

## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA

#### A. Pluralisme Hukum

##### a. Pengertian Pluralisme Hukum

Istilah pluralisme hukum atau kemajemukan hukum adalah terjemahan dari istilah "legal pluralism" yang telah menjadi istilah baku dalam literatur ilmu hukum, hukum tata negara, hukum adat, antropologi hukum, sosiologi hukum, sejarah hukum, perbandingan hukum, dan filsafat hukum. Pemahaman pluralisme hukum (*legal pluralism*) dikaji secara historis dengan melihat kenyataan timbulnya *pluralisme hukum* sebagai jawaban terhadap *sentralisme hukum*, yaitu suatu paham yang menyatakan bahwa hukum adalah dan seharusnya merupakan hukum negara yang berlaku seragam untuk semua orang, berdiri sendiri dan terpisah dari semua hukum lain serta dijalankan oleh lembaga-lembaga negara.

Bagi **Griffith**, pluralisme hukum dan sentralisme hukum merupakan dua kutub yang secara tegas saling berhadapan.<sup>1</sup> Untuk konsepsi pluralisme hukum menurutnya adalah adanya lebih dari satu tatanan hukum dalam suatu arena sosial. Kemudian lebih luas Griffiths membagi pluralisme hukum atau kemajemukan hukum menjadi dua yaitu *weak legal pluralism* (pluralisme hukum yang lemah) dan *strong legal pluralism* (pluralisme hukum yang kuat). Pluralisme hukum yang lemah mengandung makna bahwa suatu pluralisme hukum yang berusaha melakukan penggabungan atau perujukan antara hukum adat dengan hukum negara. Pengertian pluralisme hukum yang kuat, yaitu adanya berbagai hukum yang berlaku di dalam lapangan sosial tertentu tanpa harus merujuk kepada hukum negara.

---

<sup>1</sup> Griffiths "What is Legal Pluralism", *Journal of Legal Pluralism*, 1986, hlm. 24

Berdasarkan uraian di atas tampak bahwa di lapangan hukum bidang hukum pertanahan, hukum perkawinan, hukum waris, hukum pidana, dan hukum tata negara terdapat beberapa aturan atau hukum yang berlaku seperti hukum negara (*state law*) dan hukum lokal (*folk law*). Maka timbul pertanyaan bahwa bagaimanakah kedua sistem hukum tersebut beroperasi/bekerja di dalam kenyataan sehari-hari terhadap bidang hukum masing-masing, serta bagaimana pula implikasi teoritis dan praktis dari saling pengaruh (interaksi) lebih dari satu sistem hukum tersebut dalam tingkat penyelesaian sengketa kasus-kasus hukum.

Menurut **T.O. Ihromi**, tidak melihat pada kedua paham itu (*state law and folk law*) sebagai dua kutub yang berhadapan karena realitas sosial menunjukkan bahwa sistem hukum bekerja dalam arena sosial, terjadi interaksi yang tidak dapat dihindari antara hukum negara (*state law*) dengan berbagai hukum lain. Meskipun situasi pluralisme hukum secara potensial memang merupakan potensi konflik antara sistem hukum yang saling berbeda bentuk, struktur, isi, fungsi, politik dan efektivitasnya, namun bukan berarti selalu memunculkan konflik karena ada juga saling pengaruh dan adaptasi dalam kehidupan sosial.

Sedangkan **M.B. Hooker**, mengemukakan bahwa pluralisme hukum (*legal pluralism*) itu adalah "situasi dimana dua atau lebih sistem hukum yang berlaku berdampingan dan saling berinteraksi dan atau saling mempengaruhi. Oleh karena itu, menurut Hooker proses terjadi pluralisme hukum ada apabila terjadi "kontak" masyarakat lokal (masyarakat adat) dengan dunia luar. Berkenaan dengan pandangan Griffiths dan Hooker, sama-sama mengemukakan satu unsur pokok dalam pengertian pluralisme hukum (*legal pluralism*), yaitu bahwa pluralisme itu ditandai oleh "adanya situasi dimana didalam

satu masyarakat terdapat dua atau lebih sistem hukum dapat dijadikan pegangan dalam menghadapi konflik sistem hukum dan atau sengketa-sengketa oleh warga masyarakat yang bersangkutan". Di bagian lain konsep pluralisme hukum oleh Sally F. Moore dengan wujud nyata dari konsep *semi autonomous social field* (lapangan sosial semi otonomis) artinya kemampuan untuk menciptakan aturan-aturan yang berlaku dalam lingkungan sendiri, mendorong bahkan memaksa, warganya agar mentaati aturan tersebut. Paksaan yang dimaksud dapat berupa sanksi yang bersifat ekonomi atau psikologi. Bahkan Griffiths<sup>2</sup>, menambahkan bahwa aturan, adat, simbol yang diciptakan sendiri rentan terhadap aturan-aturan, keputusan-keputusan dan kekuatan dari luar yang lebih besar di sekelilingnya dalam kehidupan sosial (masyarakat).

Pandangan lain yang dikategorikan sebagai pluralisme hukum yang kuat menurut Griffith adalah teori dari **Sally Falk Moore** mengenai pembentukan aturan dengan disertai kekuatan pemaksa di dalam kelompok-kelompok sosial yang diberi label *the semi-autonomous social field*. Dalam hal ini Griffith mengadopsi pengertian pluralisme hukum dari Moore : "*Legal pluralism refers to the normative heterogeneity attendant upon the fact that social action always takes place in a context of multiple, overlapping ' semi-autonomous social field'*" . Sementara itu pengertian hukum dari Moore yang juga dikutipnya adalah "*Law is the self-regulation of a 'semi-autonomous social field'*".

Secara terminologi penyebutan dan penggunaan istilah pluralisme hukum atau kemajemukan hukum baik normatif maupun empiris adalah terjemahan dari istilah "*legal pluralism*"<sup>3</sup> yang telah menjadi istilah baku dalam literatur-literatur ilmu hukum, baik

---

<sup>2</sup> Griffiths, 1986, h. 29. *Ibid*

<sup>3</sup> Istilah pluralisme hukum diterima secara akademik di dunia ilmunan berbahasa Inggris sesudah terbitnya buku M.Barry Hooker (1975) tentang Legal Pluralism (pluralisme hukum/kemajemukan hukum) yang diikuti oleh banyak studi

dibidang hukum tata negara, politik hukum, hukum adat, antropologi hukum, sosiologi hukum, sejarah hukum, perbandingan hukum. Pemahaman pluralisme hukum (*legal pluralism*) dikaji secara historis dengan melihat kenyataan timbulnya *pluralisme hukum* sebagai jawaban terhadap *sentralisme hukum*, yaitu suatu paham yang menyatakan bahwa hukum seharusnya merupakan hukum negara yang berlaku seragam (unifikasi hukum) untuk semua orang, berdiri sendiri dan terpisah dari semua hukum lain serta dijalankan oleh lembaga-lembaga negara.

Menurut J.Griffiths<sup>4</sup>, pluralisme hukum dan sentralisme hukum merupakan dua kutub yang secara tegas saling berhadapan.<sup>5</sup> Untuk konsepsi pluralisme hukum menurutnya adalah adanya lebih dari satu tatanan hukum dalam suatu arena sosial. Kemudian lebih luas Griffiths membagi pluralisme hukum atau kemajemukan hukum menjadi dua yaitu *weak legal pluralism* (pluralisme hukum yang lemah) dan *strong legal pluralism* (pluralisme hukum yang kuat). Pluralisme hukum yang lemah mengandung makna bahwa suatu pluralisme hukum yang berusaha melakukan penggabungan atau perujukan antara hukum adat dengan hukum negara. Pengertian pluralisme hukum yang kuat, yaitu adanya berbagai hukum yang berlaku di dalam lapangan sosial tertentu tanpa harus merujuk kepada hukum negara.

Berdasarkan uraian di atas tampak bahwa di lapangan hukum bidang hukum pertanahan, hukum perkawinan, hukum waris, hukum pidana, dan hukum tata negara terdapat beberapa aturan atau hukum yang berlaku seperti hukum negara (*state law*) dan hukum lokal (*folk law*). Maka timbul pertanyaan bahwa bagaimanakah kedua sistem

---

penting dan diskusi atau perdebatan berlanjut dari antropolog dan ahli hukum yang memberikan kontribusi-kontribusi yang faktual dan relevan dalam era globalisasi, dalam Werner Menski, Op Cit. 2012, hlm. 117.

<sup>4</sup> Pluralisme hukum adalah adanya lebih dari satu tertib hukum atau sistem hukum yang berlaku berdampingan dan berinteraksi saling melengkapi di suatu wilayah sosial tertentu atau wilayah kedaulatan negara.

<sup>5</sup> Griffiths "What is Legal Pluralism", *Journal of Legal Pluralism*, 1986, hlm. 24

hukum tersebut beroperasi/bekerja di dalam kenyataan sehari-hari terhadap bidang hukum masing-masing, serta bagaimana pula implikasi teoritis dan praktis dari saling pengaruh (interaksi) lebih dari satu sistem hukum tersebut dalam tingkat penyelesaian sengketa kasus-kasus hukum.

Menurut T.O. Ihromi, tidak melihat pada kedua paham itu (*state law and folk law*) sebagai dua kutub yang berhadapan karena realitas sosial menunjukkan bahwa sistem hukum bekerja dalam arena sosial, terjadi interaksi yang tidak dapat dihindari antara hukum negara (*state law*) dengan berbagai hukum lain. Meskipun situasi pluralisme hukum secara potensial memang merupakan potensi konflik antara sistem hukum yang saling berbeda bentuk, struktur, isi, fungsi, politik dan efektivitasnya, namun bukan berarti selalu memunculkan konflik karena ada juga saling pengaruh dan adaptasi dalam kehidupan sosial. Sedangkan M.B. Hooker,(1975)<sup>6</sup> mengemukakan bahwa pluralisme hukum (*legal pluralism*) itu adalah "situasi dimana dua atau lebih sistem hukum yang berlaku berdampingan dan saling berinteraksi dan atau saling mempengaruhi. Oleh karena itu, menurut Hooker proses terjadi pluralisme hukum ada apabila terjadi "kontak" masyarakat lokal (masyarakat adat) dengan dunia luar.

Berkenaan dengan pandangan Griffiths dan Hooker, sama-sama mengemukakan satu unsur pokok dalam pengertian pluralisme hukum (*legal pluralism*), yaitu bahwa pluralisme itu ditandai oleh "adanya situasi dimana didalam satu masyarakat terdapat dua atau lebih sistem hukum dapat dijadikan pegangan dalam menghadapi konflik sistem hukum dan atau sengketa-sengketa oleh warga masyarakat yang bersangkutan". Di bagian

---

<sup>6</sup> M.B. Legal Pluralism : *An Introduction to Colonial dan Neo-Colonial Laws*, Oxford : Clarendon Press, 1975.

lain konsep pluralisme hukum oleh Sally F. Moore<sup>7</sup> dengan wujud nyata dari konsep *semi autonomous social field* (lapangan sosial semi otonomis) artinya kemampuan untuk menciptakan aturan-aturan yang berlaku dalam lingkungan sendiri, mendorong bahkan memaksa, warganya agar mentaati aturan tersebut. Paksaan yang dimaksud dapat berupa sanksi yang bersifat ekonomi atau psikologi. Bahkan Griffiths<sup>8</sup>, menambahkan bahwa aturan, adat, simbol yang diciptakan sendiri rentan terhadap aturan-aturan, keputusan-keputusan dan kekuatan dari luar yang lebih besar di sekelilingnya dalam kehidupan sosial (masyarakat).

Secara historis pada pertengahan abad ke-19 keanekaragaman sistem hukum yang dianut oleh masyarakat di berbagai belahan dunia ini ditanggapi sebagai **gejala evolusi hukum**, maka pada abad ke-20 keanekaragaman tersebut ditanggapi sebagai **gejala pluralisme hukum**. Kebutuhan untuk menjelaskan gejala ini muncul terutama ketika banyak negara memerdekakan diri dari penjajahan, dan meninggalkan sistem hukum Eropa di negara-negara tersebut. Sudah banyak konsep dan atribut mengenai pluralisme hukum yang diajukan oleh para ahli. Para pluralist pada masa permulaan (tahun 1970-an) mengajukan konsep pluralisme hukum yang meskipun agak bervariasi, namun pada dasarnya mengacu pada adanya lebih dari satu sistem hukum yang secara bersama-sama berada dalam lapangan sosial yang sama.

Dalam arena pluralisme hukum itu terdapat hukum negara di satu sisi, dan di sisi lain adalah hukum rakyat yang pada prinsipnya tidak berasal dari negara, yang terdiri dari hukum adat, agama, kebiasaan-kebiasaan atau konvensi-konvensi sosial lain yang dipandang sebagai hukum. Namun dalam era globalisasi seperti seperti sekarang, perlu

---

<sup>7</sup> Sally Falk Moore, Hukum dan Perubahan Sosial : Bidang Sosial Semi-Otonom sebagai suatu Topik Studi Yang Tepat", dalam T.O. Ihromi (penyu), *Antropologi Hukum : sebuah Bunga Rampai*, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia, 1993.

<sup>8</sup> Griffiths, 1986, Op Cit, hlm. 29.

diperhitungkan hadirnya hukum internasional dalam arena pluralisme hukum. Dalam kenyataan empirik, khususnya dalam bidang perekonomian dan bidang hak asasi manusia, kehadiran hukum internasional terlihat sekali pengaruhnya.

Pandangan konsep pluralisme hukum dapat menjelaskan bagaimanakah hukum yang beranekaragam secara bersama-sama mengatur suatu kasus hukum (perkara). Bagi kebanyakan sarjana hukum, kenyataan adanya sistem hukum lain di samping hukum negara masih sulit diterima. Padahal dalam kenyataan sehari-hari tidak dapat dipungkiri terdapat sistem-sistem hukum lain di luar hukum negara (*state law*). Melalui pandangan pluralisme hukum, dapat diamati bagaimanakah semua sistem hukum tersebut "beroperasi" bersama-sama dalam kehidupan sehari-hari. Artinya, dalam konteks apa orang memilih (gabungan) aturan hukum tertentu, dan dalam konteks apa ia memilih aturan dan sistem peradilan yang lain.

Pandangan lain yang dikategorikan sebagai pluralisme hukum yang kuat menurut Griffiths adalah teori Sally Falk Moore mengenai pembentukan aturan dengan disertai kekuatan pemaksa di dalam kelompok-kelompok sosial yang diberi label *the semi-autonomous social field*. Dalam hal ini Griffiths mengadopsi pengertian pluralisme hukum dari Moore: "*Legal pluralism refers to the normative heterogeneity attendant upon the fact that social action always takes place in a context of multiple, overlapping ' semi-autonomous social field'*" Sementara itu pengertian hukum dari Moore yang juga dikutipnya adalah "*Law is the self-regulation of a 'semi-autonomous social field'*".<sup>9</sup> Kemudian berkembang konsep pluralisme hukum yang tidak lagi menonjolkan dikotomi antara sistem hukum negara di satu sisi dan sistem hukum rakyat di sisi yang lain. Pada tahap ini konsep pluralisme hukum lebih menekankan pada "*a variety of interacting,*

---

<sup>9</sup> Tamanaha, 1993, hlm. 24-25 dalam Griffiths 1986, Op Cit, hlm. 30

*competing normative orders –each mutually influencing the emergence and operation of each other’s rules, processes and institutions”*. Menurut Franz von Benda-Beckmann<sup>10</sup> adalah salah satu ahli yang dapat digolongkan ke dalam tahap perkembangan ini. Ia mengatakan bahwa tidak cukup untuk sekedar menunjukkan bahwa di lapangan sosial tertentu terdapat keanekaragaman hukum. Namun yang lebih penting adalah apakah yang terkandung dalam keanekaragaman hukum tersebut, bagaimanakah sistem-sistem hukum tersebut saling berinteraksi (mempengaruhi) satu sama lain, dan bagaimanakah keberadaan dari sistem-sistem hukum yang beragam itu secara bersama-sama dalam suatu lapangan kajian tertentu. Pada tahap perkembangan ini (akhir 1990-an) terdapat variasi pandangan, yang ditunjukkan oleh adanya konsep pluralisme hukum yang tidak didasarkan pada mapping yang kita buat sendiri, tetapi melihatnya pada tataran individu yang menjadi subjek dari pluralisme hukum tersebut.

Pemikiran pluralisme hukum baru terakhir sampai tahun 2002, menunjukkan adanya perkembangan baru, yaitu memberi perhatian kepada terjadinya saling ketergantungan atau saling pengaruh (*interdependencies, interfaces*) antara berbagai sistem hukum. *Interdependensi* yang dimaksud terutama adalah antara hukum internasional, hukum nasional, dan hukum lokal (adat). Kajian-kajian yang berkembang dalam antropologi hukum baru, mulai melihat bagaimanakah kebijakan dan kesepakatan-kesepakatan internasional memberi pengaruh atau bersinggungan dengan sistem hukum dan kebijakan di tingkat nasional, dan selanjutnya memberi imbas kepada sistem hukum dan kebijakan di tingkat daerah bahkan lokal (adat). Sedangkan fungsi pluralisme hukum dibedakan antara pluralisme sistem hukum dan pluralisme kaidah hukum. Oleh karena selain adanya sistem hukum barat yang diadopsi kedalam sistem hukum nasional yang

---

<sup>10</sup> Benda-Beckmann, 1990, Op Cit, hlm. 2

berlaku saat ini merupakan salah satu warisan kolonial yang harus di tata secara substansi, struktur dan kultur. Sehingga perlu ada kajian penataan kembali berbagai sistem hukum tanpa menyampingkan berbagai sistem hukum, terutama sistem hukum yang hidup dan eksis sebagai kenyataan yang dipertahankan dalam kehidupan masyarakat. Pembangunan sistem hukum adalah upaya mengintegrasikan berbagai sistem hukum sehingga tersusun dalam suatu tatanan sistem hukum yang harmonis bagi negara dan warga negaranya.

**b. Pluralisme Hukum Werner Menski (*triangular concept of legal pluralism* atau konsep segi tiga pluralisme Hukum)**

Pluralisme hukum di perkenalkan tahun 2000 kemudian dimodifikasi pada tahun 2006 oleh **Werner Menski** seorang pakar hukum bidang hukum bangsa-bangsa Asia dan afrika yang menonjolkan karakter plural kultur dan hukum yang sangat relevan bagi hukum bangsa Asia dan Afrika maupun bangsa-bangsa Barat yang memiliki sistem hukum masing-masing negara. **Teori Werner Menski** “*triangular concept of legal pluralism* atau konsep segi tiga pluralisme Hukum” memperkuat konsep Lawrence M. Friedman tentang unsur sistem hukum ketiga, yaitu *legal culture* (kultur hukum) dahulu belum dikenal memperkenalkan tahun 1970-an, terutama untuk negara-negara berkembang yang menganut sistem hukum akibat jajahan (kolonial). Hal ini menunjukkan eksistensi kultur hukum yang pluralistik mendorong adanya teori hukum yang dapat menjelaskan pluralisme hukum sebagai isu penting bagi negara-negara Asia dan Afrika maupun negara-negara Barat sebagai suatu realitas hukum di era globalisasi. Artinya dewasa ini, hubungan masyarakat dunia tidak dibatasi oleh kedaulatan batas negara masing-masing secara sempit. Oleh karena hampir semua bidang kehidupan masyarakat dunia disatukan ilmu pengetahuan dan teknologi, misalnya bidang komunikasi kadang-kadang

mempersatukan negara satu dengan negara lain sebagai negara dunia, suka tidak suka setiap warga masyarakat akan berhadapan dengan hukum asing yang mungkin bisa sama atau tidak dengan sistem hukum di negaranya masing-masing.<sup>11</sup>

Dalam era globalisasi pluralisme hukum bukan saja mengenai beraneka ragamnya hukum positif yang berlaku antarnegara maupun di dalam satu negara tertentu. Contoh di Amerika Serikat setiap *state* (negara bagian) memiliki sistem hukum, sistem peradilan, hukum positif masing-masing, demikian juga di Indonesia setiap daerah memiliki hukum lokal masing-masing, daerah-daerah otonomi khusus seperti Aceh dan Papua dengan Undang-Undang Otonominya. Sehingga Pluralisme hukum disini adalah mengenai “sikap dan perilaku hukum” dari masing-masing individu atau kelompok disetiap negara dan masyarakat dunia yang mengalami situasi pluralisme hukum.

## **B. Konsep Peradilan Adat**

Pada dasarnya dalam beberapa kajian referensi menggambarkan ketidak konsistensi baik secara normatif dalam ruang hukum materil maupun hukum formil menunjukkan pada mekanisme-mekanisme peradilan maupun pengadilan formal (litigasi) dan non formal (non litigasi) yang berlandaskan pada sistem hukum yang berlaku sebagai hukum positif. Artinya bila direduksi, secara terminologi dalam lapangan hukum acara biasanya penggunaan kedua istilah “peradilan adat dan/atau pengadilan adat”<sup>12</sup> tidak semata-mata bukanlah suatu istilah yang pada umumnya digunakan publik (masyarakat) secara sehari-hari dalam kehidupan

---

<sup>11</sup> Werner Menski dengan teori : “*triangular concept of legal pluralism* atau konsep segi tiga pluralisme Hukum”, dalam Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, Vol. 1 *Pemahaman Awal*. Jakarta, Prenada Media Group, 2009, hlm. 184, 187,191.

<sup>12</sup> Ada perbedaan antara istilah Peradilan dan Pengadilan. Pengadilan itu menunjuk kepada pengertian organnya, sedangkan, Peradilan merupakan fungsinya. Namun menurut Soedikno Mertokusumo, pada dasarnya peradilan itu selalu berkaitan dengan pengadilan, dan pengadilan itu sendiri bukanlah semata-mata badan, tetapi juga terkait dengan pengertian yang abstrak, yaitu memberikan keadilan, dalam Soedikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-Undangan di Indonesia Sejak 1942 dan apakah Kemanfaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia*, (Disertasi), Kilat Maju Bandung, 1971, hlm. 2

bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, termasuk didalam masyarakat hukum adat. Salah satu ciri masyarakat hukum adat adalah adanya peradilan adat yang hidup dalam struktur sosial kelembagaan adat. Oleh karena itu peradilan adat sebagai salah satu ciri masyarakat hukum adat yang hidup dalam sistem hukum adat sebagai hukum yang hidup, dan digunakan untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum yang terjadi. Sehingga bagi masyarakat hukum adat di Indonesia dari Saban sampai Merauke, penggunaan istilah yang sering digunakan adalah “sidang adat” atau “rapat adat” bahkan ada juga dengan istilah ”sidang atau rapat di para-para adat”<sup>13</sup> dalam ungkapan yang beragam sesuai kekhasan bahasa lokal setempat <sup>14</sup>, dan merupakan istilah teknis sosiologis dan antropologis dalam pranata hukum adat sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*). Sedangkan sebagai istilah teknis yuridis, istilah “peradilan adat” secara formal digunakan dalam beberapa Undang-Undang Organik dibawah konstitusi. Misalnya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua, secara tegas menyebutkan istilah ”peradilan adat” dalam ketentuan rumusan pasal-pasalnya, disamping itu istilah “peradilan adat” juga disebutkan dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan disebutkan bahwa peradilan adat sebagai salah satu unsur yang menjadi indikator bahwa suatu masyarakat hukum adat dalam kenyataannya masih ada, artinya bila unsur tersebut (masih ada) tidak ada lagi dalam kenyataan masyarakat hukum adat, maka dengan sendirinya peradilan adat dinilai sudah tidak ada secara yuridis. Bila dicermati jauh sebelumnya kebelakang dalam perjalanan sejarah politik hukum Indonesia, maka istilah “peradilan adat” dan “pengadilan adat” sudah ada dan digunakan dalam Undang-undang Darurat Nomor 1

---

<sup>13</sup> Istilah sidang atau rapat dipara-para adat” dikenal dilingkungan masyarakat hukum adat Jayapura yang mengenal struktur pemerintahan adat “Ondoafi/Ondofolo” dan berada dalam wilayah adat “Tabi atau Mamta” dari 7 wilayah adat di Provinsi Papua (di Tanah Papua).

<sup>14</sup> Anonim (ed), *Sistem Peradilan Adat dan Lokal di Indonesia : Peluang dan Tantangan*, Jakarta , Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN)-Partnership for Governance Reform, 2003, hlm. 7- 8.

tahun 1951. Walaupun kedua istilah tersebut sesungguhnya dapat dibedakan pengertiannya, yaitu "peradilan adat" menyangkut proses atau sistem, sedangkan "pengadilan adat" menyangkut lembaga peradilan dan/atau pengadilan.<sup>15</sup> Namun dalam Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tampaknya tidak membedakan pengertian keduanya, karena kedua istilah tersebut digunakan secara bersamaan dalam tanpa membedakan pengertiannya. Dalam pasal-pasal undang-undang tersebut, istilah yang digunakan adalah "pengadilan adat", sedangkan dalam penjelasannya di samping istilah "pengadilan adat" juga digunakan istilah "peradilan adat". Artinya penerapan dua konsep (peradilan adat dan pengadilan adat) tersebut oleh pemerintah Republik Indonesia pada saat itu kental berada dalam rana politik hukum bukan hukum murni. Alasan akademik mengingat pada saat itu belum ada acuan-acuan riset hukum secara filosofis, sosiologis, dan yuridis yang memperkuat latar belakang pembentukan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1951.

Kemudian dipahami bahwa Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 adalah salah satu Undang-Undang yang dikeluarkan oleh Pemerintah Republik Indonesia pada saat itu, untuk menyelenggarakan susunan, kekuasaan dan acara pengadilan-pengadilan sipil di Indonesia setelah kemerdekaan dan mengubah susunan peradilan warisan Pemerintah Hindia Belanda (kolonial Belanda). Kehadirang Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 inilah yang menghapuskan keberadaan peradilan adat dalam sistem hukum di Indonesia yang dibentuk pada jaman kolonial Belanda sebagai wilayah jajahannya dengan warisan sistem hukum *civil law* (eropa kontinental). Sehingga untuk memahami konsep peradilan adat yang dimaksudkan oleh Undang-Undang Darurat Tahun 1951 dimaksudkan, maka perlu dipahami

---

<sup>15</sup> Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia*, PT. Bhuana Ilmu Populer, Kelompok Gramedia, Jakarta, 2007, hlm. 509.

sistem peradilan pada jaman Pemerintahan Hindia Belanda yang secara implisit dapat di peroleh dari referensi-referensi sejarah singkat politik hukum di Indonesia.

Sejarah singkat politik hukum peradilan adat secara tegas menyebutkan bahwa pada jaman Pemerintahan Hindia Belanda dikenal lima (5) macam peradilan, yaitu, yaitu: (a) *Gouvernements-rechtspraak* (Peradilan Gubernemen), (b) *Inheemsche rechtspraak* (Peradilan Pribumi atau Peradilan Adat), (c) *Zelfbestuur rechtspraak* (Peradilan Swapraja), (d) *Godsdienstige Rechtspraak* (Peradilan Agama) dan (e) *Dorpjustitie* (Peradilan Desa)<sup>16</sup>. Dengan ke-lima jenis peradilan di atas, ada pula beberapa penulis antara lain Tresna<sup>17</sup> dan Sudikno Mertokusumo<sup>18</sup>, menggunakan istilah “peradilan adat” atau “pengadilan adat”. Dalam perspektif sejarah dapat diketahui bahwa “sesungguhnya yang dimaksudkan dengan “peradilan adat” dan “pengadilan adat” oleh Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 adalah *inheemsche rechtspraak*, yang menurut perundang-undangan Hindia Belanda adalah peradilan yang diperuntukkan bagi golongan penduduk pribumi (penduduk asli Indonesia)”<sup>19</sup>, dan namun peradilan pribumi ini mengadili menurut tata hukum adat tetapi peradilan ini, tetap berada di bawah kontrol *Residen* (pejabat Pemerintah Hindia Belanda) yang mempunyai kekuasaan sangat besar, pertama: berkuasa mengangkat hakim-hakim peradilan pribumi (peradilan adat); yang kedua: berkuasa menetapkan hukum adat yang diberlakukan<sup>20</sup>. Kemudian selain *inheemsche rechtspraak*, dalam masyarakat Indonesia di masa kolonial terdapat peradilan asli dikalangan golongan pribumi yang disebut *dorpjustitie* (peradilan desa), suatu peradilan yang dilaksanakan oleh hakim desa, yang diperankan oleh kepala desa

---

<sup>16</sup> H. Hilman Hadikusuma, *Peradilan Adat di Indonesia*, Jakarta: CV Miswar, 1989, hlm. 37.

<sup>17</sup> R. Tresna, *Peradilan di Indonesia Dari Abad Ke Abad*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1978, hlm. 73

<sup>18</sup> Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-undangannya di Indonesia Sejak 1942 dan Apakah Manfaatnya Bagi Kita bangsa Indonesia*, Yogyakarta: Universitas Gajahmada, 1970, hlm. 52.

<sup>19</sup> I ketut Sudantra, *Pengakuan Peradilan Adat Dalam Politik Hukum Kekuasaan Kehakiman*, (dalam Ringkasan Disertasi), Malang, 2013, hlm. 20

<sup>20</sup> R. Tresna, 73, dalam I ketut Sudantra, *Ibid*, 2013, hlm. 21

selaku kepala masyarakat hukum adat yang diakui keberadaannya. Dalam rujukan lain menurut Hazairin<sup>21</sup>, bahwa hakim desa adalah suatu lembaga desa yang kehadirannya dalam setiap masyarakat hukum adat merupakan *conditio sine qua non* sebagai alat perlengkapan kekuasaan desa selama desa itu sanggup mempertahankan wajah aslinya dan sifat-sifat keistimewaannya sebagai kesatuan social ekonomi yang berdiri sendiri dalam wilayah desa. Hal ini pahami bahwa kekuasaan hakim desa itu tidak terbatas pada kekuasaan mendamaikan saja, tetapi meliputi kekuasaan memutuskan semua sengketa bidang hukum tanpa membedakan antara kasus hukum pidana, hukum perdata, publik dan sipil, tetapi yang diutamakan dalam proses peradilan adat adalah pengakuan keabsahan melalui pelaksanaan “denda adat” sebagai media keseimbangan untuk mencapai rasa keadilan sosial berdasarkan sistem hukum adat.

Kedudukan peradilan desa pada umumnya terdapat pada hampir seluruh bentuk masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial dan geneologis, namun ditemukan peradilan adat pada masyarakat hukum adat teritorial maupun geneologis atau geneologis teritorial. Artinya peradilan adat dalam pengertian sebagai terjemahan *inheemsche rechtspraak* dalam Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 memiliki suasana dan latar belakang yang berbeda dengan *dorpjustitie* (peradilan desa) yang juga diakui keberadaannya. Walaupun berbeda latar belakang kedua peradilan tersebut, namun sama-sama merupakan peradilan yang mengadili perkara antara orang-orang pribumi, *inheemsche rechtspraak* bukanlah peradilan yang dilaksanakan oleh masyarakat hukum adat secara mandiri, melainkan suatu peradilan yang diadakan untuk golongan penduduk pribumi (Indonesia asli) sebagai konsekwensi dianutnya pluralisme sistem hukum berdasarkan penggolongan penduduk yaitu

---

<sup>21</sup> Hazairin, “Kata Pengantar “, dalam R. Soepomo, *Pertautan Peradilan Desa Kepada Peradilan Gubernemen*, terjemahan: Rasjad St. Suleman, Jakarta: Bhratara, 1972, hlm. 5, dalam I ketut Sudantra, *Ibid*, 2013.

1) penduduk golongan Eropa, 2) penduduk golongan Timur Asing dan 3) penduduk golongan pribumi, yang tunduk pada hukum masing-masing dan dikontrol oleh pemerintah Hindia Belanda berdasarkan sistem hukum Eropa. Namun sebagaimana dikatakan oleh Soepomo, *inheemsche rechtspraak* tidak lain dari pada sistem peradilan gubernemen yang disederhanakan dan agak merdeka dan indenpenden, dan tidak berlaku aturan-aturan pengadilan gubernemen yang lebih sukar pelaksanaannya dan sifatnya lebih formal administratif. Peradilan pribumi yang diakui dalam daerah-daerah yang diperintah langsung oleh Pemerintah Hindia Belanda, juga diatur oleh pemerintah dan pemerintah turut campur dalam hal itu secara sama seperti peradilan gubernemen biasa<sup>22</sup>. Berbeda dengan *inheemsche rechtspraak* yang diadakan oleh Pemerintah Hindia Belanda karena dianutnya politik pluralisme sistem hukum, keberadaan peradilan desa diakui sebagai penghormatan terhadap sistem hukum dan peradilan adat yang hidup dan berkembang dalam masyarakat hukum adat di Indonesia yang pluralistic.

Dari perkembangannya sebagaimana disebutkan dimuka kelima peradilan tersebut, maka yang terakhir dihapus adalah peradilan di daerah Irian Barat berdasarkan Undang-Undang Nomor 6 Prps Tahun 1966. Namun peradilan di zaman kolonial yang hingga sekarang masih dipertahankan dalam dunia peradilan adalah :<sup>23</sup>

- 1) Peradilan gubernemen, yang sekarang dikenal adalah pengadilan negeri,
- 2) Peradilan agama, yang sekarang dikenal adalah pengadilan agama,
- 3) Peradilan (perdamaian) desa, yang sekarang dikenal dengan peradilan adat.

Dari ketiga peradilan tersebut, yang kini sekarang memutus perkara berdasarkan hukum adat adalah pengadilan negeri dalam wujud peradilan dimuka pengadilan dan

---

<sup>22</sup> R. Soepomo, *Sistem Hukum di Indonesia Sebelum Perang Dunia Ke-II*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1972, hlm. 50-51.

<sup>23</sup> H. Hilman Hadikusuma, *Op Cit*, 1989, hlm. 37

peradilan adat desa dalam wujud penyelesaian secara damai di luar pengadilan secara non litigasi. Untuk pengadilan agama pada dasarnya hanya mengurus hal-hal menyangkut perkawinan dan perceraian bahkan sampai pada hal warisan kepada pengadilan agama tanpa mengenal batas kewenangan pengadilan yang ada.

Kemudian konsep peradilan adat yang dimaksudkan dalam Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 berbeda dengan konsep peradilan adat yang termuat dalam Undang-undang Nomor Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua. Artinya makna ketentuan dalam Pasal 51 terdiri dari 8 ayat antara lain ayat (1) Undang-Undang tersebut, bahwa “Peradilan adat adalah peradilan perdamaian di lingkungan masyarakat hukum adat, yang mempunyai kewenangan memeriksa dan mengadili sengketa perdata adat dan perkara pidana di antara para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan”. Kemudian lanjutan, pada ayat (2) ditegaskan bahwa “Pengadilan adat disusun menurut ketentuan hukum adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan;...memeriksa dan mengadili sengketa perdata adat dan perkara pidana...berdasarkan hukum adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan”. Dengan demikian, konsep peradilan adat yang dimaksudkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 lebih mendekati konsep peradilan desa, yaitu sistem peradilan yang diselenggarakan oleh hakim-hakim dalam masyarakat kecil-kecil (hakim desa) yang pada jaman Hindia Belanda diakui berdasarkan dalam Pasal 3<sup>a</sup> RO (*Reglement op de Rechterlijke Organisatie* (disingkat: *R.O*) dan hingga kini secara yuridis belum dihapuskan. Hal ini yang memberi ruang pengakuan sampai sekarang bagi peradilan desa yang sering disebut sebagai peradilan adat dalam pertimbangan teritorial masyarakat hukum adat tertentu.

Berdasarkan uraian di atas, penggunaan istilah “peradilan adat” dalam makna sebagai peradilan pribumi yang merupakan terjemahan *inheemsche rechtspraak*, sungguh tidak tepat

---

<sup>24</sup> H. Hilman Hadikusuma, Op Cit, 1989, hlm. 31

dan tidak relevan lagi, sebab peradilan khusus bagi penduduk asli Indonesia tidak diperlukan lagi karena tidak ada lagi perbedaan penggolongan penduduk berdasarkan keturunan yang tidak menimbulkan adanya dualisme sistem hukum atau pluralisme hukum. Di samping itu, peradilan adat sebagai terjemahan *inheemsche rechtspraak* secara yuridis sudah dihapus melalui Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951. Agar istilah “peradilan adat” tetap dapat digunakan tanpa menimbulkan kerancuan dengan istilah “peradilan adat” yang disebutkan dalam Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951, maka harus ada persamaan persepsi mengenai konsep peradilan adat dengan mengacu kepada konsep peradilan adat yang dianut dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001. Konsep peradilan adat didalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 dapat dijadikan acuan karena dapat mewakili konsep peradilan adat yang masih hidup dan dipraktekkan dalam masyarakat Indonesia yang pluralistik. Artinya konsep peradilan adat dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 adalah “sistem peradilan yang lahir, berkembang dan dipraktikkan secara oleh masyarakat hukum adat Papua yang plural termasuk masyarakat hukum adat Indonesia pada umumnya, dengan berdasarkan hukum adat dan budaya, di mana peradilan adat itu bukan merupakan bagian dari sistem peradilan negara dalam hal kelembagaan, kewenangan, dan putusan” tetapi tetap berada dalam satu yuridiksi wilayah hukum pemerintahan daerah.

Jadi, ruang lingkup batasan peradilan adat adalah sistem peradilan dalam masyarakat hukum adat, maka peradilan adat mempunyai landasan konstitusional yang diakui berdasarkan ketentuan dalam Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945. Seperti dikatakan oleh Mahfud MD, pengakuan terhadap kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat seperti yang dimaksudkan dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 juga mengandung makna sebagai pengakuan terhadap struktur dan tata pemerintahan yang dibentuk berdasarkan norma hukum

tata negara adat setempat<sup>25</sup>. Peradilan adat merupakan pranata atau perangkat hukum adat yang keberadaannya merupakan prasyarat bagi keberadaan masyarakat hukum adat setempat<sup>26</sup>, sehingga dalam politik hukum mendapat pengakuan dan penghormatan dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 menjadi kuat secara yuridis normatif maupun yuridis empiris.

Ditegaskan **konsep peradilan adat** yang digunakan dalam kajian ini, yaitu suatu sistem peradilan berdasarkan negara hukum Indonesia (sistem hukum dan politik hukum), serta budaya hukum dan hukum adat yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat hukum adat, baik secara **kelembagaan, kewenangan, dan putusan** untuk mengadili perkara-perkara adat antara warga dan bukan warga yang terjadi di lingkungan teritorial masyarakat hukum adat. Perkara-perkara adat yang diselesaikan oleh lembaga peradilan adat meliputi sengketa atau perkara yang sifatnya adalah pelanggaran hukum adat. Struktur, mekanisme, dan hukum yang digunakan oleh peradilan adat dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara adalah berdasarkan pada **noma-norma ideal dan prosedural hukum adat setempat sebagai dasar pelaksanaan sistem peradilan adat itu sendiri secara turun temurun**. Oleh karena itu, tidak wajar dirumuskan secara seragam mengenai struktur dan mekanisme peradilan adat yang hidup dalam masyarakat hukum adat yang jumlahnya ribuan di seluruh wilayah Indonesia Saban sampai Merauke dalam **bentuk unifikasi kelembagaan adat dan unifikasi hukum adat**. Lebih lanjut secara normatif disadari bahwa peradilan adat yang dimaksudkan di sini bukanlah bagian dari sistem peradilan Negara dan bukan pula kelanjutan atau bentuk baru dari peradilan adat sebagai terjemahan dari *inheemsche rechtspraak* yang dikenal pada jaman Pemerintahan Hindia Belanda dan telah dihapuskan melalui Undang-Undang Darurat

---

<sup>25</sup> Moh. Mahfud MD., "Revitalisasi Masyarakat Hukum Adat dalam Kerangka UUD 1945 Menyongsong Globalisasi", Makalah pada acara Seminar Awig-awig II dengan tema: 'Pemberdayaan Awig-awig Desa Pakraman di Bali dalam Mewujudkan Masyarakat Adat Yang Sejahtera', Bali: 30 September 2010, hlm 4-6.

<sup>26</sup> Lihat penjelasan Pasal 9 ayat (2) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan.

Nomor 1 Tahun 1951 yang berlaku secara unifikasi hukum. Artinya keberadaan peradilan adat dalam wilayah NKRI dewasa ini adalah suatu **fakta pluralisme hukum**<sup>27</sup> adalah **“kondisi di mana ada lebih dari satu tertib hukum yang berlaku di suatu wilayah sosial (*sosial field*),” yang belaku dan berinteraksi dan saling mengisi dan melengkapi dalam suatu wilayah (territorial) masyarakat hukum adat yang bersangkutan, di samping berlaku peradilan negara (formal) berdasarkan hukum negara”** dan berlaku juga sistem peradilan adat yang sumber pada hukum adat dalam penyelesaian perkara-perkara (kasus-kasus hukum) di lingkungan masyarakat hukum adat, bahkan berlaku pula sistem hukum agama dan/atau kebiasaan-kebiasaan lain yang dipedomani masyarakat hukum adat dalam hal praktek-praktek hukum bisnis, menjadi bagian dari potret ruang lingkup **situasi pluralisme hukum** dewasa ini.

**Kelembagaan, kewenangan, dan putusan suatu sistem peradilan adat** tidak dibayangkan seperti membayangkan struktur dan sistem peradilan negara yang mempunyai kantor dengan fasilitas-fasilitas infrastruktur yang serba lengkap dengan hakim-hakim dan staf administrasinya yang didanai, serta mekanisme formal yang baku. Sedangkan peradilan adat ada dalam ruang kehidupan masyarakat antara budaya dan hukum adat, sehingga penyelesaian kasus-kasus hukum kapan dan dimana saja dapat dilaksanakan oleh masyarakat hukum adat tanpa harus ada gedung kantor yang permanen. Artinya penyelesaian kasus-kasus hukum kapan dimana, sangat tergantung pada kesepakatan-kesepakatan yang dibuat masyarakat hukum adat yang bersangkutan berdasarkan asas teritorial hukum adat dengan “rapat adat”, “sidang adat”, dan/atau “rapat dipara-para adat”, terutama para pihak yang bersengketa atau berperkara. Sehingga tidak mudah peradilan adat suatu daerah dapat berlaku unifikasi

---

<sup>27</sup> John Griffiths, “What Is Legal Pluralism?”, dalam *Journal of Legal Pluralisme and Unofficial Law Number 24* (Published by the Foundation for the Journal of Legal Pluralism, 1986), hlm. 1.

peradilan diseluruh masyarakat hukum adat Indonesia. Alangka baiknya ada kajian mendalam oleh pemerintah dan dunia perguruan tinggi mencari model revitalisasi berkaitan dengan perbedaan dan persamaan pemberlakuan asas-asas atau norma-norma hukum adat menyangkut kelembagaan, kewenangan, putusan adat secara filosofis, sosiologis, dan yuridis untuk menjadi dasar kebijakan dibidang yudukatif dalam hal ini sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia untuk menjadi bagian pertimbangan hukum oleh hakim dalam penyelesaian kasus-kasus hukum di peradilan negara. Artinya peradilan adat sebagai suatu sistem menyangkut kelembagaan hukum pemerintahan adat (*legal structure*), hukum adatnya (*legal substance*), dan nilai-nilai budaya serta sikap masyarakat hukum adatnya (*legal culture*).

Secara normatif dilihat dari struktur peradilan adat (kelembagaan) yang seragam berlaku untuk seluruh peradilan adat yang ada di wilayah-wilayah masyarakat hukm adat di Indonesia (unifikasi peradilan adat), sangat berat untuk mempertimbangkan keberlakuan konsep unifikasi peradilan adat. Alasannya masing-masing masyarakat hukum adat dengan peradilan adat di Indonesia memiliki karakteristik penerapan norma-norma hukum adat dan budaya sebagai dasar pelaksanaan. Walaupun sistem hukum Indonesia adalah *civil law* dengan karakter “kodifikasi hukum dan unifikasi hukum”, dan pertimbangan Indonesia adalah negara kesatuan serta masyarakat hukum adat yang pluralistik dibutuhkan “kodifikasi dan unifikasi hukum”. Oleh karena itu sebagai opsi dalam sistem hukum dan politik hukum sangat tergantung kepada makna amanat ketentuan dalam Pasal 18, 18A ayat (1), 18B ayat (1) dan ayat (2), Pasal 24 ayat (3), dan Pasal 28I ayat (3) UUD NRI 1945 pengakuan konstitusi atas “Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi, kabupaten/kota berdasarkan Undang-Undang..., dan hubungan wewenang pemerintah pusat dan daerah provinsi,

kabupaten/kota..., serta “Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa dan mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang”, dan “Badan-badan lain yang berfungsi berkaitan dengan Kekuasaan Kehakiman diatur dengan Undang-Undang”. Artinya makna amanat konstitusi jelas memberikan pengakuan atas dasar filosofis, sosiologis, dan yuridis. Oleh karena itu peradilan adat yang bersumber pada sistem hukum adat tidak dikenakan pembedaan antara hukum publik (*publiek recht*) dan hukum privat (*privaatrecht*), sebagaimana yang berlaku pada hukum Barat yang bersifat tertulis dan kodifikasi hukum. Sedangkan bagi hukum adat, tiap-tiap pelanggaran hukum adat membutuhkan pembetulan hukum kembali dan hakim yang dilaksanakan oleh kepala-kepala adat memutuskan upaya adat (ada reaksi dan koreksi sosial) apa yang harus digunakan untuk membetulkan hukum yang dilanggar itu berdasarkan sistem hukum adat sebagai dasar pelaksanaan sistem peradilan adat. Artinya kewenangan peradilan adat menangani seluruh perkara adat yang terjadi di lingkungan masyarakat hukum adat, baik yang berupa pelanggaran hukum di bidang hukum pidana maupun perdata dilihat sebagai bagian dari satu pelanggaran adat yang dapat diselesaikan dengan **sanksi berupa “denda adat”** sebagai rasa keadilan sosial (keadilan kosmis/keseimbangan sosial dan hak asasi masyarakat adat), bukan keadilan dan kepastian hukum karena alat bukti, tetapi yang menjadi alat bukti adalah “hubungan komunikasi sosial antara warga dan institusi adat atau agaman”. Namun dalam perkembangannya masyarakat hukum adat dan peradilan adat setelah berinteraksi dengan hukum negara, sebagai konsekuensi dari

**akulturasi hukum** dan **dekulturasi hukum**, pada masyarakat hukum adat tertentu di Indonesia memberi sikap terhadap budaya kodifikasi hukum dan unifikasi hukum pidana kecuali hukum perdata untuk kemudian memaksa masyarakat hukum adat menggunakan peradilan negara untuk menyelesaikan perkara-perkara pidana. Sementara di bidang hukum perdata masyarakat hukum adat tetap tunduk kepada hukum adat sebagai dasar pelaksanaannya. Jadi masyarakat hukum adat menfungsikan peradilan adatnya hanya secara terbatas menangani perkara-perkara perdata, sedangkan perkara-perkara pidana menjadi urusan peradilan negara sebagai peradilan yang menerapkan hukum negara benteng terakhir terhadap warga negaranya.

Mengamati perkembangan realitas hukum, tidak semua peradilan adat pada masyarakat hukum adat di Indonesia yang masih hidup menyelesaikan perkara-perkara pidana maupun perdata dengan dasar “**denda**” sebagai sanksi final. Misalnya peradilan adat pada masyarakat hukum adat Papua terungkap bahwa sejumlah masyarakat hukum adat masih berusaha menyelesaikan perkara-perkara pidana dan perdata di para-para adat sebagai tempat peradilan adat berfungsi memberi rasa keadilan dan kepastian hukum, serta mengisi kekosongan hukum fungsi Kekuasaan Kehakiman bagi masyarakat hukum adat Papua.

Ada perkembangan yang perlu dicermati juga adalah peraturan perundang-undangan yang mengakui kewenangan peradilan adat untuk mengadili perkara-perkara antara warga kesatuan masyarakat hukum adat dengan orang luar kesatuan, yaitu Peraturan Daerah Khusus Papua Nomor 20 Tahun 2008 tentang Peradilan Adat, memberikan peluang bagi peradilan adat dapat menerima dan **mengurus perkara yang terjadi antara orang asli Papua dan bukan asli Papua jika ada kesepakatan di**

**antara para pihak.** Jadi, dalam hal perkara yang terjadi menyangkut pula orang luar suatu masyarakat hukum adat Papua maupun non Papua berlaku **situasi pluralisme hukum** dengan **ciri adanya pilihan hukum dan lembaga hukum, pihak mana yang terlibat menyelesaikan,** serta **waktu ditentukan,** apakah mendayagunakan peradilan adat atautkah peradilan negara atau hakim adat atau hakim negara sangat tergantung kepada kesepakatan pihak yang berperkara untuk mencari keadilan.<sup>28</sup> Bila dikemudian hari menimbulkan ancaman terjadinya konflik berkepanjangan, biasanya tua-tua adat akan menyerahkan penyelesaiannya ke aparat penegak hukum untuk menangani perkara adat. Artinya pendekatan ini dipandang sebagai tindakan yang rasional dengan mengakui keterbatasan masyarakat hukum adat untuk mengontrol perilaku anggota dengan penerapan hukum adat atas pelanggaran-pelanggaran adat antar warga dan bukan warga serta warga yang bukan orang Papua.

Dibagian lain misalnya di Bali, menurut Peraturan Daerah tentang Desa Pakraman (desa adat), desa adat hanya berwenang menyelesaikan sengketa adat dan agama, tetapi dalam kenyataan desa juga menyelesaikan perkara-perkara adat yang berupa pelanggaran hukum. Dalam kesatuan masyarakat hukum adat desa pakraman di Bali, masalah-masalah hukum yang terjadi dapat meliputi (1) perkara-perkara yang murni merupakan perkara adat dan tidak adat bandingnya dalam hukum Negara; (2) perkara-perkara campuran antara perkara adat yang juga sekaligus pelanggaran hukum Negara; dan (2) perkara yang murni non-adat. Peradilan adat hanya berwenang

---

<sup>28</sup> Kelembagaan dan kewenangan peradilan adat di Papua untuk menyelesaikan perkara perdata maupun pidana diakui oleh undang-undang, yaitu Undang-undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua. Pasal 51 undang-undang tersebut menyatakan bahwa: "Peradilan adat adalah peradilan perdamaian di lingkungan masyarakat Hukum adat, yang mempunyai kewenangan memeriksa dan mengadili sengketa perdata adat dan perkara pidana di antara para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

menyelesaikan perkara-perkara adat, sedangkan bagian-bagian non-adat menjadi wewenang peradilan Negara,<sup>29</sup> sebagai benten terakhir mempertanggungjawabkan setiap warga negaranya yang melannggar hukum materil maupun hukum formil.

Peradilan adat atau disebut peradilan desa (*dorpsjustitie*) adalah peradilan yang dilaksanakan oleh Hakim Desa atau di sebut Hakim Adat, baik dalam lingkungan peradilan gubernemen, peradilan pribumi atau peradilan swapraja di luar Jawa-Madura. Secara historis sesungguhnya peradilan adat sudah lama berlaku dalam kehidupan masyarakat pedesaan (kampung) yang disebut peradilan padu. Demikian peradilan desa adalah peradilan adat yang dilaksanakan oleh para Hakim Desa, baik menurut struktur masyarakat adat territorial atau genealogis (patrilinial, matrilineal, parental). Pada umumnya peradilan desa ini menyelesaikan perkara-perkara kecil yang merupakan urusan adapt atau urusan desa, seperti perselisihan tanah, pengairan, perkawinan, mas kawin, perceraian, kedudukan adapt dll, yang timbul dari masyarakat adapt bersangkutan.

Para Hakim Desa tidak boleh menjatuhkan hukuman (sebagaimana diatur dalam K.U.H.Pidana), dan apabila para pihak yang berselisih tidak puas dengan keputusan hakim desa, maka ia dapat mengajukan perkaranya kepada hakim gubernemen. Organisasi peradilan desa tidak diatur dalam perundangan, tetapi terserah kepada setempat, menurut tata-tertib yang lazim di daerah masing-masing. Daerah-daerah di mana terdapat peradilan desa dalam lingkungan gubernemen adalah di daerah Tapanuli Selatan (Mandaling), Sumatera barat (Minangkabau), Lampung, Bangka Belitung, Kalimantan Selatan, Minahasa, Ambon dan Jawa.

Dengan penjelasan di atas, maka secara filosofis, sosiologis, dan yuridis direduksi kedalam rumusan Pasal 50 ayat (2) bahwa “Di samping kekuasaan kehakiman sebagaimana

---

<sup>29</sup> I Ketut Sudantra, Ringkasan Disertasi ... Op Cit, 2013, hlm. 27

dimaksud pada ayat (1), diakui adanya peradilan adat di dalam masyarakat hukum adat tertentu”, dan dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua, tertulis peradilan adat adalah peradilan perdamaian dilingkungan masyarakat hukum adat, yang mempunyai kewenangan memeriksa dan mengadili sengketa perdata adat dan pidana adat di antara para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

### **C. Konsep Pengakuan Peradilan Adat**

Pada hakikatnya konsep pengakuan politik hukum terhadap peradilan adat tidak lepas dari pengakuan suatu sistem hukum Negara sebagai hukum positif terhadap masyarakat atau warga negaranya termasuk didalamnya masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya, seperti yang ditegaskan dalam Pasal 18 ayat (5) dan ayat (6) UUD NRI 1945 (setelah amandemen). Ayat (5) “Pemerintah daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat”; ayat (6) “Pemerintah daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lain untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan”. Pasal 18A ayat (1) UUD NRI 1945. Ayat (1) “Hubungan wewenang antara pemerintah pusat dan pemerintahan daerah provinsi, kabupaten, dan kota, atau antara provinsi dan kabupaten dan kota, diatur dengan Undang-undang dengan memperhatikan kekhususan dan keragaman daerah”. Pasal 18B ayat (1) dan ayat (2), UUD NRI 1945. Ayat (1) “Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang”, dan Ayat (2) bahwa “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya yang diatur dalam Undang-Undang.” Pasal 24 ayat (3) UUD NRI 1945 “Badan-badan lain yang fungsinya

berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang”. Pasal 28 ayat (3) UUD NRI 1945 “ Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.”

Walaupun dalam UUD NRI 1945 (amandemen) tidak ditemukan ketentuan secara outentik mengenai frasa “Negara mengakui peradilan adat”. Sedangkan pada beberapa undang-undang yang juga menyebutkan frasa “negara mengakui..” tidak memberikan penjelasan terhadap istilah tersebut, di dalam penjelasan umum maupun penjelasan pasal-pasalny. Misalnya dalam Undang-undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia juga ditemukan frasa negara mengakui” dikaitkan dengan pengakuan Negara terhadap hak asasi manusia. Ketentuan dalam Pasal 2 Undang-Undang tersebut menyatakan bahwa “ Negara Republik Indonesia mengakui dan menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kebebasan dasar manusia sebagai hak yang secara kodrati melekat pada dan tidak terpisahkan dari manusia, yang harus dilindungi, dihormati, dan ditegakkan demi peningkatan martabat kemanusiaan, kesejahteraan, kebahagiaan, dan kecerdasan serta keadilan”. Oleh karena itu, Karena tidak ada penafsiran resmi yang ditemukan dalam peraturan perundang-undangan, maka penafsiran hukum secara gramatikal<sup>30</sup> dapat digunakan untuk mendapatkan pemahaman awal terhadap frasa tersebut. Dalam bahasa Indonesia, kata “pengakuan” berarti suatu proses, cara, perbuatan mengaku atau mengakui, sedangkan kata “mengakui” berarti menyatakan sah (benar, berlaku); menyatakan berhak.<sup>31</sup> Kemudian sebagai istilah teknis hukum, *Black’s Law Dictionary* memberikan pengertian “pengakuan” sebagai

---

<sup>30</sup> Perafsiran gramatikal maksudnya menafsirkan undang-undang menurut arti perkaraan (istilah): Lihat: Yudha Bhakti Ardhiwisastra, Penafsiran dan Konstruksi Hukum, (Bandung: Alumni, 2000), hlm. 9, dalam I Ketut Sudantra, Op Cit, hlm. 29.

<sup>31</sup> Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, Kamus..., op.cit, hlm. 23-24, dalam I Ketut Sudantra, hlm. 30.

pengesahan formal bahwa seseorang, suatu entitas atau benda memiliki status khusus.<sup>32</sup> Menurut H.L.A. Hart menyebutnya dengan istilah “*Legal recognition*” (pengakuan hukum).<sup>33</sup> Menurut Latif Fariqun, konsep pengakuan mengandung pengertian sebagai “pernyataan penerimaan dan pemberian status keabsahan oleh negara terhadap eksistensi hukum dan hak-hak warga negara baik sebagai perorangan maupun kesatuan masyarakat sebagai perwujudan kewajiban konstitutif dan negara untuk menghormati, melindungi, dan memenuhi hak asasi warga negara, sebagaimana amanat Undang-Undang hak asasi manusia (HAM) dan pengakuan politik hukum negara terhadap hukum adat dan keberadaan peradilan adat.

Lebih lanjut Mahfud, pengakuan terhadap masyarakat hukum adat mengandung empat konsekuensi, yaitu sebagai berikut : *Pertama*, suatu kesatuan masyarakat, diakui sebagai kesatuan masyarakat hukum sehingga dapat bertindak sebagai subyek hukum yang berbeda dengan individu-individu anggotanya. Status ini menempatkan kesatuan masyarakat hukum adat sebagai subyek hukum yang sejajar dengan subyek hukum lain, baik orang maupun badan hukum. *Kedua*, terhadap kesatuan masyarakat hukum adat dapat dilekatkan hak dan kewajiban, serta dapat melakukan tindakan hukum sebagai satu kesatuan. *Ketiga*, pada saat terdapat pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat, maka dengan sendirinya Negara mengakui sistem hukum yang membentuk dan kesatuan masyarakat itu sebagai kesatuan masyarakat hukum. Hal ini berarti meliputi pengakuan Negara terhadap eksistensi hukum adat yang dibentuk, berkembang dan berlaku pada masyarakat tersebut. Konsekuensinya hukum adat ditempatkan sebagai bagian dari sistem hukum nasional yang harus dibina dan ditegakkan dalam kehidupan

---

<sup>32</sup> Bryan A. Garner, eds., *Black's Law Dictionary*, Seventg Edition, (St. Paul, Minn: West Gop, 1999), dalam I Ketut Sudantra, hlm. 31.

<sup>33</sup> HLA. Ha. *The Concept of Law*, (Oxford University Press, 1961), hlm. 47.

masyarakat hukum adat itu sendiri. *Keempat*, pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat juga dengan sendirinya berarti pengakuan terhadap struktur dan tata pemerintahan yang dibentuk berdasarkan norma-norma ideal dan norma-norma prosedural dalam hukum adat sebagai dasar pelaksanaan terutama dalam bidang hukum tatanegaraan adat yang lebih populer dengan penyebutan hukum pemerintahan adat,<sup>34</sup> yang merupakan salah satu ciri kedaulatan masyarakat hukum adat memiliki pranata hukum adat. Adapun unsur-unsur pengakuan politik hukum negara sebagaimana dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 tersebut di atas, terhadap kesatuan masyarakat hukum adat, dapat disebutkan sebagai berikut :

- a. Pengakuan kesatuan masyarakat hukum adat merupakan kewenangan Negara yang meliputi pemerintah pusat dan pemerintah daerah;
- b. Pengakuan kesatuan masyarakat hukum adat adalah pemberian status hukum hukum Negara, yang mencakup penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan hak-hak kesatuan masyarakat hukum adat sebagai hak asasi manusia;
- c. Pengakuan kesatuan masyarakat hukum adat mencakup: (1) pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum; (2) pengakuan terhadap struktur dan tata pemerintahan adat; (3) pengakuan terhadap hukum adat dan (4) pengakuan terhadap hak-hak atas harta benda adat, termasuk hak ulayat atas tanah.<sup>35</sup>

Dari uraian di atas, dapat dijelaskan bahwa hakikat pengakuan politik hukum Negara terhadap masyarakat hukum adat dan peradilan adat sangat ideal dari aspek filosofis, sosiologis, dan yuris berdasarkan UUD 1945. Hanya saja untuk pengakuan peradilan ke depan secara yuridis, alangka baiknya ada sistem pengawasan oleh pihak eksekutif dan legislatif sebagai aktor-aktor pencetus kebijakan dalam bentuk regulasi melahirkan peraturan perundang-undangan di bawah UUD 1945 secara otonom dan

---

<sup>34</sup> Moh. Mahfud MD., “*Revitalisasi Masyarakat Hukum Adat dalam Kerangka UUD 1945 Menyongsong Globalisasi*”. Makalah pada acara Seminar Awing-Awing II dengan tema : Pemberdayaan Desa Prakaman di Bali dalam Mewujudkan Masyarakat Adat yang sejahtera”, Bali, 30 September 2010, hlm. 6.

<sup>35</sup> Gede Marhaendra Wija Atmaja, “Politik Pluralisme Hukum dalam Pengakuan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dengan Peraturan Daerah, Disertasi, peraturan daerah, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya, 2012, hlm, 102-103.

responsif melalui kebijakan desentralisasi dibidang yudikati terhadap kelembagaan, kewenangan, dan putusan peradilan adat, menjadi bagian dari sistem politik hukum Kekuasaan Kehakiman. Walaupun dalam Pasal 51 ayat (1) sampai dengan ayat (8) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua, hanya mengakui keberadaan kelembagaan, kewenangan, dan putusan peradilan adat secara terbatas berlaku dalam wilayah pemerintahan otonomi khusus Papua. Peradilan adat adalah sistem peradilan yang lahir, berkembang dan dipraktikkan oleh masyarakat hukum adat dengan berdasarkan hukum adat sebagai dasar pelaksanaan sistem Peradilan Adat, di mana peradilan itu bukan merupakan bagian dari sistem peradilan negara. Oleh karena keberadaan peradilan adat adalah bagian tak terpisahkan dari struktur kelembagaan masyarakat hukum adat yang masih hidup. Dapat dikatakan bahwa hidup atau matinya suatu kesatuan masyarakat hukum adat ditentukan oleh indikator masih hidup atau tidaknya peradilan adat dalam suatu masyarakat. Pernyataan ini secara legal dapat dikonfirmasi kepada peraturan perundang-undangan RI, antara lain Undang-undang Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan. Dalam penjelasan terhadap Pasal 9 ayat (2) undang-undang tersebut dinyatakan sebagai berikut :

Masyarakat hukum adat yang menurut kenyataannya masih ada, jika memenuhi unsur : 1) masyarakat masih dalam bentuk paguyuban (*rechtsgemeinschaft*); 2) ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adat; 3) ada wilayah hukum adat yang jelas; 4) ada pranata dan perangkat hukum, khususnya peradilan adat yang masih ditaati; dan ada pengukuhan dengan peraturan daerah. Pengakuan terhadap peradilan adat pada hakikatnya mengarah kepada pengertian pengakuan politik hukum negara terhadap keberadaan peradilan adat yang direvitalisasi dalam bentuk hukum negara (undang-

undang) yang menunjukkan bahwa politik hukum negara telah mengakui, menyatakan sah/benar keberadaan peradilan adat sebagai sistem peradilan yang lahir, berkembang dan dipraktikkan oleh masyarakat hukum adat, dengan berdasarkan hukum adat, di mana peradilan itu bukan merupakan bagian dari sistem peradilan negara. pengakuan peradilan adat sebagai status sistem peradilan maksudnya bahwa yang diakui adalah sistemnya, yang meliputi kelembagaannya struktur hukum (*legal structure*), aturan-aturan hukum (*legal substance*), serta nilai-nilai, gagasan-gagasan, harapan-harapan, atau sikap-sikap kelompok masyarakat pengembannya budaya, khususnya budaya hukum (*legal culture*).<sup>36</sup> Dengan begitu, pengakuan terhadap peradilan adat meliputi pengakuan terhadap kelembagaannya, materi hukumnya, termasuk keputusan-keputusannya, serta meliputi pula kelompok masyarakat pengembannya peradilan adat itu sendiri, yang mempunyai nilai-nilai serta sikap-sikap terhadap peradilan adat itu sendiri.

Hakikat pengakuan secara politik hukum keberadaan **kelembagaan, kewenangan, dan putusan peradilan adat**, membawa konsekuensi bahwa peradilan adat ditempatkan sebagai bagian dari sistem politik hukum yang harus dibina, dilindungi dan ditegakkan hak-hak kekuasaannya menyangkut kewenangan yuridis. Artinya dengan begitu, negara juga mengakui keputusan-keputusan dan peradilan adat yang dikeluarkan dalam kerangka penyelesaian perkara adat, sepanjang sesuai dengan perkembangan masyarakat atau masyarakat hukum adat. Hakikat pengakuan politik hukum terhadap peradilan adat tidak boleh lepas dari pengakuan terhadap hak-hak masyarakat hukum adat sesuai konstruksi Pasal 18B ayat (2), dan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945, sehingga

---

<sup>36</sup> M. Friedman mengemukakan bahwa setiap sistem hukum mencakup bidang yang luas, meliputi - *structure, substance, dan legal culture*. Tentu saja hal ini juga berlaku dengan system hukum peradilan adat. Lihat: Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Sosial Science Perspective*,(New York: Rusell Sage Foundation, 1975), hlm. 16.

diletakkan juga persyaratan-persyaratan yang sama dengan persyaratan pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat. Syarat-syarat tersebut adalah: (1) sepanjang masih hidup; (2) sesuai dengan perkembangan masyarakat; (3) sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, serta (4) diatur dalam undang-undang. Pasal 18A ayat (1) UUD NRI 1945 “meletakkan dasar desentralisasi hubungan wewenang antara pemerintah pusat dan pemerintahan daerah provinsi, kabupaten, dan kota, ... “. Dalam Pasal 24 ayat (3) UUD NRI 1945 dimaknai sebagai dasar kebijakan desentralisasi dalam hubungannya dengan tugas otonomi dan tugas pembantuan bagi pembuat kebijakan (regulasi) pemerintahan daerah dibidang yudikatif untuk melaksanakan fungsi Kekuasaan Kehakiman.

#### **D. Masyarakat Hukum Adat**

Masyarakat adat dilihat sebagai warga masyarakat adat yang hidup dalam wilayah dan terikat serta tunduk kepada adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi deng diantara para anggotanya. Kaitan dengan itu, sering disamakan dengan istilah masyarakat hukum adat. Beberapa pakar membedakan penggunaan istilah tersebut, yang tentunya pendefinisian ini dipengaruhi oleh pandangan dan latar belakang mereka. Istilah “masyarakat adat” merupakan terjemahan dari kata *indigenous peoples* (Bahasa Inggris), yang dibedakan dengan istilah masyarakat hukum yang merupakan terjemahan dari istilah *rechtgemencshap* (Bahasa Belanda). Penggunaan istilah *indigenous peoples* atau masyarakat adat dewasa ini banyak digunakan oleh para aktivis organisasi non-pemerintahan (Ornop) dan organisasi masyarakat adat. Pertimbangan menggunakan istilah masyarakat adat dianggap lebih luas maknanya bila dibandingkan dengan istilah masyarakat hukum adat yang akhirnya hanya akan

mempersempit entitas masyarakat adat, yaitu sebatas entitas hukum. Masyarakat adat sangat erat terkait dengan dimensi Kultural, religi dan sebagainya.

Istilah masyarakat adat dan istilah masyarakat hukum adat memiliki sejarah dan pemaknaan yang berbeda. Istilah masyarakat hukum adat dilahirkan dan digunakan oleh pakar hukum adat, yang lebih banyak difungsikan untuk keperluan teoritik-akademis. Istilah tersebut digunakan untuk memberi identitas kepada golongan pribumi yang memiliki system dan tradisi hukum sendiri, untuk membedakannya dengan golongan Eropa dan Timur Jauh yang memiliki system dan tradisi hukum tertulis. Sejak tahun 1990-an penggunaan istilah masyarakat adat mencuat ke permukaan bersamaan dengan tuntutan dalam memperjuangkan pengakuan hak-hak masyarakat adat oleh aktivis organisasi non-pemerintah. Penggunaan istilah tersebut makin diminati banyak kalangan sejak era reformasi di Indonesia.

Di Indonesia istilah *indigenous peoples* tidak diterjemahkan menjadi “masyarakat asli”, melainkan menjadi “masyarakat adat”. Penggunaan istilah masyarakat asli dapat melahirkan polemic yang tajam bahkan mungkin menjadi sumber konflik. Sedangkan penggunaan istilah masyarakat adat, dari segi pemakaian, dianggap lebih populer. Kendati istilah *indigenous peoples* diterjemahkan dengan istilah masyarakat adat, namun definisi masyarakat adat sangat mirip dengan definisi umum mengenai *indigenous peoples*. Dalam kongres Masyarakat Adat Nusantara I yang diselenggarakan pada bulan Maret 1999, disepakati bahwa masyarakat adat adalah kelompok masyarakat yang memiliki asal usul leluhur (secara turun-temurun) di wilayah geografis tertentu, serta memiliki system nilai, ideology, ekonomi, politik, budaya, social dan wilayah sendiri. Sedangkan konvensi ILO 169 Tahun 1989 mengenai Bangsa Pribumi dan Masyarakat Adat di Negara-Negara Merdeka (*Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent States*) mengartikan *indigenous*

*peoples* sebagai suku-suku bangsa yang berdiam di Negara merdeka yang kondisi social, budaya, dan ekonominya berbeda dengan kelompok masyarakat yang lain. Atau suku-suku bangsa yang telah mendiami sebuah Negara sejak masa kolonisasi yang memiliki kelembagaan ekonomi, budaya dan politik sendiri.

Perbedaan pemaknaan terminology tersebut juga terjadi pada penggunaan istilah “masyarakat hukum” dan “masyarakat hukum adat” yang secara khusus kedua istilah memang pengertiannya berbeda. Kusumadi Pujosewojo mengartikan masyarakat hukum sebagai suatu masyarakat yang menetapkan, terikat dan tunduk pada tata hukumnya sendiri. Sedangkan masyarakat hukum adat adalah masyarakat yang timbul secara spontan diwilayah tertentu, berdirinya tidak ditetapkan atau diperhatikan oleh penguasa yang lebih tinggi atau penguasa lainnya, dengan rasa solidaritas sangat besar di antara anggota, memandang bukan anggota masyarakat sebagai orang luar dan menggunakan wilayahnya sebagai sumber kekayaan yang hanya dapat dimanfaatkan sepenuhnya oleh anggotanya. “Terjemahan bebas kelompok-kelompok teratur yang sifatnya ajeg dengan pemerintahan sendiri yang memiliki benda-benda materil maupun inmateril”.<sup>37</sup>

Pembedaan pengertian istilah “masyarakat hukum adat” dengan “masyarakat hukum pada umumnya” dapat disimpulkan sebagai berikut :

- 1) Dalam masyarakat hukum adat terdapat penguasa yang berfungsi memutuskan suatu perbuatan yang dilakukan masyarakatnya, apakah merupakan suatu perbuatan hukum, memutuskan sengketa antara anggota berdasarkan adat, kebiasaan, yang oleh kelompok tersebut dianggap patut atau pantas.

---

<sup>37</sup> Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia* (Cetakan ke 5) RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 93.

- 2) Beberapa orang dalam masyarakat hukum adat melakukan suatu perbuatan, dan seluruh anggota masyarakat hukum adat itu akan mendapatkan keuntungan atau menderita kerugian.
- 3) Pada masyarakat hukum adat terdapat barang-barang, tanah, air, tanaman-tanaman, kuil serta gedung-gedung yang terus dipelihara dan pertahankan kelestariannya bersama demi menjaga kepercayaan yang diyakini.
- 4) Hanya anggota-anggota masyarakat hukum adat yang bersangkutan dapat memperoleh manfaat dari harta kekayaan mereka, dan bagi orang asing dapat memanfaatkan setelah mendapat persetujuan dengan memberikan sesuatu kepada masyarakat hukum adat.
- 5) Adanya masyarakat hukum adat dirasakan oleh para anggotanya sebagai suatu keharusan alam, suatu kenyataan meta-yuridis sehingga masyarakat hukum adat yang demikian itu tidak mungkin didirikan atau diadakan oleh suatu instansi yang lebih tinggi, didirikan atau dibubarkan oleh orang luar, diadakan oleh undang-undang atau peraturan lain, jadi masyarakat hukum adat itu timbul secara spontan.
- 6) Pada suatu masyarakat hukum adat tidak akan terdapat suatu pikiran akan kemungkinan membubarkan masyarakat hukum adat itu.
- 7) Dalam masyarakat hukum adat terdapat tata susunan masyarakat yang merupakan sifat-sifat dari masyarakat itu yakni dari lapisan-lapisan yang terdiri atas beberapa orang atau sekelompok kecil yang mempunyai prioritas, kelebihan atau kewibawaan terhadap anggota-anggota lain.

- 8) Mempunyai persekutuan sebagai kelompok masyarakat yang teratur, bersifat tetap, mempunyai kekuasaan sendiri, kekayaan sendiri baik yang terlihat maupun yang tidak terlihat.

### **E. *The Living Law* (Hukum Yang hidup)**

Secara konseptual **Friedrich Carl von Savigny** melihat hukum sebagai fenomena histories, sehingga keberadaan setiap hukum adalah berbeda, bergantung kepada tempat dan waktu berlakunya hukum. Hukum harus dipandang sebagai **penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa (*volksgeist*)**. Asumsi yang digunakan **von Savigny** terhadap pernyataan tersebut adalah sebagai berikut:

- 1) Ada keterkaitan antara sejarah dengan hukum, sehingga hukum bukanlah disusun atau diciptakan oleh orang, hukum tumbuh dan berkembang bersama-sama dengan rakyat, namun perkembangan hukum itu sendiri pada dasarnya adalah diluar kesadaran dan merupakan proses yang organis.
- 2) Hukum berkembang dari pandangan yang sederhana, dipahami sebagai hubungan hukum dalam masyarakat primitive, berkembang menjadi hukum yang kompleks dalam peradaban modern. Kesadaran masyarakat ini tidak dapat dimanifestasikan para ahli hukum yang memformulasikan prinsip-prinsip hukum secara teknis. Para ahli hukum ini hanya merupakan organ dai kesadaran hukum masyarakat, yang terbatas pada tugasnya untuk menangkap bahan-bahan hukum mentah yang mereka temukan dalam masyarakat.
- 3) Hukum-hukum tidak memiliki validitas dan atau tidak dapat diterapkan secara universal, karena setiap masyarakat tekah membangun hukumnya sendiri, tata kramanya, adat istiadatnya dan bahasanya sendiri. Dengan demikian, satu-satunya sumber hukum adalah kesadaran hukum masyarakat yang diwujudkan baik dalam

hukum kebiasaan maupun undang-undang, antara keduanya adalah sederajat, karena hakikat Undang-Undang adalah kebiasaan yang diformalkan.

**Konsep hukum yang hidup di dalam jiwa masyarakat** (*volksgeist*) dari **Friedrich Carl von Savigny**, dipertegas oleh pengagas sosiologi hukum **Eugene Ehrlich** yang menyebutkan dengan fakta-fakta hukum (*fact of law*) dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law of people*). Untuk itu, **teori living law** dari **Eugene Ehrlich** menyatakan bahwa **dalam setiap masyarakat terdapat aturan-aturan hukum yang hidup (*living law*)**. Semua hukum dianggap sebagai hukum sosial, dalam arti bahwa semua hubungan hukum ditandai oleh factor-faktor social-ekonomi. Kenyataan hukum social yang melahirkan hukum, termasuk dunia pengalaman manusia, dan dengan demikian ditanggapi sebagai ide normatif. Terdapat empat jalan agar kenyataan-kenyataan yang anormatif menjadi normatif yakni : 1) Kebiasaan; 2) Kekuasaan efektif; 3) Milik efektif, dan 4) Pernyataan kehendak pribadi.

Kenyataan sosial lebih dilihat dari aspek ekonomi, dimana ekonomi merupakan basis seluruh kehidupan manusia, maka ekonomi bersifat menentukan bagi aturan kehidupan. Dari kebutuhan ekonomi, manusia menjadi sadar, lalu timbul hukum secara langsung, itulah hukum yang hidup (*living law*), sebab hukum tidak merupakan suatu aturan di atas anggota-anggota masyarakat, melainkan diwujudkan dan diungkapkan dalam kelakuan mereka sendiri.

Dalam rangka penempatan hukum adat dibawah hukum Negara, **Achmad Sodiki** berpendapat bahwa ada dua jenis hukum adat, yakni :

- 1) Hukum adat yang identik dengan hukum agrarian yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa dengan persyaratan sebagaimana disebut dalam Pasal 5 UUPA, dan

2) Hukum adat yang berlaku pada masyarakat-masyarakat hukum adat termasuk hak ulayat dan hak-hak yang serupa sepanjang menurut kenyataannya masih ada yang tidak berlaku pada masyarakat hukum adat yang lain. Secara politis hukum adat yang pertama berupa segala ketentuan hukum tertulis yang terbilang dalam pengertian *state law*, karena sekalipun hal itu dinyatakan sebagai hukum adat, tetapi jelas merupakan produk *legislative*, yang lebih nampak sebagai *the commands of the sovereign*. Hal yang kedua merupakan jenis hukum adat yang merupakan produk masyarakat yang bersangkutan berdasarkan kesadaran hukumnya. Hukum adat demikian dan kepentingan hukum warga masyarakat.

Jadi, *the living law* yang mendominasi kehidupan masyarakat, meskipun "*the living law*" itu tidak selalu diubah menjadi formal, ke dalam proposisi-proposisi legal. "*The living law*" mencerminkan nilai-nilai dari masyarakatnya. Tertib dalam dari kehidupan masyarakat adalah "pola-pola kultur" yang tidak pernah statis. Nilai-nilai berubah, sikap-sikap tentang perbuatan yang salah, berbeda dari waktu ke waktu, konsep-konsep tentang apa yang ditentukan sebagai tindak kriminal, berubah dari tahun ke tahun.

*The living law* dapat diketahui, hanya dari suatu pengujian terhadap putusan-putusan pengadilan, suatu investigasi tertutup tentang isi dari dokumen-dokumen bisnis, dan lain-lain, dan di atas dari semua itu, "*the living law*" dapat diketahui dari observasi terhadap orang-orang. Hukum terdiri dari aturan-aturan tentang perilaku yang diikuti di dalam kehidupan setiap hari, kebiasaan-kebiasaan praktis yang menyebabkan dan mempertahankan tertib dalam dari asosiasi-asosiasi, keluarga, komunitas pedesaan, korporasi, asosiasi bisnis, asosiasi profesi, klub, sekolah atau pabrik, dan lain-lain, inilah "*the living law*". Pendapat Ehrlich

mengenai “*the living law*” merupakan aturan-aturan yang digunakan didalam hubungan-hubungan kehidupan yang sedang berlangsung.

Dari deskripsi di atas, dapat diketahui bahwa “*the living law*” adalah hukum yang hidup dan sedang aktual dalam suatu masyarakat, sehingga tidak membutuhkan upaya reaktualisasi lagi. “*The living law*” bukan sesuatu yang statis, tetapi terus berubah dari waktu ke waktu. “*The living law*” adalah hukum yang hidup di dalam masyarakat, bias tidak tertulis bias juga tertulis. Demikian pula “*the living law*” bias berwujud hukum adat (yang tidak tertulis), bias juga hukum kebiasaan modern (yang tidak tertulis) yang berasal dari Barat maupun hukum Islam di bidang-bidang hukum tertentu. Oleh karena itu, dalam kaitannya dengan “*the living law*” pada masyarakat Indonesia, maka menurut **Achmad Ali**,<sup>38</sup> “*the living law*” yang merupakan aturan-aturan hukum yang aktual hidup di dalam realitas kehidupan hukum masyarakat, sudah lebih banyak berasal dari hukum Barat modern dan hukum Islam ketimbang hukum adat yang tersisa sangat sedikit, itu pun terbatas di bidang hukum tertentu saja dan semakin termarginalkan, contohnya “hal ulayat” yang merupakan hak masyarakat hukum adat.

Nilai-nilai Islam malah mungkin menjadi semakin penting bagi masyarakat Indonesia yang memang mayoritas muslim. Memang benar secara konstitusional dalam (Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28 I ayat (3) UUD 1945) mengakui hak masyarakat adat tradisional dan identitas budaya, tetapi dengan syarat ; a) sepanjang masih hidup; b) sepanjang sesuai dengan perkembangan masyarakat, zaman dan peradaban; dan c) sepanjang sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia dan sepanjang diatur oleh undang-undang.

---

<sup>38</sup> Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legis Prudence)*, Vol. 1 Pemahaman Awal, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 216-217.

## F. Landasan Teori dan Kerangka Pikir

### 1. Teori Negara Hukum

Secara normatif awal istilah negara hukum populer sejak abad ke-19, oleh Plato dan Aristoteles sebelum masehi. Pandangan Plato dengan ide negara hukum yang disebut *nomoi*, di mana dalam suatu negara semua orang harus tunduk kepada hukum termasuk penguasa atau raja, agar mereka tidak bertindak sewenang-wenang. Kemudian ide negara hukum Plato itu dikembangkan oleh Aristoteles dengan menyatakan, sumber kekuasaan tertinggi (*suprem*) ialah hukum dan bukan manusia. Aristoteles meletakkan supremasi hukum sebagai kekuasaan tertinggi. Alasan Aristoteles menempatkan hukum sebagai sumber kekuasaan tertinggi, karena betapapun arifnya manusia sebagai penguasa manusia tidak mungkin dapat menggantikan hukum. Karenanya barang siapa memberi tempat bagi manusia untuk memerintah berarti memberi tempat bagi binatang buas, sebab bagaimanapun kebijaksanaan manusia, ia tetap memiliki keinginan dan nafsu. Sebaliknya, barang siapa memberi tempat bagi hukum untuk memerintah berarti memberi tempat bagi dewa dan akal serta kecerdasan.

Selanjutnya Aristoteles menyatakan, suatu pemerintahan atau penguasa baru akan terarah bagi kepentingan, kebaikan dan kesejahteraan umum, apabila hukum dijadikan sumber kekuasaan. Pemerintahan yang baik terletak pada pengakuan para penguasanya terhadap supremasi hukum dan pengakuan itu terjelma dalam Penyelenggaraan pemerintah. Untuk terjelmanya manusia yang bersikap adil, manusia harus dididik menjadi warga yang baik dan bersusila. Ide negara hukum Aristoteles menekankan pada hukum yang substansinya ialah "keadilan", yaitu hukum sebagai *ius*, *iustitia*, *recht* atau *right*, artinya hukum yang mengandung prinsip-prinsip atau asas-asas yang berintikan "keadilan". Jadi hukum pertama-tama berarti adil atau hukum karena adil (*ius quia iustum*). Penekanan

hukum sebagai keadilan sangat penting guna membedakannya dari undangundang (*wet/lex/law*). Sebab keadilanlah yang seharusnya memerintah dan terjelma dalam kehidupan pemerintahan.

Sebelum konsep negara hukum populer pada abad ke-19, suasana kehidupan ke-negaraan ketika itu ditandai dan didominasi kekuasaan mutlak (*absolute*) oleh para raja sebagai penguasa. Akibat terpusatnya kekuasaan pada Raja, banyak terjadi pelanggaran dan penindasan terhadap hak-hak asasi manusia. Raja sering menggunakan kekuasaannya dengan sewenang-wenang dan tanpa batas, bahkan di Italia *Machia velli* (1469-1527) menganjurkan agar Raja menerapkan absolutisme dalam kehidupan bernegara dan berjuang dengan tidak mengindahkan hukum, agama dan moral. Sejalan dengan gagasan itu *Jean Bodin* (1530-1596) *Thomas Hobbes* (1588-1658), *Paul Leband* (1838-1918) dan *George Jellinek* (1851-1911) mengembangkan teori Kedaulatan Negara. Salah seorang filsuf absolutisme negara yang pikiran-pikirannya sangat terkenal dan berpengaruh besar terhadap perkembangan teori politik dan teori kenegaraan ialah *Thomas Hobbes*. *Thomas Hobbes* menggambarkan negara sebagai makhluk raksasa yang sangat menakutkan, karena negara bukan lagi untuk kepentingan manusia, melainkan sebaliknya manusia untuk kepentingan negara. Konsep teori *Thomas Hobbes* dibangun dengan latar belakang keadaan alamiah manusia bebas, kacau dan liar. Manusia digambarkan bagai serigala bagi manusia lainnya (*homo homini lupus*) yang melahirkan perang semua lawan semua (*belum omnium contra omnes*). Karena didorong perasaan takut dan sadar akan adanya ancaman itu kemudian mereka mengadakan perjanjian (*social contract*). Ketika perjanjian dilakukan semua hak-hak individu, diserahkan kepada negara, sedangkan negara tidak dibebani kewajiban apapun termasuk untuk tidak dapat dituntut. Akhirnya negara tidak lagi dapat dikendalikan dan

negara dijalankan dengan kekuasaan mutlak, sewenang-wenang dan otoriter. Pelanggaran, perampasan dan penindasan terhadap hak-hak asasi manusia dilakukan dengan bebas tanpa terkendali. Alasan melakukan tindakan demikian adalah untuk mewujudkan negara kuat, stabil dan sejahtera.

Perkembangan ide negara hukum yang semula mengandung substansi keadilan yang seharusnya ditegakkan melalui fungsi politik, ternyata dalam perjalanannya sering berubah menjadi sekedar alat untuk mempertahankan kekuasaan semata. Karena itu latar belakang yang mendorong semakin gencarnya tuntutan terhadap ide negara hukum pada abad ke-19 dimaksud, sejalan dengan muncul dan derasnya tuntutan penghapusan terhadap sistem pemerintahan absolut, yaitu suatu pemerintahan yang tidak adil yang telah melukai hati nurani rakyat dan akhirnya mendorong dirinya jauh dari hati nurani rakyat.

Hakikat perkembangan konsep negara hukum merupakan produk dari sejarah, sebab rumusan atau pengertian negara hukum itu terus berkembang mengikuti sejarah perkembangan umat manusia. Karena itu dalam rangka memahami secara tepat dan benar konsep negara hukum, perlu terlebih dahulu diketahui gambaran sejarah perkembangan pemikiran politik dan hukum, yang mendorong lahir dan berkembangnya konsepsi negara hukum. Dengan mengetahui perjalanan sejarah tersebut diharapkan akan lebih mudah memahami substansi konsepsi negara hukum, seperti dinyatakan oleh Bernard Chenat untuk mengenal suatu lembaga orang pertama-tama harus mempelajari sejarahnya.

Bagi teori kedaulatan negara ini dalam prakteknya telah mendorong lahirnya negara-negara totaliter. Bentuk negara totaliter tersebut sekarang ini dapat pula dilahirkan secara terselubung dalam bentuk baju baru, seperti negara pejabat. Dalam negara pejabat ucapan seorang pejabat mempunyai arti sangat penting dan menentukan, bahkan tidak jarang

disetarakan dengan hukum. Intervensi penguasa terhadap lembaga legislatif dan yudikatif juga dilakukan dengan cara yang lebih sistematis dan terkendali. Kemudian John Locke (1632-1704) merumuskan teori yang konstruksinya sama-sama dibangun dari teori perjanjian masyarakat (*social contract*). Namun dengan fiksi bahwa manusia sejak lahir menurut kodratnya telah memiliki hak alamiah atau hak-hak dasar (hak asasi), seperti hak milik, hak hidup, kebebasan dan kemerdekaan. Ketika perjanjian dilakukan hak-hak dasar itu tidak turut diserahkan, bahkan dalam perjanjian itu negara diberi tugas dan tanggung jawab untuk melindungi dan menjamin terselenggaranya hak-hak dasar tersebut. Negara tidak diperkenankan melanggar apalagi mengurangi hak-hak dasar yang diperjanjikan itu. Teori ini akhirnya melahirkan paham liberalisme dan individualisme. tujuan, tugas dan wewenang negara menjadi terbatas hanya pada hal-hal yang diperjanjikan. Kekuasaan negara dibatasi seminimal mungkin dan tidak lagi mutlak. Sebaliknya kepada setiap individu diberikan kemerdekaan dan kebebasan yang besar. Teori ini mempunyai implikasi luas dalam menentukan perkembangan sejarah ketatanegaraan, karena secara prinsipil membongkar dan menumbangkan teori-teori terdahulu yang memberikan kekuasaan mutlak dan tak terbatas kepada raja atau negara.

Munculnya John Locke mengantarkan sejarah baru bagi ketatanegaraan moderen, khususnya mengenai pembatasan dan pemisahan kekuasaan negara yang diserahkan masing-masing kepada legislatif, eksekutif dan federatif. John Locke menghendaki agar pembatasan dan pemisahan kekuasaan itu dijamin dalam sebuah "konstitusi").

Dari pemahaman terhadap latar belakang lahirnya ide konstitusionalisme tersebut, dapat dipahami bahwa esensi ide konstitusionalisme itu pertama-tama ialah konsep negara hukum. Artinya kewibawaan hukum secara universal mengatasi kekuasaan raja,

pemerintah atau negara dan hukum akan mengontrol politik (bukan sebaliknya). Esensi kedua ialah konsep hak-hak sipil warga negara dijamin oleh konstitusi, sedangkan kekuasaan negara akan dibatasi oleh konstitusi. Ide Teori John Locke tersebut kemudian berkembang di tangan Montesquieu dengan teori Trias Politica (1688-1755) dan dilanjutkan oleh Jean Jacques Rousseau dengan teori Kedaulatan Rakyat). Menurut teori Kedaulatan Rakyat, kekuasaan negara harus dibatasi dan dikontrol oleh rakyat secara demokratis melalui kemauan umum (*volonte generale*).

Dengan lahirnya keinginan membatasi dan, mengawasi kekuasaan negara, diiringi pula dengan lahirnya teori Kedaulatan Hukum, dipelopori antara lain Immanuel Kant (1724-1804) dan Hans Kelsen (1881-1973). Menurut teori ini negara tidak didasarkan pada kekuasaan belaka, tetapi harus berdasarkan atas hukum. Teori negara hukum ini kemudian semakin populer, sehingga dalam sejarah perkembangannya dikenal dua konsep yang sangat berpengaruh, yaitu konsep di Jerman dan konsep *the rule of law* di Inggris. Konsep *the rule of law* mulai populer sejak terbitnya buku A.V. Dicey pada tahun 1885. A.V. Dicey, merumuskan unsur-unsur *the rule of law* yakni supremasi aturan-aturan hukum, kedudukan yang sama dihadapkan hukum dan adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia. Sedangkan unsur-unsur *rechtsstaat* menurut F.J. Sthap, adalah perlindungan hukum terhadap hak-hak asasi manusia, pemisahan atau pembagian kekuasaan negara untuk menjamin hak asasi manusia, pemerintahan berdasarkan peraturan dan adanya peradilan administrasi.

Di Indonesia menurut Philipus M. Hadjon, terjadinya perbedaan kriteria antara *rechtsstaat* dan *the rule of law*, karena *rechtsstaat* lahir dari hasil perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law*

berkembang secara revolusioner. Hadjon juga mengaitkan konsep tersebut dengan sistem hukum beserta karakteristiknya. Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem hukum kontinental yang disebut *civil law* atau *Modern Roman Law* dengan karakteristik *administratif*, sedangkan konsep *the rule of law* bertumpu atas sistem hukum *common law* dengan karakteristik *judicial*.

Secara normatif terjadinya perbedaan karakteristik itu bersumber dari perkembangan sejarah. Pada zaman Romawi kekuasaan raja yang menonjol ialah membuat peraturan melalui dekrit, yang kemudian didelegasikan kepada pejabat-pejabat administrasi. Pejabat administrasi ini membuat pengarahan-pengarahan tertulis bagi hakim tentang memutus suatu sengketa. Akhirnya di Eropa Kontinental peranan administrasi bertambah besar, sehingga berkembang Hukum administrasi dan Peradilan Administrasi membatasi dan mengawasi kekuasaan administrasi. Di Inggris kekuasaan dari raja ialah memutus perkara atau peradilan oleh Raja. Peradilan ini kemudian, berkembang menjadi suatu sistem peradilan yang dilaksanakan hakim-hakim peradilan yang memperoleh delegasi dari raja, namun bukan melaksanakan kehendak Raja. Hakim harus memutus perkara berdasarkan kebiasaan-kebiasaan umum di Inggris, sebagaimana dilakukan Raja memutus perkara sebelumnya. Akhirnya peranan peradilan hakim semakin besar dan kuat. Sehingga dalam literatu Indonesia ditemukan beberapa peristilahan yang sering digunakan untuk mengungkapkan negara hukum, yakni *rechtsstaat*, *the rule of law*, negara hukum berdasarkan Pancasila, Negara Hukum Pancasila Indonesia Negara Hukum atau Negara Hukum di Indonesia. Dari pengalaman sejarah perkembangan negara hukum, sebagaimana diuraikan di atas, dapat ditarik suatu proposisi, semakin besar kekuasaan masyarakat berarti semakin besar kemungkinan tegaknya prinsip-prinsip negara hukum. Sebaliknya

semakin besar kemungkinan terabaikannya prinsip-prinsip negara hukum Indonesia. Salah satu akar negara hukum ialah diakuinya eksistensi kekuasaan kehakiman yang bebas terlepas dari kekuasaan lainnya. Jaminan kekuasaan kehakiman tersebut secara konstitusional dalam UUD 1945.

Penggunaan konsepsi Negara Hukum di Indonesia dalam penelitian ini bermaksud lebih cenderung menggunakan istilah Negara Hukum Indonesia, sebab dengan kata Indonesia telah tercakup di dalamnya Pancasila dan UUD 1945. Sehingga menempatkan Pancasila dan UUD 1945 sebagai prinsip dasar hukum dan sumber dari segala sumber hukum, pokok kaidah fundamental Negara, dan cita hukum yang adil serta penentu validitas bagi setiap politik hukum di Indonesia.

Kedudukan UUD NRI 1945 dijadikan sebagai dasar berpijak dari semua tata tertib hukum dan politik hukum pemerintah di Negara Republik Indonesia. Sementara Hak Asasi Manusia sebagai batas bawah dari setiap sistem dan politik hukum di Indonesia. Hal ini berarti titik fokus pengkajian dalam penelitian ini adalah berawal dari Pancasila dan UUD NRI 1945, serta Hak Asasi Manusia, kemudian berakhir pula pada tercapainya cita-cita dan tujuan Negara Republik Indonesia sebagaimana yang diamanatkan dalam Pancasila dan UUD NRI 1945 itu sendiri.

Indonesia menganut sistem hukum eropa kontinental sebagai bekas jajahan kolonial mengikuti sistem hukum tersebut dengan sebutan *Rechtsstaat* (Negara hukum) sebagaimana dikemukakan oleh Friedrich J. Stahl, dalam Muhammad Tahir Azhary mengemukakan bahwa <sup>39</sup>:

---

<sup>39</sup> Muh. Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Study Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Medinah Dan Masa Kini*. Pernada Media, Jakarta, 2003, h. 88,89.

Negara hukum ditandai oleh empat unsur pokok yaitu ; 1. Adanya perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; 2. Negara didasarkan pada teori Trias politica; 3. Pemerintahan diselenggarakan berdasarkan Undang-Undang (*Wetmatig bestuur*); 4. Adanya peradilan administrasi Negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidstaat*).

Sebaliknya konsepsi Negara hukum juga dikembangkan di kawasan Anglo Saxon sebagaimana yang diintrodusir oleh Albert Venn Dicey, melalui konsepsi pemikirannya yang terkenal dengan sebutan "*The Rule of Law*".

Berdasarkan pendapat tersebut di atas dapat diketahui, bahwa dalam konsepsi *The rule of law* pada intinya mempunyai tiga arti yang sangat mendasar yaitu :

- 1) *The rule of law* berarti ; Adanya supremasi hukum dalam suatu Negara.
- 2) *The rule of law* berarti ; Adanya persamaan hak di depan hukum atau adanya penundukan yang sama dari semua golongan terhadap hukum.
- 3) *The rule of law* berarti; Adanta suatu jaminan secara konstitusional terhadap hak asasi manusia.

Melalui pendapat di atas dapat diketahui, bahwa dalam konsepsi *The rule of law* itu pada hakekatnya mencakup tiga macam pengertian yang saling berkaitan yaitu sebagai berikut ; 1) Tidak adanya kekuasaan yang sewenang-wenang. Tak seorang pun yang kebal terhadap hukum; 2) Adanya persamaan hak di depan hukum. Setiap orang apa pun kedudukan dan keadaannya adalah tunduk kepada hukum dan kekuasaan pengadilan biasa ; 3) Adanya konstitusi yang dapat menjamin hak asasi manusia dan kebebasan dasar individu atau warganegara. Sehubungan dengan konsepsi "*The rule of law*", C.F. Soenarjati Hartono mengemukakan bahwa <sup>40</sup>:

---

<sup>40</sup> C.F.G. Sunarjati Hartono, *Apakah The Rule Of Law*, Alumni, Bandung, 1976, h. 100-101

Menegakkan *the rule of law* itu belum tentu identik (sama) arti dan akibatnya dengan membangun suatu Negara hukum (*Rechtsstaat*) dalam arti Negara menjamin berlakunya hukum yang membawa keadilan (*just law*) bagi setiap warga Negara. Sebab pengertian *the rule of law* itu dapat dibagi atas dua pengertian yaitu dalam arti formal, dalam mana setiap Negara, juga dalam Negara system pemerintahan yang totaliter, seperti Nazi di Jerman di bawah Hitler menegakkan hukum yang berlaku di negaranya masing-masing. Akan tetapi jika *the rule of law* dipakai dalam arti materill barulah menegakkan *the rule of law* itu, dapat diharapkan membawa keadilan, oleh karena yang ditegakkan yang diundangkan secara sah oleh pemerintah dan badan *legislative* saja. Akan tetapi dalam arti hukum yang adil (*just law*) yaitu hukum yang sesuai dengan dan yang membawa keadilan social bagi masyarakat.

Negara kesatuan Republik Indonesia sebagai suatu Negara hukum, jelas melekat cirri-ciri dari konsepsi *The rule of law*, baik yang bersifat formal maupun yang bersifat materill. Dari kedua sifat tersebut sudah jelas berpengaruh dalam pembentukan UUD 1945 sebagai konstitusi Negara Republik Indonesia.

## 2. Teori Sistem Hukum

Mencermati berbagai referensi sejarah politik hukum Indonesia menunjukkan awal sistem hukum di dunia yang dikenal awal yang direduksi ke dalam dua sistem hukum, yaitu :*Sistem Hukum Anglo Saxon (Common Law)* di negara-negara yang berbahasa Inggris, dan sistem Hukum Eropa Kontinental (*Civil Law, Codification Law*) di negara-negara Barat lainnya, mendominasi bekas negara-negara jajahan termasuk Indonesia.

Sistem hukum Indonesia yang berlaku sebagai hukum positif adalah bekas jajahan Hindia-Belanda adalah menganut sistem civil law atau Eropa Kontinental. Salah satu buku karya pakar perbandingan hukum Rene David & John EC. Brierley (1964) dalam Achmad Ali (2009 : 498) berjudul : "*Major Legal Systems in the Today*", lebih realistik mengakui

sistem hukum di dunia, bukan hanya *Sistem Hukum Eropa Kontinental dan Anglo Saxon*, David dan Brierley mengakui adanya 6 (enam) sistem hukum dunia yaitu : (1) *The Romano-Germanic Familie* (Eropa Kontinental termasuk Belanda), (2) *Socialist Laws* (di negara-negara sosialis) (3) *The Common Law* (di negara-negara barat berbahasa Inggris), (4) *Muslim Law* (di negara-negara yang menerapkan Syariat Islam, sebagian ataupun total), (5) *Sistem Hukum Timur Jauh* (Cina dan Jepang), (6) *Sistem Hukum Afrika dan Malagasi*. Kemudian disusul tahun 1977, terbit buku Karya : K. Zweigert dan H. Kötz, berjudul: *An Introduction to Comparative Law*, membedakan sistem hukum di dunia kedalam : *The Romanistic Legal Family, The Germanic Legal Family, The Anglo-American Legal Family, The Nordic Legal Family, Law In The Far East dan Religious Legal System* (Achmad Ali, Ibid 2009 : 499). Sedangkan di abad 21 yang diakses melalui Wikipedia Encyclopedia di Internet yang membagi system hukum dunia ke dalam 6 (enam) system hukum yaitu : (1) *Common Law System* (di negara-negara berbahasa Inggris), (2) *Civil Law System* (di Eropa Barat), (3) *Customary Law* (di negara-negara Afrika), (4) *Muslim Law* (di negara-negara yang menerapkan hukum Islam, baik total maupun sebagian), (5) *Sistem Hukum Timur Jauh* (Jepang dan Cina), dan (6) *Mix Legal System*, atau sistem hukum campuran, dan inilah yang yang terbanyak dianut di negara-negara yang ada di dunia dewasa ini, terutama negara-negara Timuran termasuk Indonesia.

Untuk system hukum ke 6 (enam) yaitu *mix legal system* ada kecenderungan pada negara-negara Timuran termasuk Indonesia. Oleh karena Indonesian memiliki kebhinnekaan masyarakat hukum adat dengan adat istiadat, budaya serta hukum adat masing-masing yang di pedomani berlaku secara turun-temurun dalam wilayah territorial adat disamping berlaku hukum Negara dalam wilayah kedaulatan (NKRI). Sehingga ada

kedekatan karakter sistem hukum anglo saxon mengakui hukum kebiasaan (*common law*) yang berasal dari hukum adat Inggris yang dikembangkan oleh yurisprudensi pengadilan (*judge made law*) yang berlaku dalam praktek kenegaraan. Sehingga dapat diamati secara objektif bahwa dalam perkembangan sistem hukum Indonesia ada kecenderungan termasuk “*mix legal system*” dan tidak berlaku mutlak sistem hukum Eropa Kontinental yang mengutamakan hukum kodifikasi dan unifikasi hukum sebagai “budaya kepastian hukum” di Indonesia.

Dengan realitas objektif yang di kemukakan Achmad Ali (2009) bahwa system hukum di Indonesia tersebut, mengindikasikan beberapa ciri sebagai alasan Indonesia menganut system hukum campuran antara system hukum eropa kontinental dan system hukum anglo saxon antara lain : (1) Perundang-Undangan (ciri *Eropa Kontinental*), (2) Hukum Adat (ciri *Customary Law*), (3) Hukum Islam dan eksistensi Peradilan Agama di Indonesia (ciri *Muslim Law System*), dan (4) Hakim Indonesia di dalam praktik mengikuti “Yurisprudensi” (yang merupakan ciri *Common Law*, dengan asasnya ‘*state decisis*’) yang dikenal di dunia hukum.

Dengan system hukum di atas, dapat dikaji ke dalam system hukum yang direduksi Achmad Ali, (2008:8,9) konsep sistem hukum menurut Lawrence Meir Friedman (1975:14) terhadap tiga unsur sub sistem hukum, adalah sebagai berikut :

- 1) **Struktur** (*Structure*) adalah kerangka atau rangkanya, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberi semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan (2001: 7). Di Indonesia misalnya, jika kita berbicara tentang “struktur” system hukum Indonesia, maka termasuk di dalamnya struktur institusi-

institusi penegakan hukum, seperti kepolisian, kejaksaan, dan pengadilan. Misalnya, kita berbicara tentang hierarki peradilan umum di Indonesia, mulai dari yang terendah adalah pengadilan negeri, hingga yang terpuncak adalah Mahkamah Agung (MA) Republik Indonesia dan Mahkamah Konstitusi (MK) Republik Indonesia. Juga termasuk unsur struktur, jumlah dan jenis pengadilan, yuridiksinya (yaitu, jenis kasus yang berwenang mereka periksa, serta bagaimana serta mengapa), jumlah hakim agung dan hakim lainnya.

- 2) **Substansi** (*Substance*) menurut Friedman adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam system itu. Substansi juga berarti “produk” yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam system hukum itu, mencakup keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakup “*living law*” (hukum yang hidup), dan bukan hanya aturan yang ada dalam Kitab Undang-Undang atau “*law in books*” tetapi “*law in action*”.
- 3) **Kultur Hukum** (*Legal Culture*) menurut Friedman tentang “*the legal culture*”, mencakupi : *system their beliefs, values, ideas, and expectations*, adalah sikap manusia terhadap hukum dan system hukum, kepercayaan, nilai, pemikiran serta harapannya. *Legal culture refers, then, to those parts of general culture, customs, opinions, ways of doing and thinking that bend social forces toward or away from the law and in particular ways*. Pemikiran dan pendapat ini sedikit banyak menjadi penentu jalannya proses hukum. Jadi, dengan kata lain, kultur hukum adalah suasana pikiran social dan kekuatan social yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan. Tanpa kultur hukum, maka

system hukum itu sendiri tidak berdaya dan hanya berada dalam dunia ideal hukum bukan dunia prosedural hukum.

Komponen-komponen dalam sistem hukum yang saling mempengaruhi satu sama lain tersebut, maka dapat dikaji bagaimana ”beroperasinya hukum dalam praktek kehidupan sosial (masyarakat)”. Hukum adalah bagian dari kebudayaan dalam masyarakat, oleh karena itu tidak mungkin mengkaji hukum secara terisolasi, tanpa memperhatikan kekuatan-kekuatan sosial tersebut, yang memberi masukan, menjadi penggerak, dan selanjutnya memberi output kepada sistem hukum. Menurut Friedman, kekuatan sosial secara terus-menerus mempengaruhi sistem hukum, kadang-kadang ia merusak, memperbaharui, memperkuat, atau memilih untuk lebih menampilkan segi-segi tertentu.

Dengan demikian dapat mengkaji bagaimana substansi hukum berupa aturan-aturan dan norma-norma, merumuskan suatu permasalahan, dan bagaimana struktur hukum berupa institusi serta para penegak hukum menanggapi aturan-aturan tersebut, dan bagaimana budaya hukum yang ada dalam masyarakat memberi pengaruh terhadap bekerjanya aturan-aturan yang telah dirumuskan dan disepakati bersama itu.

### **3. Teori *Alternative Dispute Resolution* (ADR)**

Konsep ADR (*Alternative Dispute Resolution*) menekankan penyelesaian sengketa secara konsensus yang sudah lama dilakukan masyarakat, yang intinya menekankan upaya musyawarah mufakat, kekeluargaan, perdamaian dan sebagainya. ADR mempunyai daya tarik khusus karena keserasiannya dengan sistem sosial budaya tradisional berdasarkan musyawarah mufakat. George Applebey dalam *An Overview of*

*Alternative Dispute Resolution* berpendapat bahwa ADR pertama-tama adalah merupakan suatu eksperimen untuk mencari model-model:<sup>41</sup>

- a. Model-model baru dalam penyelesaian sengketa
- b. Penerapan-penerapan baru terhadap metode-metode lama
- c. Forum-forum baru bagi penyelesaian sengketa
- d. Penekanan yang berbeda dalam pendidikan hukum.

Berdasarkan konsep tersebut maka dapat dinyatakan bahwa ADR merupakan kehendak sukarela dari pihak-pihak yang berkepentingan untuk menyelesaikan sengketa mereka di luar pengadilan, dalam arti di luar mekanisme adjudikasi standar konvensional. Oleh karena itu, meskipun masih berada dalam lingkup atau sangat erat dengan pengadilan, tetapi menggunakan prosedur adjudikasi non standar, mekanisme tersebut masih merupakan ADR. Philip D. Bostwick yang menyatakan bahwa ADR merupakan serangkaian praktek dan teknik-teknik hukum yang ditujukan untuk:<sup>42</sup>

- a. Memungkinkan sengketa-sengketa hukum diselesaikan di luar pengadilan untuk keuntungan atau kebaikan para pihak yang bersengketa
- b. Mengurangi biaya atau keterlambatan kalau sengketa tersebut diselesaikan melalui litigasi konvensional
- c. Mencegah agar sengketa-sengketa hukum tidak di bawa ke pengadilan.

ADR dalam konteks hukum positif yang berlaku di Indonesia pada dasarnya telah diakui sebagaimana terdapat dalam Pasal 1 butir (10) Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, bahwa ADR adalah lembaga

---

<sup>41</sup> Barda Nawawi Arief. 2001, Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan. PT. Citra Aditya Bakti. Bandung. hlm. 23

<sup>42</sup> Eva Achjani Zulfa, 2009, Keadilan Restoratif di Indonesia, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta, hlm.1

penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsolidasi, atau penilaian ahli. Dalam praktik, hakikatnya ADR dapat diartikan sebagai *alternative to litigation* atau *alternative to adjudication*.

*Alternative to litigation* berarti semua mekanisme penyelesaian sengketa di luar pengadilan, sehingga dalam hal ini arbitrase termasuk bagian dari ADR. Sedangkan *Alternative to adjudication* berarti mekanisme penyelesaian sengketa yang bersifat konsensus atau kooperatif, tidak melalui prosedur pengajuan gugatan kepada pihak ke tiga yang berwenang mengambil keputusan. Termasuk bagian dari ADR adalah konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, dan pendapat ahli, sedangkan arbitrase bukan termasuk ADR. Tujuan yang dikehendaki pihak-pihak yang bersengketa melalui mekanisme ADR adalah *wini-win solution* atau *mutual acceptable solution*.<sup>43</sup>

Penyelesaian perkara pidana melalui mediasi tidak dapat dilepaskan dari cita hukum yang didasarkan pada landasan filsafat hukum yaitu keadilan (*law is justice*), dan asas hukum proses penyelesaian perkara yang mengacu pada sumber hukum tertulis dan sumber hukum tidak tertulis. Perumusan kaidah hukum untuk penyelesaian perkara pidana dilakukan melalui mediasi yang diderivasi dari cita hukum dan asas hukum. Oleh karena itu pola mediasi yang diterapkan harus mengacu pada nilai-nilai keadilan, nilai kepastian hukum dan kemanfaatan. Sedangkan norma hukum yang diterapkan harus mempertimbangkan landasan filosofis, yuridis, dan sosiologis.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Barda Nawawi Arief, 2008, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara Diluar Pengadilan*, Pustaka Magister, Semarang, hlm. 15-16

<sup>44</sup> Mardjono Reksodiputro, 2002, *Sistem Peradilan Pidana Indonesia Melihat Kejahatan dan Penegakan Hukum dalam Batas-Batas Toleransi*. Pusat Keadilan dan Pengabdian Hukum. Jakarta. hlm. 12-13

Penyelesaian perkara pidana melalui mekanisme di luar pengadilan saat ini semakin lazim dilakukan dan dapat diterima oleh masyarakat karena dirasakan lebih mampu menjangkau rasa keadilan, walaupun para praktisi dan ahli hukum berpandangan bahwa ADR hanya dapat diterapkan dalam perkara perdata, bukan untuk menyelesaikan perkara pidana karena pada dasarnya perkara pidana tidak dapat diselesaikan melalui mekanisme di luar pengadilan.

Pada dasarnya, mediasi penal merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (*Alternative Dispute Resolution/ADR*) yang lazim diterapkan terhadap perkara perdata. Pada dimensi ini, ADR di luar pengadilan telah diatur dalam UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Dalam hubungan ini telah terdapat beberapa lembaga pendorong metode ADR, antara lain Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) yang memfokuskan pada dunia perdagangan dan ADR dalam penyelesaian sengketa jasa konstruksi (UU Nomor 18 Tahun 1999 jo UU Nomor 29 Tahun 2000 jo PP Nomor 29 Tahun 2000) dengan yurisdiksi bidang keperdataan. Begitu pula ADR dikenal juga menyangkut hak cipta dan karya intelektual, perburuhan, persaingan usaha, perlindungan konsumen, lingkungan hidup dan lain-lain.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> T. Gayus Lumbuun, 2007, *Alternatif Dispute Resolution Di Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Makalah Workshop, Jakarta. hlm. 3

#### 4. Kerangka Pikir

