

## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA

#### A. Beberapa Pengertian Yang Digunakan

##### 1. Pengertian Peradilan Adat dan Peradilan Pidana Adat

**Peradilan adat** adalah penyelesaian perkara adat yang dilakukan menurut hukum adat dan kebiasaan masyarakat adat setempat. Peradilan adat bertujuan untuk menyelesaikan perkara adat secara damai dan adil, serta untuk menjaga keseimbangan dan keharmonisan dalam masyarakat adat.

**Peradilan pidana adat** adalah bagian dari peradilan adat yang khusus menangani perkara pidana adat. Perkara pidana adat adalah pelanggaran hukum adat yang diancam dengan sanksi adat. Sanksi adat dapat berupa denda, teguran, pengucilan, atau bahkan hukuman fisik.<sup>34</sup>

##### Perbedaan Peradilan Adat dan Peradilan Pidana Adat :

Aspek	Peradilan Adat	Peradilan Pidana Adat
Tujuan	Penyelesaian perkara adat secara damai dan adil	Mengadili pelanggaran hukum adat dan menjatuhkan sanksi adat
Dasar hukum	Hukum adat dan kebiasaan masyarakat adat	Hukum adat dan aturan adat yang mengatur tentang pelanggaran dan sanksi adat
Lembaga penyelesaian	Lembaga adat, seperti kerapatan adat, mahkamah adat, atau lembaga adat lainnya	Lembaga adat yang khusus menangani perkara pidana adat, seperti pengadilan adat atau mahkamah adat pidana
Proses	Musyawaharah mufakat untuk	Persidangan adat dengan dipimpin oleh

<sup>34</sup> <http://e-journal.uajy.ac.id/4511/2/1HK08682.pdf>

penyelesaian	mencapai kesepakatan	hakim adat
Sanksi	Denda, teguran, pengucilan, atau hukuman fisik	Denda, teguran, pengucilan, hukuman fisik, atau kombinasi dari beberapa sanksi

### **Persamaan Peradilan Adat dan Peradilan Pidana Adat <sup>35</sup>:**

- 1) Menerapkan hukum adat dan kebiasaan masyarakat adat;
- 2) Bertujuan untuk menjaga ketertiban dan keharmonisan dalam masyarakat adat;
- 3) Melibatkan tokoh adat dan masyarakat adat dalam proses penyelesaian perkara

Sebagai asumsi bahwa Peradilan adat dan peradilan pidana adat merupakan dua bagian dari sistem hukum adat yang saling terkait. Peradilan adat bertujuan untuk menyelesaikan perkara adat secara damai dan adil, sedangkan peradilan pidana adat bertujuan untuk mengadili pelanggaran hukum adat dan menjatuhkan sanksi adat. Kedua jenis peradilan ini penting untuk menjaga ketertiban dan keharmonisan dalam masyarakat adat.

## **2. Pengertian Eksistensi Peradilan Pidana Adat<sup>36</sup>**

Eksistensi peradilan pidana adat di Indonesia mengacu pada keberadaan, pengakuan, dan keberlakuan sistem peradilan pidana yang dijalankan berdasarkan hukum adat oleh masyarakat adat. Peradilan pidana adat memiliki peran penting dalam menjaga ketertiban dan keadilan sosial di komunitas adat. Sistem ini didasarkan pada nilai-nilai, norma, dan tradisi yang telah lama diwariskan dan

---

<sup>35</sup> <https://www.papua.go.id/view-detail-produkhukum-15/peradilan-adat-di-papua.html>

<sup>36</sup>

<https://www.jurnalhukumdanperadilan.org/index.php/jurnalhukumperadilan/article/view/115>

diakui oleh masyarakat adat. Kemudian ada beberapa aspek penting terkait eksistensi peradilan pidana adat:

**1) Pengakuan Konstitusional:**

(1)Eksistensi peradilan pidana adat diakui dalam Pasal 18B ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal tersebut menyatakan bahwa "Negara mengakui dan menghormati keberadaan hukum adat beserta lembaga-lembaganya yang bersifat khas sebagai bagian dari kekayaan budaya bangsa, sepanjang tidak bertentangan dengan asas Fundamental Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945".

**2) Pengaturan dalam Undang-Undang:**

(1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah mengatur tentang kewenangan desa dalam menyelenggarakan peradilan adat.

(2) Ketentuan lebih lanjut mengenai peradilan adat diatur dalam peraturan daerah masing-masing.

**3) Praktik di Lapangan:**

1) Peradilan pidana adat dilaksanakan di berbagai daerah di Indonesia dengan beragam bentuk dan cara.

2) Proses peradilan adat biasanya melibatkan tokoh adat, pemuka adat, dan masyarakat adat setempat;

3) Sanksi yang dijatuhkan dalam peradilan adat umumnya bersifat adat, seperti denda, penyelesaian secara damai, atau pemulihan adat.

#### **4) Tantangan dan Dinamika:**

(1) Eksistensi peradilan pidana adat menghadapi berbagai tantangan, seperti Eksistensi peradilan pidana adat menghadapi berbagai tantangan, seperti minimnya pengakuan dan perlindungan hukum, pengaruh modernisasi, dan intervensi pihak luar.

(2) Di sisi lain, peradilan pidana adat juga menunjukkan dinamika dan perkembangan, seperti adaptasi terhadap perubahan sosial dan upaya harmonisasi dengan hukum nasional.

#### **5) Peran Penting:**

1) Peradilan pidana adat memiliki peran penting dalam menjaga kearifan lokal, melestarikan budaya bangsa, dan menyelesaikan sengketa di masyarakat adat.

2) Peradilan pidana adat juga dapat menjadi alternatif penyelesaian perkara pidana yang lebih mengedepankan pendekatan restorative justice dan nilai-nilai kearifan lokal.

Jadi, eksistensi peradilan pidana adat di Indonesia merupakan bagian integral dari sistem hukum nasional dan budaya bangsa. Keberadaannya perlu diakui, dihormati, dan dilindungi untuk memastikan keadilan dan ketertiban sosial di masyarakat adat. Penting untuk terus mendorong harmonisasi dan sinergi antara peradilan pidana adat dan hukum nasional, serta memperkuat kapasitas kelembagaan dan sumber daya manusia dalam penyelenggaraan peradilan adat.

### **3. Perbedaan Peradilan Adat dan Peradilan Pidana Adat**

Baik peradilan adat maupun peradilan pidana adat merupakan sistem penyelesaian sengketa yang dijalankan di Indonesia. Meskipun memiliki tujuan yang

sama, yaitu menegakkan keadilan dan menyelesaikan konflik, terdapat beberapa perbedaan mendasar di antara keduanya:

**Subjek Hukum:**

**1) Peradilan Adat:** Ditujukan untuk menyelesaikan sengketa antar anggota masyarakat adat yang tunduk pada hukum adat di wilayah adatnya.

**2) Peradilan Pidana Adat:** Ditujukan untuk menyelesaikan perkara pidana yang dilakukan oleh anggota masyarakat adat, namun tidak semua delik adat dapat diselesaikan melalui peradilan pidana adat.

**Dasar Hukum:**

**1) Peradilan Adat:** Berdasarkan hukum adat yang berlaku di wilayah adat setempat, yang umumnya tidak tertulis dan diwariskan secara turun-temurun.

**2) Peradilan Pidana Adat:** Berdasarkan hukum adat dan peraturan perundang-undangan nasional yang berlaku di Indonesia.

**Lembaga Penyelesaian:**

**1) Peradilan Adat:** Dilaksanakan oleh lembaga adat yang berwenang, seperti Lembaga Adat Desa (LAD), Badan Permusyawaratan Desa (BPD), atau lembaga adat lainnya yang diakui di wilayah adat tersebut.

**2) Peradilan Pidana Adat:** Dilaksanakan oleh pengadilan negeri atau pengadilan agama yang memiliki kewenangan mengadili perkara pidana adat, dengan mempertimbangkan hukum adat dan peraturan perundang-undangan nasional.

**Proses Penyelesaian:**

**3)Peradilan Adat:** Menekankan pada penyelesaian konflik secara damai melalui musyawarah dan mufakat, dengan tujuan untuk memulihkan keseimbangan dan harmoni dalam masyarakat adat.

**4)Peradilan Pidana Adat:** Mengikuti proses hukum pidana nasional, dengan tetap mempertimbangkan nilai-nilai dan norma-norma hukum adat dalam menjatuhkan putusan.

**Jenis Sanksi:**

**1)Peradilan Adat:** Sanksi yang dijatuhkan dalam peradilan adat umumnya bersifat non-penjara, seperti denda adat, permintaan maaf secara adat, atau penyelesaian secara adat lainnya.

**2)Peradilan Pidana Adat:** Sanksi yang dijatuhkan dalam peradilan pidana adat dapat berupa sanksi pidana penjara, denda, atau sanksi adat lainnya yang sesuai dengan hukum adat dan peraturan perundang-undangan nasional.

**Pengakuan Negara:<sup>37</sup>**

**1)Peradilan Adat:** Diakui dan dihormati oleh negara dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangan nasional, seperti Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah dan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 tentang Otonomi Daerah.

---

<sup>37</sup> <https://www.hukumonline.com/a/5cb4957901fb730011dd307f/kedudukan-hukum-adat-dalam-sistem-hukum/>

**2)Peradilan Pidana Adat:** Diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan peraturan perundang-undangan nasional lainnya.

Demikian dapat diasumsikan bahwa **peradilan adat dan peradilan pidana** adat merupakan dua sistem hukum yang saling melengkapi dalam menegakkan keadilan di Indonesia. Peradilan adat berperan penting dalam menyelesaikan konflik di tingkat lokal dengan mengedepankan nilai-nilai dan norma-norma adat, sedangkan peradilan pidana adat berfungsi untuk mengadili perkara pidana yang dilakukan oleh anggota masyarakat adat dengan tetap mempertimbangkan hukum adat dan peraturan perundang-undangan nasional. Penting untuk dicatat bahwa terdapat variasi dalam pelaksanaan peradilan adat dan peradilan pidana adat di berbagai wilayah di Indonesia. Oleh karena itu, pemahaman terhadap hukum adat dan peraturan perundang-undangan nasional yang berlaku di wilayah setempat menjadi kunci dalam menyelesaikan sengketa secara adil dan tepat.

#### **B. Kedudukan Peradilan Adat dan Peradilan Pidana Adat Dalam Konstitusi**

Dasar hukum pembentukan Peradilan Adat dan Peradilan Pidana Adat dapat dikaji dari beberapa aspek di bawah ini.

- 1) Pasal 18B ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUDNRI 1945) yang ketentuan selengkapnya sebagai berikut : (1) Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang. Ayat (2) telah dijelaskan di latar belakang masalah, Pasal 28I ayat (3) dan Pasal 24 ayat (3) UUD NRI 1945.

- 2) Secara eksplisit tertuang dalam Pasal 50 ayat (2) Undang-Undang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua sebelum perubahan kedua UU Otsus 2021.
- 3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 38 ayat (2) huruf e jo. Pasal 58 “Upaya penyelesaian sengketa perdata dapat dilakukan di luar pengadilan negara melalui arbitrase atau alternative penyelesaian sengketa”.
- 4) Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil yang berbunyi : “Ketentuan yang tersebut dalam ayat (1) tidak sedikitpun juga mengurangi hak kekuasaan yang sampai selama ini telah diberikan kepada hakim perdamaian desa di desa-desa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 a *Rechterlijke Organisatie*”.
- 5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa. Undang-Undang ini sekarang tidak berlaku, tetapi pada masa berlakunya mengakui keberadaan peradilan adat. Pengakuan ini nampak dalam angka 6 penjelasan umum sebagai berikut : “... Undang-undang ini tetap mengakui adanya kesatuan masyarakat termasuk di dalamnya kesatuan masyarakat hukum adat istiadat dan kebiasaan-kebiasaan yang masih hidup sepanjang menunjang kelangsungan pembangunan ketahanan nasional”.
- 6) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua. UU Otsus mengakui keberadaan peradilan adat secara tersirat dalam Pasal 1 huruf f sebagai berikut : “Masyarakat Hukum Adat adalah masyarakat asli Papua yang sejak kelahirannya hidup dalam wilayah tertentu

dan terikat serta tunduk kepada hukum adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi di antara para anggotanya”. UU Otsus mengakui keberadaan peradilan adat secara tersurat dalam Pasal 50 dan 51.

- 7) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Pengakuan terhadap keberadaan peradilan adat diatur dalam Pasal 1 angka 12 yang ketentuan selengkapnya : Desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut desa adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas-batas wilayah berwenang mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal usul dan adat istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.
- 8) Dalam kaitannya dengan penyelenggaraan Pemerintah Daerah sebelum perubahan UU No. 23 Tahun 2014, Pasal 2 ayat (9) UU No. 32 Tahun 2004 menyebutkan bahwa Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia. Otonomi daerah sebagaimana yang diamanatkan oleh UU No. 22 tahun 1999 dirobah dengan UU No. 32 tahun 2004 dan perbaharui lagi dengan UU No. 23 Tahun 2014 pada prinsipnya adalah memberikan kewenangan kepada pemerintah daerah (propinsi, kabupaten, kota) untuk mengatur pemerintahan sesuai dengan adat dan budaya lokal.
- 9) Undang-Undang Drt Nomor 1 Tahun 1951
- 10) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang KUHP Nasional.

11) Peraturan Pemerintah Nomor 72 Tahun 2005 tentang Desa.

Keberadaan peradilan adat menurut peraturan pemerintah ini nampak dalam ketentuan Pasal 1 angka 5 yang berbunyi : Desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut desa adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas-batas wilayah berwenang mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal usul dan adat istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

12) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa

Undang-Undang Desa (Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014) memberikan pengakuan terhadap keberadaan peradilan adat dan membuka ruang untuk pelaksanaannya. Undang-Undang Desa ini sendiri lahir sebagai koreksi terhadap kebijakan tentang desa di masa rezim orde baru yang membunuh eksistensi hak masyarakat adat, termasuk peradilan adat. Hal ini terlihat dari diakuinya Nomenklatur Desa adat sebagai kategori desa yang mempunyai kewenangan berdasarkan hak asal usul, termasuk kewenangan menyelenggarakan peradilan desa adat.

Kewenangan desa adat untuk menyelenggarakan peradilan desa adat sendiri masuk dalam tujuh kewenangan desa adat berdasarkan hak asal usul yang dijabarkan dalam Pasal 103. Pasal 103 yang berbunyi : Kewenangan desa adat berdasarkan hak asal usul sebagaimana dimaksud dalam pasal 19 huruf a meliputi: Pengaturan dan pelaksanaan pemerintahan berdasarkan susunan asli; Pengaturan dan pengurusan ulayat atau wilayah atau wilayah adat; Pelestarian

nilai sosial budaya desa adat; Penyelesaian sengketa adat berdasarkan hukum adat yang berlaku di desa adat dalam wilayah yang selaras dengan prinsip hak asasi manusia dengan mengutamakan penyelesaian secara musyawarah; Penyelenggaraan sidang perdamaian peradilan desa adat sesuai dengan ketentuan peraturan perundangan-undangan; Pemeliharaan ketenteraman dan ketertiban masyarakat desa adat berdasarkan hukum adat yang berlaku di desa adat, dan; Pengembangan kehidupan hukum adat sesuai dengan kondisi sosial budaya masyarakat desa adat.

Seluk beluk pembuatan dan kendala dalam pelaksanaan kebijakan otonomi khusus di Propinsi Nanggro Aceh Darusalam (NAD) dan Propinsi Papua di atas, sesungguhnya kita dapat memperoleh berbagai pelajaran berharga untuk menyelenggarakan otonomi daerah yang lebih baik di negeri ini pada masa mendatang.<sup>38</sup> Kehadiran kebijakan otonomi daerah berbentuk Undang-Undang Otonomi Khusus bagi Propinsi NAD dan Propinsi Papua telah membawa perubahan mendasar pada pembuatan kebijakan otonomi daerah di Indonesia, baik isi kebijakannya yang lebih akomodatif terhadap aspirasi dan budaya local maupun proses pembuatannya yang lebih partisipatif dengan melibatkan tidak saja pemerintah daerah tetapi juga masyarakat setempat. Dengan kata lain, dalam penyusunan Undang-Undang Otonomi Khusus itu, Negara mengikutsertakan daerah dan masyarakat setempat beserta kebhinekaan budayanya. Model pembuatan kebijakan otonomi daerah yang progresif-kreatif. Ibaratnya, tukang jahit masih dipercaya menjahit baju, namun ukurannya disesuaikan dengan kondisi

---

<sup>38</sup> Soetandyo Wignosubroto dkk, *Pasang Surut Otonomi Daerah*. Institute for Local Development Yayasan Tifa, Jakarta, 2005, h. 561, 584.

pelanggan, sehingga pelanggan senang dan tukang jahit tidak ditinggalkan. Manfaat lainnya adalah, dapat mempercepat persatuan dalam NKRI dan mengurangi sentiment disintegratif, dapat mengurangi konflik daerah-pusat, lebih mampu menghasilkan struktur pemerintahan local yang sesuai dengan kondisi budaya local dan aspirasi local, dapat memperkuat pranata local, dan dapat melahirkan system pemerintahan local yang sehat. Bahkan, secara teoritikal, kehadiran konsep otonomi khusus telah memperkaya konsep otonomi daerah di Indonesia, yang selama ini hanya mengenal konsep otonomi riil, konsep otonomi materiil, dan konsep otonomi riil dan bertanggung jawab.

Pembuatan kebijakan otonomi daerah berbentuk Undang-Undang Otonomi Khusus boleh dibilang merupakan supaya pengembangan otonomi daerah secara lebih bermakna dalam bingkai konstitusi yang dijamin oleh Pasal 18B ayat (1) UUD 1945, utamanya di satuan-satuan pemerintahan yang bersifat khusus atau istimewa. Karena itu, kebijakan otonomi khusus ini dapat dikembangkan di daerah-daerah yang memenuhi syarat sesuai amanat UUD 1945 tersebut.

Pembuatan kebijakan otonomi khusus bagi Propinsi NAD dan Papua bukan merupakan hadiah dari pembuat kebijakan di Jakarta, tetapi dituntut dengan tekanan keras baik secara fisik bersenjata (GAM dan OPM) maupun secara politik (SIRA dan PDP) oleh masyarakat setempat. Sebaiknya pada masa mendatang, pemerintah pusat tidak perlu menunggu adanya perlawanan dari daerah dalam melahirkan kebijakan otonomi khusus, tetapi mengambil sendiri prakarsa dengan ikhlas demi integrasi NKRI. Jangan harus ada senjata yang diangkat dan darah yang tumpah dulu, baru kebijakan otonomi khusus dikeluarkan pemerintah pusat.

Guna mencegah persaingan antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Propinsi dalam memasukkan draf RUU ke DPR serta menghindari ketidakpuasan pihak pemerintah terhadap Undang-Undang Otonomi Khusus yang telah ditetapkan yang berpotensi mengganggu kelancaran jalannya implementasi, maka sebaiknya pengajuan draf RUU Otonomi Khusus dilakukan lewat pintu pemerintah saja, bukan dengan mekanisme usul inisiatif DPR.

Pemerintah dalam membuat draf RUU Otonomi Khusus seyogianya melibatkan partisipasi berbagai pihak terkait, mulai dari pemerintah propinsi dan lembaga perguruan tinggi di daerah setempat hingga anggota legislative local dan nasional asal daerah itu, termasuk anggota DPD-nya, bahkan pihak-pihak yang mau melepaskan diri dari NKRI. Di samping itu, hendaknya draf RUU tersebut dikonsultasikan kepada public secara luas dengan turun ke lapangan maupun lewat media massa.

Isi kebijakan otonomi daerah yang terdapat dalam Undang-Undang Otonomi Khusus Propinsi NAD Nomor 18 Tahun 2001 dan Undang-Undang Otonomi Khusus Nomor 21 Tahun 2001 tampak sarat dengan budaya lokal dan aspirasi lokal. Hanya saja bagi Propinsi NAD sumber budaya lokal dan aspirasi lokalnya lebih banyak berasal dari syariat agama islam, sementara Papua dari ajaran adat. Selain itu, berbagai pengaturan di dalam kedua Undang-Undang Otonomi Khusus itu kelihatan kurang rinci dan tidak tuntas, sehingga memerlukan aneka peraturan pelaksanaan. Implementasi Undang-Undang Otonomi Khusus bisa terganggu bila peraturan pelaksanaan tidak kunjung keluar. Karena itu, sebaiknya muatan UU Otonomi Khusus, ke depannya, harus rinci dan tuntas, dan hindari

semaksimal mungkin janji atau pendelegasian untuk mengaturnya dalam bermacam peraturan pelaksanaan.

Untuk meredam berbagai ketidakpuasan terhadap isi kebijakan otonomi khusus yang berpotensi mengganggu kelancaran jalanya implementasi kebijakan, seperti pihak separatis yang tidak mau menerima Undang-Undang, pihak pemerintah propinsi yang kecewa karena isi Undang-Undang berbeda jauh dengan usulan harapan masyarakat dan pihak pemerintah pusat sendiri yang keberatan karena kewenangan mereka banyak berkurang, maka perlindungan dan Kompromi yang melibatkan ketiga pihak itu secara intensif perlu ditempuh.

Pengakuan dan Penguatan Peradilan Adat, menurut Aristoteles, seorang filosof Yunani menyatakan manusia adalah makhluk bergaul, manusia tidak dapat hidup sendiri (*Zoonpoliticon*), manusia sebagai makhluk sosial dimana manusia senantiasa berinteraksi dengan manusia lainnya untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Tidak ada manusia yang dapat hidup sendiri tanpa bantuan orang lain. Adanya perhubungan yang dilakukan oleh manusia telah melahirkan interaksi sosial dalam masyarakat, interaksi sosial itu bermula dari suatu perbuatan. Apabila perbuatan itu dipandang sebagai suatu yang baik maka perbuatan itu mungkin menjadi suatu kebiasaan. Apabila kebiasaan itu tidak semata-mata dianggap sebagai cara berperilaku akan tetapi diterima sebagai kaidah-kaidah pengatur, maka kebiasaan itu menjadi tata kelakuan. Tata kelakuan itu akan mencerminkan sifat-sifat dari kelompok manusia dan bukan hanya dikenal akan tetapi diakui dan dihargai. Tata kelakuan dan bekal integritasnya dengan pola-pola perilaku masyarakat, dapat mempunyai kekuatan mengikat sehingga menjadi adat. Adat-

istiadat mempunyai kekuatan mengikat yang lebih kuat, dan mengatur tata kehidupan masa kini dan masa mendatang, disamping itu harus pula mengatur hak dan kewajiban bagi anggota masyarakat dan bagi pelanggarnya, diperkuat dengan sanksi-sanksi. Hal ini tercakup dalam hukum adat yang berisis perintah, larangan dan kebolehan.

Dalam konteks masyarakat hukum adat Papua, filosofi dasar dibalik kearifan lokal (adat) adalah menjaga tata hubungan atau interaksi yang mengedepankan keseimbangan; baik keseimbangan antara manusia dengan manusia, manusia dengan alamnya dan manusia dengan Tuhannya, pola interaksi tersebut ini merupakan sumber pengetahuan masyarakat adat yang kemudian melahirkan nilai-nilai kearifan yang mendasari pola tata kelakuan yang mengatur perilaku komunitas masyarakat adat pada suatu kelompok masyarakat adat tertentu sehingga menjadi perilaku yang dipegang, dihargai dan mempunyai kekuatan mengikat didalam kelompok tersebut.

Cara pandang inilah yang kemudian mendasari konsep keputusan penyelesaian masalah didalam komunitas masyarakat adat yang lebih mengedepankan asas keadilan dan perdamaian. Inilah dasar pijak kita ketika hendak membedah lebih jauh apa peluang dan tantangan terhadap pengakuan dan penguatan peradilan adat di Papua. Apa yang kita pikir sebagai Peluang ternyata bahwa dalam seminar ini tampaknya justru berada didalam ancaman misalnya kearifan lokal terasa mulai luntur/pudar; keberadaan (populasi) masyarakat adat Papua yang juga mulai berkurang; juga makin sedikit yang memahami kearifan lokal; kenyataan bahwa ditingkat komunitas dikelompok basis masyarakat adat

dikampung-kampung mulai terjadi kekosongan pemimpin adat sesuai struktur kepemimpinan adat setiap suku, dan sebaliknya praktek yang terjadi saat ini menunjukkan bahwa banyak kali pimpinan adat yang diangkat tidak lagi mengikuti proses adat tapi lebih banyak berdasarkan status sosial. Kondisi-kondisi ini, bisa jadi melemahkan. Namun karena fakta pernah mencatat bahwa semua ini pernah ada dan mampu memberi kontribusif yang positif dalam penegakan dan penghormatan hak-hak masyarakat adat dalam menciptakan rasa aman, damai dan adil maka upaya penguatan terhadap mekanisme penyelesaian masalah menurut hukum adat ini patut untuk dipikirkan keberadaannya.

Aspek pendukung lain yang juga tidak kalah penting adalah aspek hukum dari sisi inipun peluang untuk mendorong pengakuan dan penguatan terhadap Peradilan Adat dapat dijustifikasi, baik pengakuan terhadap eksistensi masyarakat adatnya, maupun pengakuan terhadap peran kepemimpinan adat dalam menyelesaikan permasalahan yang melibatkan masyarakat adat. Mengingat dari sisi inipun tersimpan permasalahan yang mengganggu maka penting untuk dilakukannya pengkajian yang mendalam sehingga terjadi harmonisasi dan keselarasan.

Misalnya di era Otonomi Khusus Pemerintah Provinsi Papua mengeluarkan beberapa kebijakan Peraturan Daerah Khusus (Perdasus) tentang pengakuan dan perlindungan bagi masyarakat hukum adat dan Peradilan Adat di Provinsi Papua, antara lain :

- (1)Peraturan Daerah Khusus (Perdasus) Nomor 20 Tahun 2008 tentang Peradilan Adat di Papua;

(2)Peraturan Daerah Khusus (Perdapus) Nomor 23 Tahun 2008 tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Hak Perorangan Warga Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah;

(3)Peraturan Daerah Khusus (Perdapus) Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pemilihan Anggota Majelis Rakyat Papua (MRP).

Dengan kebijakan dimaksud sebagai bagian dari langka strategis keberpihakan, pemberdayaan, dan perlindungan dalam memproteksi hak-hak dasar orang asli Papua guna berpartisipasi dalam era otonomi khusus Papua.

### **C. Landasan Teori dan Kerangka Pikir**

Kajian pada landasan teori dibangun dengan maksud sebagai bingkai pisau analisis pada permasalahan yang memfokuskan pada kajian tentang paradigma negara hukum, *the living law*, dan hakekat pluralisme hukum, dan makna kebijakan otonomi khusus terhadap pengakuan peradilan adat dalam mewujudkan negara hukum berdasarkan tiga (3) teori tersebut.

#### **1. Teori Negara Hukum**

Pemikiran mengenai Negara dan hukum, pada mulanya diintrodusir oleh Plato (427-347 SM) berkat didikan sang maha gurunya Socrates (419-399 SM),<sup>39</sup> seperti yang tergambar dalam karyanya sebagaimana dikutip J.J. Von Schmid yang mengemukakan bahwa <sup>40</sup>:

Karya utamanya ialah “politea” (Negara). Karya itu memuat pikiran Plato tentang Negara dan hukum yang kemudian dilajutkannya dalam Ahli Negara

---

<sup>39</sup> Plato SM adalah murid Socrates, ia dilahirkan pada tal. 29 Mei 429 SM di Athena. Plato banyak menghasilkan karya dalam bidang Filsafat, Politik dan Hukum. Diantara karyanya yang termasyur adalah Politea (tentang Negara), Politicos (tentang Ahli Negara), dan Nomoi (tentang UU), dalam Jazim Hamidi, dkk (Tim Geen Mind Community/GMC), *Teori Dan Politik Hukum Tata Negara*. Totalmedia, Malang, 2009, h. 36.

<sup>40</sup> J.J. Von Schmid, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara Dan Hukum*. Pejermah. R. Wiratno Djamaluddin Singomangkuto dan Jamadi. Pustaka Sarjana, Jakarta, 19988. h. 8,9.

(Politicos) dan Undang-Undang (Nomoi). Negara atau “Republik” Plato, yang ditulis dalam bentuk timbale cakap yang terdiri dari 10 bagian buku. Di dalamnya ia menggambarkan kepada Negara-negara yang dicita-citakan, yang berdasarkan keadilan. Keadilan haruslah memerintah, kebaikan seharusnya menjelma dalam Negara.

Gagasan Sokrates dan Plato tersebut dalam prespektif Negara dan hukum juga dianggap sebagai cikal bakal lainnya konsepsi Negara dan hukum dari para filsuf dan pakar hukum dan politik di negara-negara modern saat ini.

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 bijaksananya 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 undang-undang (*wet/lex/law*). Sebab keadilanlah yang seharusnya memerintah dan terjelma dalam kehidupan pemerintahan. Sebelum konsep negara hukum populer pada abad ke-19, suasana kehidupan kenegaraan ketika itu ditandai dan didominasi kekuasaan mutlak (absolut 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 sebagai 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 menganung substansi keadilan yang seharusnya ditegakkan melalui fungsi politik, ternyata dalam perjalanannya sering berubah menjadi sekedar alat untuk mempertahankan kekuasaan semata. Karena itu latarbelakang 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.

Hakekat 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 (1724-1884)' 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 dekret, 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 literatur 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 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 1945, serta Hak Asasi Manusia, kemudian berakhir pula pada tercapainya cita-cita dan tujuan Negara Republik Indonesia sebagaimana yang diamanatkan dalam Pancasila dan UUD 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>41</sup>:

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.

---

<sup>41</sup> Muh. Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Study Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Medinah Dan Masa Kini*. Pustaka Media, Jakarta, 2003, hlm. 88,89.

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>42</sup>:

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

---

<sup>42</sup> C.F.G. Sunarjati Hartono, *Apakah The Rule Of Law*, Alumni, Bandung, 1976, h. 100-101

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 *The Living Law***

Dalam kajian ilmu hukum *the living law* bukan menjadi isu lama dalam kehidupan masyarakat terutama masyarakat adat atau masyarakat hukum adat. *The living law* secara populer di kemukakan oleh ahli sosiologi hukum yaitu Eugen Ehrlich (1862-1922) berkebangsaan Austria menempatkan *the living law* sebagai salah satu sumber pelengkap hukum yang disejajarkan dengan sejarah hukum dan teori hukum. Kemudian teori tersebut menjadi bagian dalam potret teori realisme hukum dan pluralisme hukum kehidupan masyarakat. Oleh karena itu, konsepsi Austin tentang penetapan melalui hukum Negara sebagai satu-satunya hukum yang mengatur kehidupan masyarakat tersebut dikritik oleh para pengikut mazhab sejarah yang meyakini bahwa setiap masyarakat memiliki ciri khas masing-masing tergantung pada riwayat hidup dan struktur sosial yang hidup dan berkembang untuk mengatur kepentingan-kepentingan masyarakat. Menurut Friedrich Carl von Savigny (sebagai tokoh utama madzhab sejarah) bahwa hukum merupakan salah satu faktor dalam kehidupan bersama suatu bangsa seperti bahasa, adat, moral, tatanegara. Oleh karena itu, hukum adalah sesuatu yang bersifat supra individual, suatu gejala masyarakat. Tetapi suatu masyarakat lahir dalam sejarah. Lepas dari perkembangan

masyarakat tidak terdapat hukum sama sekali. 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 :

- 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 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 normative. 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 (*the 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 Eugen 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*” di Papua, maka menurut Achmad Ali,<sup>43</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 (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;

---

<sup>43</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, h. 216-217.

dan c) sepanjang sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia dan sepanjang diatur oleh undang-undang.

### 3. Teori Keputusan (*Beslissingenleer*) menurut Ter Haar

Sebelum dijelaskan teori keputusan (*Beslissingenleer*) Ter Haar, lebih dulu dijelaskan defenisi adat dan hukum adat yang masih menimbulkan perdebatan. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, adat adalah aturan (perbuatan... dsb) yg lazim diturut atau dilakukan sejak dahulu kala; cara (kelakuan ... dsb) yg sudah menjadi kebiasaan; wujud gagasan kebudayaan yg terdiri atas nilai-nilai budaya, norma, hukum, dan aturan yg satu dengan lainnya berkaitan menjadi suatu sistem. Karena istilah Adat yang telah diserap kedalam Bahasa Indonesia menjadi kebiasaan maka istilah hukum adat dapat disamakan dengan hukum kebiasaan. Namun menurut Van Dijk, kurang tepat bila hukum adat diartikan sebagai hukum kebiasaan. Menurutnya hukum kebiasaan adalah kompleks peraturan hukum yang timbul karena kebiasaan berarti demikian lamanya orang bisa bertingkah laku menurut suatu cara tertentu sehingga lahir suatu peraturan yang diterima dan juga diinginkan oleh masyarakat. Jadi, menurut Van Dijk, hukum adat dan hukum kebiasaan itu memiliki perbedaan. Sedangkan di bagian lain menurut Soejono Soekanto, hukum adat hakikatnya merupakan hukum kebiasaan, namun kebiasaan yang mempunyai akibat hukum (*das sein das sollen*).<sup>44</sup> Berbeda dengan kebiasaan (dalam arti biasa), kebiasaan yang merupakan penerapan dari hukum adat adalah perbuatan-perbuatan yang dilakukan berulang-ulang dalam bentuk yang sama menuju kepada *Rechtsvaardige Ordening Der Samenleving*.

---

<sup>44</sup> Moh. Koesnoe, Catatan-Catatan Terhadap Hukum Adat Dewasa Ini, Airlangga University Press, 1979.

Menurut Ter Haar yang terkenal dengan teorinya *Beslissingenleer* (teori keputusan) mengungkapkan bahwa hukum adat mencakup seluruh peraturan-peraturan yang menjelma di dalam keputusan-keputusan para pejabat hukum yang mempunyai kewibawaan dan pengaruh, serta di dalam pelaksanaannya berlaku secara serta merta dan dipatuhi dengan sepenuh hati oleh mereka yang diatur oleh keputusan tersebut. Keputusan tersebut dapat berupa sebuah persengketaan, akan tetapi juga diambil berdasarkan kerukunan dan musyawarah. Dalam tulisannya Ter Haar juga menyatakan bahwa hukum adat dapat timbul dari keputusan warga masyarakat. Syekh Jalaluddin menjelaskan bahwa hukum adat pertama-tama merupakan persambungan tali antara dulu dengan kemudian, pada pihak adanya atau tiadanya yang dilihat dari hal yang dilakukan berulang-ulang. Hukum adat tidak terletak pada peristiwa tersebut melainkan pada apa yang tidak tertulis di belakang peristiwa tersebut, sedang yang tidak tertulis itu adalah ketentuan keharusan yang berada di belakang fakta-fakta yang menuntuk bertautnya suatu peristiwa dengan peristiwa lain.

Untuk memperkuat penjelasan di atas, defenisi hukum adat secara konseptual menurut beberapa ahli hukum adat di bawah ini.

#### 1) Cornelis van Vollenhoven

Menurut Prof. Mr. Cornelis van Vollenhoven, hukum adat adalah keseluruhan aturan tingkah laku positif yang di satu pihak mempunyai sanksi (hukum) dan di pihak lain dalam keadaan tidak dikodifikasi (adat). Tingkah laku positif memiliki makna hukum yang dinyatakan berlaku di sini dan sekarang. Sedangkan sanksi yang dimaksud adalah reaksi (konsekuensi) dari pihak lain

atas suatu pelanggaran terhadap norma (hukum). Sedang kodifikasi dapat berarti sebagai berikut.

(1) menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia kodifikasi berarti himpunan berbagai peraturan menjadi undang-undang; atau hal penyusunan kitab perundang-undangan; atau penggolongan hukum dan undang-undang berdasarkan asas-asas tertentu di buku undang-undang yang baku.

(2) menurut Prof. Djodjodigono kodifikasi adalah pembukuan secara sistematis suatu daerah / lapangan bidang hukum tertentu sebagai kesatuan secara bulat (semua bagian diatur), lengkap (diatur segala unsurnya) dan tuntas (diatur semua soal yang mungkin terjadi).

## 2) Ter Haar

Ter Haar membuat dua perumusan yang menunjukkan perubahan pendapatnya tentang apa yang dinamakan hukum adat. Hukum adat lahir dan dipelihara oleh keputusan-keputusan warga masyarakat hukum adat, terutama keputusan yang berwibawa dari kepala-kepala rakyat (kepala adat) yang membantu pelaksanaan-pelaksanaan perbuatan-perbuatan hukum, atau dalam hal pertentangan kepentingan keputusan para hakim yang bertugas mengadili sengketa, sepanjang keputusan-keputusan tersebut karena kesewenangan atau kurang pengertian tidak bertentangan dengan keyakinan hukum rakyat, melainkan senapas dan seirama dengan kesadaran tersebut, diterima, diakui atau setidaknya tidak-tidaknya ditoleransi.

Hukum adat yang berlaku tersebut hanya dapat diketahui dan dilihat dalam bentuk keputusan-keputusan para fungsionaris hukum (kekuasaan tidak

terbatas pada dua kekuasaan saja, eksekutif dan yudikatif) tersebut. Keputusan tersebut tidak hanya keputusan mengenai suatu sengketa yang resmi tetapi juga di luar itu didasarkan pada musyawarah (kerukunan). Keputusan ini diambil berdasarkan nilai-nilai yang hidup sesuai dengan alam rohani dan hidup kemasyarakatan anggota-anggota persekutuan tersebut.

#### **4. Kerangka dan Bagan Berpikir.**

Hukum lahir dari pengalaman sehari-hari para individu dalam masyarakat. Pengalaman hidup seperti ini berlangsung bertahun-tahun atau berabad-abad lamanya, karena itu dipandang berguna dan memberikan kemanfaatan dalam pergaulan hidup yang kemudian dipertahankan. Pengalaman-pengalaman ini kemudian mengkristal dalam kehidupan masyarakat adat, baik dalam interaksinya antara individu, individu dengan masyarakat dan antar masyarakat satu sama lain. Kristalisasi pengalaman itu kemudian berubah menjadi nilai yang dianggap luhur dan sacral, sehingga menjadi suatu hal yang wajib dipertahankan bahkan diteruskan dari generasi ke generasi secara turun temurun. Bagi masyarakat adat yang tidak mentaati nilai itu dianggap sebagai perbuatan yang tercela dan bahkan dianggap tabu. Nilai-nilai yang bersifat abstrak karena terlalu luas dan tidak dapat ditangkap dengan pancaindera. Nilai ini dianggap suatu yang luhur dan sangat berharga, sehingga wajib dipertahankan dalam kehidupan. Akan tetapi untuk mengaplikasikan nilai itu sangat sulit karena sangat abstrak dan luas tadi. Untuk mengaktualisasikannya, maka nilai itu diderifasi atau diturunkan ke dalam bentuk-bentuk yang lebih spesifik. Bentuk-bentuk spesifik hasil dari derifasi nilai ini kemudian disebut dengan azas-azas hukum.

Menurut Sartjipto Rahardjo, Asas Hukum adalah unsur yang penting dan pokok dari peraturan hukum. Azas hukum adalah jantungnya peraturan hukum, karena ia merupakan yang paling luas bagi lahirnya peraturan hukum<sup>45</sup>, juga sebagai alasan atau dasar pemikiran bagi lahirnya peraturan hukum. Asas hukum itu pada prinsipnya tidak akan pernah habis kekuatannya dengan dengan melahirkan suatu peraturan hukum, melainkan akan tetap saja ada dan akan tetap saja melahirkan peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita social dan pandangan etis masyarakat.<sup>46</sup>

Menurut Eikema Hommes, mengatakan bahwa azas hukum bukanlah norma hukum positif yang konkrit, tetapi ia adalah dasar-dasar pikiran umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku. Azas hukum adalah dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif.<sup>47</sup> Sedangkan menurut Paul Scholten<sup>48</sup>, azas hukum adalah pikiran-pikiran dasar yang terdapat di dalam dan dibalik sistem hukum masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim, yang berkenaan dengannya ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya.

Menurut Theo Huijbers<sup>49</sup> menegaskan bahwa azas hukum ialah prinsip-prinsip yang dianggap menjadi dasar atau fundamen hukum. Azas-azas ini lahir dari nilai-nilai yang menjadi titik tolak berpikir tentang hukum. Azas-azas ini

---

<sup>45</sup> Dominikus Rato, Op.cit, hal. 74.

<sup>46</sup> Satjipto Rahardjo, Op.cit, hal. 43 – 45.

<sup>47</sup> Dominikus Rato, Op.cit, hal. 75.

<sup>48</sup> Paul Scholten, Struktur Ilmu Hukum, diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta, Cetakan ke-2, Alumni, Bandung, 2005, hal. 174.

<sup>49</sup> Theo Huijbers, Filsafat Hukum, Kanisius, Yogyakarta, 1995. Yang dikutip oleh Dominikus Rato, Op.cit, hal. 75-76.

menjadi landasan dan acuan dalam pembentukan undang-undang, bahkan dalam melakukan interpretasi undang-undang tersebut. Menurut Huijbers azas-azas hukum terdiri dari : a). azas-azas hukum objektif yang bersifat moral (yang menjadi landasan moral); b). azas-azas hukum objektif yang bersifat rasional yaitu prinsip-prinsip yang termasuk pengertian hukum dan aturan hidup bersama yang rasional (masuk akal); dan, c). azas-azas hukum subjektif yang bersifat moral maupun rasional, yakni hak-hak yang ada pada manusia dan menjadi titik tolak pembentukan hukum.

Menurut pendapat Sudikno Mertokusumo, mengatakan bahwa Asas hukum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Dan bahwa asas hukum itu merupakan pengedepan hukum positif dalam suatu masyarakat.<sup>50</sup>

Dalam pada itu menurut Cornelis van Volenhoven, memberikan pengertian pula kepada Hukum Adat adalah keseluruhan aturan tingkah laku positif yang disatu pihak mempunyai sanksi (oleh karena itu disebut hukum) dan di sisi lain dalam keadaan tidak dikodifikasikan (oleh karena itu disebut adat). Positif yaitu *hic et nunc* artinya hukum yang dinyatakan berlaku disini dan saat ini atau dengan kata lain “hukum yang sedang berlaku di suatu Negara tertentu pada saat tertentu.” Saksi adalah reaksi atau konsekuensi dari pihak lain atas pelanggaran suatu norma. Dan, kodifikasi adalah pembukuan sistematis suatu daerah/lapangan/bidang hukum tertentu sebagai kesatuan secara bulat, lengkap dan tuntas. Bulat dan utuh artinya semua bagian diatur; lengkap artinya segala unsur-

---

<sup>50</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Liberty, Jakarta, 1988, hal. 32.

unsur juga diatur; tuntas artinya semua soal, hal atau kondisi yang mungkin timbul. Sistematis dan terstruktur artinya mengikuti suatu sistem tertentu yang pada umumnya sudah terpola<sup>51</sup>.

Lembaga Peradilan Provinsi Papua berpedoman pada sistem hukum nasional Indonesia. Penyelesaian-penyelasaan perkara menurut hukum adat juga diberlakukan di Papua. Selain itu adapula yang disebut dengan Lembaga adat yang pada prinsipnya mengatur segala sesuatu yang terkait dengan hak-hak masyarakat adat di wilayah hukum adat tertentu.

Lembaga adat merupakan 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, namun tidak berwenang menjatuhkan hukuman pidana penjara atau kurungan.

Putusan Pengadilan adalah Pernyataan hakim yang diucapkan dalam sidang pengadilan, baik terbuka untuk umum ataupun tertutup untuk umum, yang dapat merupakan pemidanaan atau bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini.<sup>52</sup> Segala putusan pengadilan selain memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Dominikus Rato, Op.cit, hal. 14.

<sup>52</sup> Undang-Undang RI Nomor : 8 Tahun 1981 Tentang KUHAP dan Penjelasan, Titik Terang, 1995, hal. 13.

<sup>53</sup> Pasal 25 Ayat (1) Undang-Undang Nomor : 4 Tahun 2005.

Hakim Adat adalah Pejabat dalam lembaga adat yang diberi wewenang oleh hukum adat setempat untuk bertindak sebagai Pengambil Keputusan Adat serta menjatuhkan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap dalam lingkungan Hukum Adat dan Masyarakat Hukum Adat setempat.

Hakim adalah pejabat peradilan Negara yang diberi wewenang oleh Undang-undang untuk mengadili.<sup>54</sup>

Dalam rumusan pasal 5 ayat 3 b UU Darurat No. 1 tahun 1951 memberikan pemahaman :

- a. Tentang tindak pidana diukur menurut hukum yang hidup dalam masyarakat. Tindak pidana demikian itu bila terjadi, maka pidana adatlah sebagai sanksinya.
- b. Apabila terpidana adat tidak mengikuti putusan pengadilan adat tersebut, maka pengadilan negeri setempat dapat memutus perkaranya berdasar tiga kemungkinan.
- c. Bahwa berlaku tidaknya legalitas materiil ditentukan oleh sikap atau keputusan terpidana untuk mengikuti atau tidak mengikuti putusan pengadilan adat. Jika putusan pengadilan adat diikuti oleh terpidana, maka ketika itulah legalisasi materiil berfungsi. Berfungsinya legalisasi materiil disini merupakan hal yang wajar karena tindak pidana yang dilakukan pelaku adalah murni bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum tidak tertulis).

Dalam undang-undang no. 14 Tahun 1970 Jo. UU No. 35 tahun 2009 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman, juga memberikan pemahaman :

---

<sup>54</sup> Ibid.

- a. Pasal 5 ayat 1 :” Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”. Kata “menurut hukum” dapat diartikan secara luas mencakup legalisasi formil dan materiil. Pasal tersebut merupakan petunjuk bagi hakim untuk senantiasa memperhatikan peraturan tertulis dan hukum yang benar-benar hidup dalam masyarakat, apabila hendak menegakkan keadilan.
- b. Pasal 14 ayat 1:” Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”. Jika “hukum” yang dimaksud dalam rumusan diatas adalah hanya yang tertulis, sedangkan hakim wajib memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya meskipun hukum tertulis tidak secara nyata mengaturnya. Dengan demikian hakim harus menggali hukum yang tidak tertulis (hukum yang hidup).
- c. Pasal 23 ayat 1:” Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan itu, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”.
- d. Pasal 27 ayat 1 :” Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat”.

Dalam Konsep Rancangan KUHP Baru Tahun 2000, memberikan pemahaman pula bahwa :

Pasal 1 ayat 3 :” Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup atau hukum adat yang menentukan

bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”.

Adapun dibawah ini, disajikan kerangka berpikir dari penelitian penulisan tesis ini, sebagai berikut :

### Bagan Kerangka Pikir

