tidak sepenuhnya menjalankan kekuasaan yudisial, yaitu disebabkan putusan para *qadi* seringkali berbeda-beda dari satu tempat dengan tempat lain, bahkan tidak jarang dalam satu tempat. Hal ini timbul karena :

1. Tergantung pada pengetahuan *qadi* secara perseorangan tentang Al Quran ;
2. Para *qadi* pada hakekatnya memandang dirinya sebagai penyuar hukum kebiasaan setempat ;⁵

Dari sisi kepentingan politik yang diharapkan dari pengadilan *qadi* adalah pengadilan *qadi* seharusnya menerapkan hukum pidana syariat yang telah disesuaikan dengan pandangan-pandangan politik penguasa. Terlepas dari kepentingan politik, justru pandangan *qadi* sebagai penyuar hukum kebiasaan setempat dikaji dalam konteks kekuasaan kehakiman di Indonesia sebenarnya kedudukan pengadilan *qadi* sangat menarik, karena tugas yang dijalankan *qadi* hakikatnya hampir sama dengan tugas kekuasaan kehakiman yang ditentukan dalam Pasal 5 ayat (1) UU 48/2009, yaitu, "Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menegali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat".

Dalam konteks *jarimah ta'zir* sangat dimungkinkan dalam hukum pidana islam *qadi* menjatuhkan sanksi penahanan, tetapi dalam konteks Al Quran dan Hadits maka sanksi pidana dalam hukum pidana islam, khususnya untuk *jarimah hudud*, tidak mengenal bentuk pidana penjara. Hal ini dapat dipahami mengingat konsep pemenjaraan adalah konsep yang lahir dari dunia barat, sehingga dalam dunia islam pada saat diterimanya wahyu Allah SWT oleh Nabi Muhammad SAW memang tidak mengenal penjara sebagai tempat memidana pelaku kejahatan. Pidana penjara dengan menempatkan terpidana di dalam penjara atau lembaga pemasyarakatan

⁴ N.J. Coulson, "Islamic Law" in M. Derret (ed all), *An Introduction to Legal Systems*, Frederick A Praeger, New York-Washington, 1968; h, 70

⁵ Frans Marmis, *Perbandingan Hukum Pidana*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994; h. 72

tidak dikenal dalam pandangan hukum pidana islam.

Pidana penjara tidak dikenal dalam pandangan islam, bilamana saat ini pidana penjara dapat diterima hanya sepanjang pidana tersebut banyak memberikan kemaslahatan atau kebaikan atau kemanfaatan bagi masyarakat. Dengan demikian pidana penjara bukan suatu kemutlakan dalam pandangan hukum islam.

Eksistensi Pidana Penjara Dalam Perspektif Hukum Adat

Istilah hukum pidana adat sebenarnya berasal dari bahasa Belanda *adat delicten recht* atau hukum pelanggaran adat, sehingga masyarakat adat sendiri tidak mengenal hukum pidana adat. Hal ini disebabkan konsep hukum pidana adat sangat berbeda dengan konsep hukum pidana barat.

Hukum pidana adat adalah hukum yang menunjukkan peristiwa atau perbuatan yang harus dihukum, dikarenakan peristiwa atau perbuatan itu telah mengganggu keseimbangan masyarakat,⁶ sedangkan yang dimaksud delik adat menurut **van Vollenhoven** adalah : Perbuatan yang tidak boleh dilakukan walaupun dalam kenyataannya peristiwa atau perbuatan itu hanya merupakan sumbang atau salah yang kecil saja. Sebagai contoh delik adat dalam kitab kuntara Raja Niti di Lampung yang berbunyi: apabila seorang pria mandi ditempat pemandian wanita sedang ia tahu ada pangkalan bagi pria atau sebaliknya wanita yang mandi dipangkalan pria, maka orang yang melakukan itu dihukum denda 8 rial. Delik ini disebut dengan *ngaranat nyimpang baya*.⁷

Dengan delik adat dapat diartikan sebagai semua perbuatan atau kejadian yang bertentangan dengan kepatutan, kerukunan, ketertiban, keamanan, rasa keadilan dan kesadaran hukum masyarakat, baik hal itu akibat perbuatan seseorang maupun perbuatan penguasa sendiri. Melihat pengertian ini jelas menjadi

sulit, bahkan dapat dikatakan dalam hukum adat tidak membedakan perbuatan illegal yang dapat dipidana dengan perbuatan illegal yang hanya mempunyai akibat perdata. Oleh **Soepomo** hal tersebut dikatakan dalam hukum adat tidak ada perbedaan struktur, termasuk juga tidak dibedakan apakah perbuatan itu bertentangan dengan hukum adat atau hukum agama atau bertentangan dengan kesopanan dan kesusilaan.⁸

Hal ini dapat dipahami mengingat masyarakat adat tidak banyak berpikir rasionalistis, intelektualistis atau liberalistis, sehingga hukum adat bukan hasil ciptaan fikiran yang rasional, intelektual dan liberal, tetapi hasil ciptaan pikiran yang komunal magis religius atau komunal kosmis. Dengan alam pikiran yang bersifat kosmis maka menempatkan kehidupan umat manusia sebagai bagian dari alam, artinya kehidupan manusia sangat berkaitan erat dengan alam, bilamana terjadi kegoncangan dalam kehidupan manusia pasti menyebabkan ketidakseimbangan kehidupan alam, kegoncangan alam pasti berakibat pada kehidupan manusia. Dengan model pemikiran kosmis tersebut menimbulkan pandangan dalam hukum pidana adat bilamana seorang melakukan pelanggaran sehingga kehidupan masyarakat menjadi tidak seimbang, maka tidak saja orang itu yang harus dikenakan akibat hukum, tetapi kaum kerabatnya ikut bertanggungjawab. Hal ini jelas berbeda dengan pemikiran hukum pidana barat yang berpandangan siapa yang melakukan tindak pidana maka hanya pelaku yang harus bertanggungjawab.

Dengan demikian hukum pidana adat lebih menitikberatkan pada adanya akibat, bilamana perbuatan seseorang telah menimbulkan kerugian pada pihak lain atau masyarakat maka orang tersebut dan keluarganya harus bertanggungjawab atas timbulnya akibat itu. Konsep hukum pidana barat jelas berbeda, walaupun menimbulkan akibat sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang maka hal tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan pada orang yang menimbulkan keru-

⁶ Hilman Hadikusuma, *Hukum Pidana Adat*, Alumni, Bandung, 1984; h.18

⁷ van Vollenhoven dikutip dari Surodjo wignyodipuro, *Pengantar dari Azas-Azas Hukum Adat*, Alumni, Bandung, 1971; h. 316

⁸ Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, Penerbit Universitas, Jakarta, 1967; h. 96

gian. Sebagai contoh dikemukakan oleh **Hilman Hadikusuma**:

Pasal 420 ayat (1) 1e, dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya sembilan tahun, hakim yang menerima pemberian atau perjanjian sedang diketahuinya bahwa pemberian atau perjanjian itu diberikan kepadanya untuk mempengaruhi keputusan suatu perkara yang diserahkan pada pertimbangannya.

Bilamana pemberian atau hadiah itu diberikan kepada istri atau anaknya, maka dalam konsep hukum barat walaupun tidak serta merta hakim terpengaruh dengan hadiah tersebut maka Pasal 420 tersebut tidak dapat dikenakan, karena jelas yang menerima adalah Istri atau anak, sehingga unsur hakim sebagaimana ditentukan dalam KUHP jelas tidak terpenuhi. Dalam konsep hukum adat hal tersebut dipandang sebagai pelanggaran, sehingga hakim dan istri atau anaknya harus bertanggungjawab, karena perbuatan tersebut telah mengganggu keseimbangan dalam kehidupan masyarakat.⁹

Jelas dalam konteks pemikiran legalistik formal konsep pemikiran dalam hukum adat tidak dapat diterima, karena dengan dasar asas legalitas "*Nullum Delictum Nulla Poena Sine Praevia Lega*", sebagaimana juga ditentukan dalam **Pasal 1 ayat (1) KUHP** maka tidak ada tempat bagi diberlakukannya hukum pidana adat. Delik adat dipandang sangat bertentangan dengan tujuan diciptakannya asas legalitas itu sendiri, yaitu kepastian hukum.

Dalam kenyataannya tidak terbantahkan lagi di daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang masih hidup dan terus berlaku dalam masyarakat tertentu. Dalam lapangan hukum pidana juga di daerah tertentu masih diakui adanya tindak pidana adat.

Melihat kenyataan ini tentu merupakan suatu kewajiban bilamana masyarakat ilmiah maupun pembentuk undang-undang menghendaki hukum pidana adat dijadikan sumber dari sistem hukum nasional. Eksistensi hukum adat harus terus diakui, bahkan ditumbuh kembangkan, karena hukum pidana adat adalah

hukum yang bersumber langsung dari masyarakat, sehingga hukum pidana adat akan tetap hidup dan tumbuh dalam masyarakat adat yang terdapat di Indonesia. Kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi serta konsep legalistik formal tidak dapat begitu saja menghapuskan hukum pidana adat sepanjang Indonesia masih mengakui kebhinekaan dalam masyarakatnya. Menurut **Nyoman Serikat Putra Jaya** :

Hukum pidana adat adalah hukum yang hidup dan akan terus hidup selama masih ada manusia budaya, ia tidak akan dapat dihapus dengan perundang-undangan. Andaikata diadakan juga undang-undang yang akan menghapuskannya akan percuma juga, malahan hukum pidana perundang-undangan akan kehilangan sumber kekayaannya, oleh karena hukum pidana adat itu lebih dekat hubungannya dengan antropologi dan sosiologi daripada hukum perundang-undangan.¹⁰

Eksistensi hukum pidana adat tetap dipertahankan terlihat dalam rancangan KUHP yang akan menggantikan KUHP yang berasal dari **Wvs. Pasal 1 rancangan KUHP** menentukan:

1. Tiada seorangpun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan ;
2. Dalam menetapkan adanya tindak pidana dila-rang menggunakan analogi ;
3. Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak mengurangi hukum yang hidup atau hukum adapt yang menentukan bahwa menurut adapt setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan ;
4. Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa;

⁹ Hilman Hadikusuma, *Op.Cit*; h.27

¹⁰ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, h.8

Melihat ketentuan **Pasal 1 rancangan KUHP** jelas memperlihatkan dan membuktikan eksistensi hukum adat masih tetap diakui, sehingga hal ini menunjukkan pandangan legalistik formil dalam hukum pidana Indonesia telah berubah menjadi legalistik materil. Hal ini tentu menjadi pekerjaan yang sangat penting bagi penegak hukum untuk selalu mengikuti dan memahami hukum pidana adat yang masih hidup dan berlaku dalam masyarakat. Memang bukan pekerjaan mudah mengingat banyaknya masyarakat adat yang terdapat di Indonesia, sangat memungkinkan terjadinya perbedaan dalam menentukan suatu perbuatan sebagai delik adat, termasuk juga dalam menentukan sanksi atas perbuatan tersebut.

Hukum adat sebagai hukum yang tidak tertulis dan jelas tidak memiliki sistematika tertentu dalam mengkatagorikan perbuatan sebagai kejahatan atau pelanggaran. Semua perbuatan yang mengganggu keseimbangan masyarakat atau alam dipandang sebagai pelanggaran adat. Demikian pula dalam hukum pidana adat tidak ditentukan secara jelas jenis maupun bentuk sanksi pidana yang dapat diterapkan terhadap pelaku delik adat. Dengan banyaknya masyarakat adat di Indonesia maka sanksi pidana adatnya juga tidak dapat diseragamkan, tetapi hampir semua daerah mengenal sanksi pidana dalam bentuk, pidana mati dan denda. Untuk pidana penjara dengan menempatkan terpidana dalam penjara hanya dikenal setelah penjajahan Belanda yang mengenalkan dan membangun rumah-rumah penjara.

Dengan demikian dalam pandangan hukum adat tidak dikenal bentuk pidana penjara, walaupun di beberapa daerah dikenal bentuk pidana pemasangan, yaitu dengan cara menjepit tangan dan kepala pelaku pelanggaran adat dengan kayu atau menjepit kedua kaki dengan kayu, yang sampai saat ini banyak dilakukan oleh masyarakat pedesaan terhadap keluarganya yang mengalami gangguan jiwa. Tentu tidak dapat menyamakan pidana pemasangan dipandang sebagai pidana yang sama dengan pidana penjara.

Dilihat dari hakikat pidana penjara adalah perampasan kemerdekaan seseorang, maka ide

dasar pemasangan adalah sama yaitu merampas kemerdekaan pelanggar, karena dipandang pelaku akan mengganggu ketentraman masyarakat. Hanya persoalan pelaksanaannya, pidana penjara dilakukan di rumah penjara sedangkan pemasangan dapat dilakukan dimana saja. Dengan demikian dilihat ide sanksi pemasangan tentu tidak berbeda dengan pidana penjara, sehingga konsep perampasan kemerdekaan sebenarnya juga terdapat dalam masyarakat adat, walaupun pelaksanaannya tidak dilakukan didalam lembaga yang bernama penjara.

Pandangan atau ide dasar perlindungan masyarakat dengan menjauhkan pelaku pelanggaran adat dari kehidupan masyarakat selama hidupnya tidak hanya dalam pelaksanaan pemasangan. Dalam hukum adat juga dikenal adanya sanksi berupa pembuangan pelaku dan keluarga dari lingkungan masyarakat adatnya. Dengan dibuangkan pelaku dan keluarga dari lingkungan adat mengandung makna menjauhkan pelaku dan keluarga selama hidupnya dari kehidupan masyarakat, sehingga pelaku atau keluarganya tidak akan dapat lagi mengganggu keseimbangan dalam masyarakat.

Dengan demikian dalam konsep hukum adat lebih berangkat pada ide dasar perlindungan masyarakat semata, sanksi tidak diberikan dalam konteks kemanfaatan sanksi itu sendiri. Dalam alam pikiran adat lebih melihat kebelakang, dalam arti sanksi diterapkan karena perbuatannya telah menimbulkan akibat, artinya ada kesesuaian tujuan sanksi dalam pemikiran masyarakat adat dengan teori absolut dalam pembedaan. Penjatuhan sanksi lebih diarahkan untuk mengembalikan keseimbangan dalam kehidupan masyarakat. Konsep perlindungan masyarakat dalam hukum adat tentu sesuai dengan ide pidana penjara. Oleh karena itu bentuk pidana penjara yang menempatkan terpidana didalam penjara masih dapat diterima dalam konsep pemikiran masyarakat adat.

KESIMPULAN

Dalam rangka pembaharuan hukum pidana di Indonesia harus tetap memperhatikan keberadaan hukum islam dan hukum adat,

walaupun juga harus tetap memperhatikan pula perkembangan hukum pidana sendiri secara universal pada masa kini.

Pidana penjara sebagai salah satu jenis pidana yang hampir berlaku di seluruh dunia perlu dilakukan kajian eksistensinya dari perspektif hukum islam dan hukum adat bila-mana akan terus dipertahankan dalam sistem pemidanaan di Indonesia. Terbukti eksistensi pidana penjara dapat dibenarkan dalam perspektif hukum islam maupun hukum adat.

DAFTAR BACAAN

Dede Rosyada, 1992, *Hukum Islam dan Pranata Sosial*, Lembaga Studi Islam dan Kemasya-rakatan, Jakarta

Frans Marmis, 1994, *Perbandingan Hukum Pida-na*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta

Hilman Hadikusuma, 1984, *Hukum Pidana Adat*, Alumni, Bandung

N.J. Coulson, Islamic Law” in M. Derret (ed all), 1968, *An Introduction to Legal Systems*, Frederick A Praeger, New York-Washington

Nyoman Serikat Putra Jaya, 2005, *Relevansi Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Citra Aditya Bakti, Bandung

Soepomo, 1967, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, Penerbit Universitas, Jakarta

van Vollenhoven dikutip dari Surodjo wignyo-dipuro, 1971, *Pengantar dari Azas-Azas Hukum Adat*, Alumni, Bandung

Zainuddin Ali, 2007, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafikan, Jakarta