

DISERTASI

**HAKIKAT KEDUDUKAN HUKUM ADAT DALAM PENEGAKAN HUKUM
PIDANA PADA MASYARAKAT HUKUM ADAT DI PAPUA**



OLEH:

ABDI REZA FACHLEWI JUNUS

NIM : B013202006

PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM

UNIVERSITAS HASANUDIN

MAKASSAR

2023

**HAKIKAT KEDUDUKAN HUKUM ADAT DALAM PENEKAKAN
HUKUM PIDANA PADA MASYARAKAT
HUKUM ADAT DI PAPIA**

DISERTASI

Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Doktor

Program Studi:

ILMU HUKUM

Disusun dan Diajukan Oleh:

ABDI REZA FACHLEWI JUNUS

B013202006

Kepada:

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2023**

DISERTASI

**HAKIKAT KEDUDUKAN HUKUM ADAT DALAM PENEGAKAN
HUKUM PIDANA PADA MASYARAKAT
HUKUM ADAT PAPUA**

Disusun dan diajukan oleh:

**ABDI REZA FACHLEWI JUNUS
B013202006**

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka Penyelesaian Studi
Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Pada tanggal 15 Agustus 2023
Dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

Menyetujui,

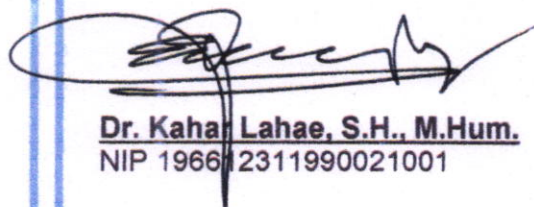
Promotor,



Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum.
NIP 196712311991032002

Co. Promotor,

Co. Promotor,

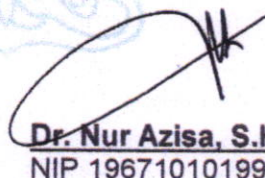


Dr. Kahar Lahae, S.H., M.Hum.
NIP 196612311990021001

Ketua Program Studi S3
Ilmu Hukum,



Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si.
NIP 196408241991032002



Dr. Nur Azisa, S.H., M.H.
NIP 196710101992022002

Dekan Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin,



Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P.
NIP 197312311999031003

PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : **Abdi Reza Fachlewi Junus**

Nomor Pokok : B013202006

Program Studi : Doktor Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa penulisan Disertasi yang berjudul **Hakikat Kedudukan Hukum Adat Dalam Penegakan Hukum Pidana Pada Masyarakat Hukum Adat Di Papua.**

Adalah benar-benar karya saya sendiri, hal yang bukan merupakan karya saya dalam penulisan Disertasi ini diberi tanda Citasi dan ditunjukkan dalam daftar pustaka.

Apabila dikemudian hari terbukti pernyataan saya tidak benar maka saya bersedia menerima sanksi sesuai peraturan Menteri Pendidikan Nasional Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2020 dan Perundang-Undangan yang berlaku.

Makassar, 15 Agustus 2023

Yang menyatakan


Abdi Reza Fachlewi Junus

ABSTRAK

Abdi Reza Fachlewi Junus. Nomor Induk Mahasiswa B013202006. Hakikat Kedudukan Hukum Adat Dalam Penegakan Hukum Pidana Pada Masyarakat Hukum Adat di Papua di bawah bimbingan tim promotor Farida Patittingi, Kahar Lahae dan Nur Azisa.

Tujuan penelitian ini adalah 1) Untuk menganalisis dan menemukan harmonisasi hukum adat dengan hukum nasional dalam sistem hukum Indonesia. 2) Untuk menganalisis dan menemukan implementasi penegakan hukum pidana terhadap penyelesaian secara Hukum Adat dalam perkara pidana pada Masyarakat Adat Papua. 3) Untuk menemukan konsep ideal dalam rangka menciptakan harmonisasi antara hukum adat dengan hukum nasional dalam penyelesaian tindak pidana pada masyarakat adat Papua.

Penelitian ini berbentuk *socio legal research* yaitu suatu tipe penelitian yang orientasinya tertuju pada aspek hukum dan aspek non hukum yakni bekerjanya hukum dalam masyarakat. Hukum dikonsepsikan bukan hanya dalam dimensi normatif tetapi dikonsepsikan pula sebagai suatu gejala empirik yang dapat diamati dalam konteks realitasnya di masyarakat. Dengan kata lain, penelitian ini mengkaji hukum baik dalam aspek *law in books* maupun dalam aspek *law in action*. Tujuan pokok penelitian tipe *socio legal research* adalah menguji apakah suatu aturan (*postulat*) normatif dapat atau tidak dapat digunakan untuk memecahkan suatu masalah hukum dalam kenyataan (*in concreto*).

Hasil penelitian menunjukkan bahwa 1) Harmonisasi antara hukum pidana adat dengan hukum nasional (KUHP) di Papua dalam perjalanannya telah terlaksana namun pada kasus tertentu masih terdapat tindak pidana yang diproses oleh pengadilan negeri padahal telah diputuskan oleh peradilan adat setempat sehingga menimbulkan adanya ketidakpastian hukum bagi masyarakat serta berpotensi terjadi konflik horizontal. 2) Implementasi hukum pidana adat di Papua dilaksanakan berdasarkan ketentuan dalam Undang-Undang Otonomi Khusus Papua yakni dengan menjatuhkan sanksi selain sanksi penjara namun realitas menunjukkan bahwa penerapan sanksi pidana adat ternyata pada umumnya tidak menghapuskan pidana terhadap pelaku berdasarkan hukum nasional . 3) Konsep ideal dalam menciptakan harmonisasi antara hukum adat dengan hukum nasional di Papua harus dibuat dalam suatu regulasi/peraturan perundang-undangan yang mengatur penanganan perkara pidana adat yang terkategori sebagai pidana adat di Papua melalui pendekatan *Restorative Justice* yang diperkuat dengan keterangan ahli.

Kata Kunci: Hukum Adat , hukum pidana, masyarakat hukum adat

ABSTRACT

Abdi Reza Fachlewi Junus. Identification Number B013202006. The Nature of the Position of Customary Law in Enforcement of Criminal Law in the Papuan Customary Law Society under guidance Farida Patittingi, Kahar Lahae dan Nur Azisa.

The aims of this study are 1) to analyze and find harmonization of customary law with national law in the Indonesian legal system. 2) To analyze and find the implementation of criminal law enforcement against customary law settlements in criminal cases in the Papuan Indigenous Peoples. 3) To find ideal concept in order to create harmonization between customary law and national law in resolving criminal acts in indigenous Papuans.

This research is in the form of socio legal research, which is a type of research whose orientation is focused on legal aspects and non-legal aspects, namely the operation of law in society. Law is conceptualized not only in the normative dimension but also conceptualized as an empirical phenomenon that can be observed in the context of reality in society. In other words, this research examines law both in terms of law in books and in terms of law in action. The main objective of this type of socio legal research is to test whether a normative rule (postulate) can or cannot be used to solve a legal problem in reality (in concreto).

The results of the study show that 1) Harmonization between customary criminal law and national law (KUHP) in Papua has been carried out in its journey but in certain cases there are still criminal acts that are processed by district courts even though they have been decided by local customary courts, giving rise to legal uncertainty for the community as well as the potential for horizontal conflict. 2) Implementation of customary criminal law in Papua is carried out based on provisions in the Papua Special Autonomy Law, namely by imposing sanctions other than imprisonment but the reality shows that the application of customary criminal sanctions in general does not eliminate crimes against perpetrators based on national law. 3) The ideal concept of creating harmonization between customary law and national law in Papua must be made into a regulation/statutory regulation that regulates the handling of customary criminal cases which are categorized as customary crimes in Papua through a Restorative Justice approach which is strengthened by expert testimony.

Keywords: Customary law, criminal law, customary law community

KATA PENGANTAR

Puji syukur dan terima kasih yang sebesar-besarnya peneliti haturkan kepada Allah SWT atas segala nikmat Kesehatan, kekuatan serta cinta dan rahmat yang tiada bandingannya sehingga peneliti diberikan kesempatan untuk menempuh pendidikan strata tiga pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar. Penelitian ini dilaksanakan dengan bimbingan, bantuan dan dukungan dari banyak pihak yang memberikan andil yang sangat besar bagi peneliti dalam penyelesaiannya. Pada kesempatan ini perkenankan peneliti menyampaikan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada :

1. Terima kasih kepada Orang Tua peneliti Bapak H. Abdullah Junus (Alm) dan ibu Hj.Susanti, Bapak H.Surkiyah, S.Sos,MM dan ibu Umiyati,S.Pd yang telah menghantarkan peneliti pada pencapaian saat ini meskipun hari ini tidak dapat hadir dan menyaksikan semuanya namun peneliti menyadari sepenuhnya bahwa segala pencapaian peneliti adalah buah cinta, kasih sayang, bimbingan, didikan dari orang tua peneliti;
2. Terima kasih kepada Istri tercinta Anggih Niasuti yang telah mendampingi peneliti tanpa lelah dan senantiasa memberikan dukungan yang menguatkan peneliti termasuk dalam penyelesaian studi ini.

3. Terima kasih kepada anak-anak tercinta Azura Saskia Zhufairah Junus, Ameera Fathinah Uzma Junus dan Abizar Abdullah Kamayel Junus atas cinta, kasih sayang, doa, perhatian dan dukungan kepada peneliti

Penyelesaian studi peneliti tidak dapat dilepaskan pula dari peran, bantuan, dukungan dan bimbingan dari seluruh pihak pada Kampus Tercinta :

1. Terima kasih kepada bapak Prof. Dr. Jamaluddin Jompa.,M.Sc, Rektor Universitas Hasanuddin atas dukungan, bimbingan dan segala fasilitas Pendidikan yang tersedia di Kampus Tercinta Universitas Hasanuddin sehingga memberikan kemudahan bagi peneliti untuk memperoleh ilmu yang sangat bermanfaat selama menempuh pendidikan di Universitas Hasanuddin ;
2. Terima kasih kepada bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, SH.,MH.,MAP, dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin atas bimbingan, bantuan, dukungan dan ketersediaan sarana penunjang Pendidikan pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin yang sangat memberikan kemudahan dalam pelaksanaan pembelajaran dan Pendidikan bagi peneliti khususnya dan bagi seluruh mahasiswa Fakultas Hukum pada umumnya;
3. Terima kasih kepada Ibu Prof. Dr. Marwati Riza, SH.,M.Si, Ketua Program Studi Doktor Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin atas bimbingan, dukungan, dan segala kemudahan dalam proses belajar mengajar yang mampu menciptakan suasana perkuliahan yang

berkualitas meskipun dalam suasana Covid 19 pada tahun 2021 dan awal 2022.

4. Terima kasih kepada ibu Prof. Dr. Farida Patittingi, SH.,MH., bapak Dr. Kahar Lahae, SH.,MH dan Ibu Dr. Nur Azisah, SH.,MH selaku tim promotor yang telah memberikan bimbingan, dukungan dan tidak henti-hentinya memberikan ilmu yang bermanfaat bagi peneliti baik dalam proses perkuliahan maupun dalam proses penyelesaian penelitian ini.
5. Terima kasih kepada Bapak Dr. Bambang Sugeng Rukmono, SH.,MH Jaksa Agung Muda Pembinaan Kejaksaan RI selaku penguji Eksternal yang telah memberikan saran, kritik membangun dan dukungan dalam penelitian ini.
6. Terima kasih kepada Bapak Prof. Dr. Ir. Abrar Saleng, SH.,MH, Ibu Prof. Dr. Andi Suryaman M. Pide, SH.,MH, bapak Dr. Syamsuddin Muchtar, SH.,MH, dan Ibu Dr. Haeranah, SH.,MH., selaku tim penguji yang telah memberikan saran, kritik membangun, dukungan dan memberikan ilmu yang sangat bermanfaat baik dalam proses belajar mengajar maupun dalam penyelesaian penelitian ini.
7. Terima Kasih kepada Ketua Umum Eka Tjipta Foundation (ETF) Bapak Hong Tjin beserta Jajarannya atas bantuan dan dukungannya memberikan beasiswa kepada peneliti.

8. Terima Kasih Kepada Kepala Kepala Kejaksaan Tinggi Jawa Timur Ibu Dr. Mia Amiati, SH,MH yang telah memberi dukungan dan segala kemudahan dalam proses penelitian.
9. Terima kasih kepada seluruh pegawai dan petugas administrasi Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin atas bantuan dan dukungannya.

Pada akhirnya ucapan terima yang tidak terhingga kepada sahabat, rekan kerja, keluarga dan seluruh pihak yang telah memberikan bantuan, doa dan dukungan kepada peneliti yang tidak dapat peneliti sebutkan satu persatu. Semoga setiap bantuan dan doa yang telah diberikan mendapatkan pahala yang berlipat ganda dari Allah SWT. Permintaan maaf yang sebesar-besarnya peneliti sampaikan pula apabila di dalam penyelesaian karya ilmiah ini terdapat kekurangan dan kelemahan yang merupakan hal yang tidak dapat dihindari sebagai manusia yang tak luput dari salah dan khilaf.

Makassar , Juni 2023

Peneliti

DAFTAR ISI

Halaman judul	i
Halaman Pengesahan	ii
Abstrak	iii
<i>Abstract</i>	iv
Kata Pengantar	v
Daftar isi	vii
Bab Uraian	Hlm.
I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	21
C. Tujuan Penelitian	21
D. Manfaat Penelitian	22
E. Orisinalitas Penelitian	23
II TINJAUAN PUSTAKA	25
A. Kerangka Teori	25
1. Teori Keadilan	25
2. Teori <i>Living Law</i>	38
3. Teori Validitas Hukum	44
4. Teori Hukum Pidana	51
5. Teori Sistem Hukum	58
B. Kerangka Konseptual	61
1. Konsep Negara Hukum	61

	2. Sistem Hukum	67
	3. Konsep Hak Asasi Manusia	84
	4. Konsep Penegakan Hukum	85
	5. Konsep Hukum Adat	88
	5. Hukum Pidana Adat	93
	C. Kerangka Pemikiran	97
	D. Definisi Operasional Variabel	98
III	METODE PENELITIAN	99
	A. Jenis Penelitian	99
	B. Pendekatan Penelitian	100
	C. Lokasi Penelitian	101
	D. Populasi Penelitian	101
	E. Jenis Data dan Instumen Penelitian	101
	F. Analisis Data	102
IV	HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	105
	A. Harmonisasi Hukum Hukum Adat Dengan Hukum Nasional Dalam Sistem Hukum Indonesia	108
	B. Implementasi Penegakan Hukum Pidana Terhadap Penyelesaian Secara Hukum Adat Dalam Perkara Pidana Pada Masyarakat Adat Papua	136
	C. Konsep Hukum Yang Ideal Dalam Rangka Menciptakan Harmonsiasi Antara Hukum Adat	

Dengan Hukum Nasional Dalam Penyelesaian 167
Tindakan Pidana Pada Masyarakat Adat Papua.

V	PENUTUP	208
	A. Kesimpulan	208
	B. Saran	209
	DAFTAR PUSTAKA	210

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dalam Perubahan Keempat pada tahun 2002 memberikan perubahan antara lain penegasan konsepsi negara hukum dalam batang tubuh UUD NRI 1945 konsepsi negara hukum atau "*rechtsstaat*" yang sebelumnya hanya tercantum dalam Penjelasan UUD 1945 kemudian secara tegas disebutkan dalam Pasal 1 ayat (3) bahwa "Negara Indonesia adalah Negara Hukum." Dalam konsep negara hukum ini, diidealkan bahwa yang harus dijadikan panglima dalam dinamika kehidupan kenegaraan adalah hukum, bukan politik ataupun ekonomi.¹

Gagasan negara hukum dibangun dengan mengembangkan perangkat hukum itu sendiri sebagai suatu sistem yang fungsional dan berkeadilan, dikembangkan dengan menata supra struktur dan infra struktur kelembagaan politik, ekonomi dan sosial yang tertib dan teratur, serta dibina dengan membangun budaya dan kesadaran hukum yang rasional dan impersonal dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Untuk itu, sistem hukum itu perlu dibangun (*law making*)

¹Jimly Asshiddiqie. Makalah: Gagasan Negara Hukum Indonesia. www.jimly.com/makalah/namafile/135/Konsep_Negara_Hukum_Indonesia.pdf. Diakses tanggal 22 Januari 2022

dan ditegakkan (*law enforcing*) sebagaimana mestinya, dimulai dengan konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi kedudukannya.² Unsur dan asas negara hukum dalam pandangan Scheltema sebagaimana dikutip oleh Arief Sidharta³, meliputi 5 (lima) yaitu pengakuan, penghormatan, dan perlindungan Hak Asasi Manusia yang berakar dalam penghormatan atas martabat manusia (*human dignity*), berlakunya asas kepastian hukum, bertujuan menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat dan untuk mewujudkan kepastian hukum dan prediktabilitas yang tinggi, sehingga dinamika kehidupan bersama dalam masyarakat bersifat '*predictable*'.

Asas-asas yang terkandung dalam atau terkait dengan asas kepastian hukum itu adalah pertama, asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum; Kedua, asas Undang-Undang menetapkan berbagai perangkat peraturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan; Ketiga asas non-retroaktif perundang-undangan; Keempat, asas peradilan bebas, independen, imparial, dan objektif, rasional, adil dan manusiawi; Kelima asas non-*liquet*, hakim tidak boleh menolak perkara karena alasan undang undangnya tidak ada atau tidak jelas dan hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam Undang-Undang atau UUD; Keenam, Berlakunya Persamaan (*Similia Similius* atau

² *Ibid*

³ B. Arief Sidharta. Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum Jentera Hukum *Rule of Law*. Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Jakarta, edisi 3 Tahun II, November 2004. Hlm. 124-125.

equality before the Law). Dalam negara hukum, pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau kelompok orang tertentu, atau memdiskriminasikan orang atau kelompok orang tertentu. Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di hadapan hukum dan pemerintahan dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga negara; Ketujuh Asas demokrasi di mana setiap orang mempunyai hak dan kesempatan yang sama untuk turut serta dalam pemerintahan atau untuk mempengaruhi tindakan-tindakan pemerintahan. Pemerintah dan Pejabat mengemban amanat sebagai pelayan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan bernegara yang bersangkutan. Pemerintah dan pejabat mengemban amanat sebagai pelayan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan bernegara yang bersangkutan.⁴

Fungsi penegakan hukum dalam konsep negara hukum, memegang peranan penting karena merupakan bagian dari proses kegiatan hukum nasional sebagaimana dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo bahwa penegakan hukum adalah suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide tentang keadilan-keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan.⁵ Penegakan hukum adalah

⁴ *Ibid.*

⁵ Satjipto Rahardjo. 1987. Masalah Penegakan Hukum. Bandung : Sinar Baru. Hlm.15

proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Ditinjau dari sudut subjeknya, penegakan hukum itu dapat dilakukan oleh subjek yang luas dan dapat pula diartikan sebagai upaya penegakan hukum oleh subjek dalam arti yang terbatas atau sempit. Dalam arti luas, proses penegakan hukum itu melibatkan semua subjek hukum dalam setiap hubungan hukum. Siapa saja yang menjalankan aturan normatif atau melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dengan mendasarkan diri pada norma aturan hukum yang berlaku, berarti dia menjalankan atau menegakkan aturan hukum. Dalam arti sempit, dari segi subjeknya itu, penegakan hukum itu hanya diartikan sebagai upaya aparaturnya penegakan hukum tertentu untuk menjamin dan memastikan bahwa suatu aturan hukum berjalan sebagaimana seharusnya. Dalam memastikan tegaknya hukum itu, apabila diperlukan, aparaturnya penegak hukum itu diperkenankan untuk menggunakan daya paksa.⁶

Penegakan hukum merupakan tanggung jawab bagi seluruh lapisan masyarakat, bukan hanya penegak hukum. Hubungan yang kemudian harus dipahami adalah antara penegakan hukum dengan budaya hukum pada masyarakat. Ketidakpatuhan terhadap hukum dapat menimbulkan dampak membudaya baik secara langsung

⁶*ibid*

maupun tidak langsung dan membawa pengaruh besar terhadap penegakan hukum di Indonesia. Penegakan hukum ini bertolak belakang dengan semangat Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum.

Pada hakikatnya hukum mengandung ide atau konsep-konsep yang abstrak, namun meskipun hukum bersifat abstrak, hukum dibuat untuk dapat diterapkan dalam kehidupan sehari-hari sehingga dibutuhkan adanya suatu kegiatan untuk mewujudkan ide-ide tersebut ke dalam masyarakat yang senantiasa berubah, baik perubahan yang berkembang secara alami yang cepat (*revolusioner*) maupun perubahan masyarakat yang direncanakan dan diarahkan secara bertahap dan wajar. Dalam konteks ini, maka titik tolak pemahaman terhadap hukum tidak sekadar sebagai suatu dokumen yang ditetapkan melalui berbagai bentuk peraturan perundang-undangan, melainkan dilihat sebagai suatu gejala yang dapat diamati di dalam masyarakat melalui tingkah laku warga masyarakat. Realitas tersebut berarti titik perhatian harus ditujukan kepada hubungan antara hukum dengan faktor-faktor non hukum lainnya, terutama faktor nilai dan sikap serta pandangan masyarakat yang disebut dengan kultur hukum.⁷

Masyarakat Indonesia merupakan masyarakat yang majemuk yang terdiri atas beragam suku, agama, budaya yang berbeda-beda,

⁷ *Ibid.*

yang merupakan satu kesatuan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia. Bhineka Tunggal Ika adalah semboyan bagi bangsa Indonesia, ia berarti berbeda-beda namun tetap dalam satu ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Kebhinekaan yang dimaksud adalah banyaknya suku bangsa yang mendiami pulau-pulau di seluruh wilayah Indonesia. Selain beraneka ragamnya suku bangsa dan budaya, kebhinekaan juga terjadi pada sistem hukum yang berlaku di Indonesia. Setiap suku bangsa memiliki aturan dan norma-norma yang mereka taati sejak zaman dahulu kala. Aturan dan norma ini kemudian dikenal dengan istilah Hukum Adat (*adatrecht*).⁸

Istilah hukum adat adalah terjemahan dari istilah dalam bahasa Belanda '*adatrecht*'. Orang pertama yang menggunakan istilah '*adatrecht*' adalah Snouck Hurgronje, beliau seorang ahli sastra ketimuran berkebangsaan Belanda.⁹ Hukum Adat adalah hukum yang berlaku dan berkembang dalam lingkungan masyarakat di suatu daerah. Ada beberapa pengertian mengenai Hukum Adat. Menurut Surojo Wignjodipuro, hukum adat itu adalah suatu kompleks norma-norma yang bersumber pada perasaan keadilan rakyat yang selalu berkembang serta meliputi peraturan-peraturan tingkah laku manusia dalam kehidupan sehari-hari dalam masyarakat, sebagian besar tidak

⁸Soleman Biasane Taneko. 1981. Dasar-dasar hukum Adat. Alumni : Bandung. Hlm. 21

⁹Bushar Muhammad. 1981. Asas-Asas Hukum Adat (suatu pengantar). Pradnya Paramitha: Jakarta. Hlm. 9

tertulis, senantiasa ditaati dan dihormati oleh rakyat, karena mempunyai akibat hukum (sanksi).¹⁰

Konsep masyarakat hukum adat untuk pertama kali diperkenalkan oleh Cornelius van Vollenhoven. Vollenhoven mengangkat nilai-nilai hukum adat sebagai kodifikasi rakyat pribumi. Seorang hakim menghadapi kenyataan bahwa ada peraturan tingkah laku yang oleh masyarakat dianggap patut dan mengikat para warga masyarakat serta ada perasaan umum peraturan-peraturan itu harus dipertahankan oleh para pejabat hukum, maka peraturan-peraturan adat tadi bersifat hukum¹¹ Hal inilah yang membedakan adat dengan hukum adat dalam pandangannya. Vollenhoven telah membela hukum adat terhadap ancaman pembuat Undang-Undang yang mendesak atau bahkan berusaha melengyapkan hukum adat. Untuk itu dia telah meyakinkan pembuat Undang-Undang, bahwa hukum adat merupakan hukum yang hidup dan memiliki sistem tersendiri. Selanjutnya, van Vollenhoven telah membagi wilayah hukum adat Indonesia ke dalam 19 lingkungan hukum adat atau *adat rechts kringen*. Pembagian tersebut sangat mempermudah untuk mempelajari hukum adat masing-masing daerah yang masing-masing memiliki ciri khas, sehingga diperoleh suatu ikhtisar yang sistematis dari hukum adat di Indonesia.¹²

¹⁰ Surojo Wignjodipuro. 1982, Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat. Gunung Agung: Jakarta. Hlm. 17

¹¹ Soerjono Soekanto. 1981. Pokok-Pokok Hukum Adat. Alumni : Bandung. Hlm.

¹² *Ibid.*

Ter Haar sebagai murid dari Cornelius van Vollenhoven mengeksplor lebih mendalam tentang masyarakat hukum adat. Ter Haar memberikan pengertian bahwa masyarakat hukum adat adalah kelompok masyarakat yang teratur, menetap di suatu daerah tertentu, mempunyai kekuasaan sendiri, dan mempunyai kekayaan sendiri baik berupa benda yang terlihat maupun yang tidak terlihat, dimana para anggota kesatuan masing-masing mengalami kehidupan dalam masyarakat sebagai hal yang wajar menurut kodrat alam dan tidak seorang pun diantara para anggota itu mempunyai pikiran atau kecenderungan untuk membubarkan ikatan yang telah tumbuh itu atau meninggalkan dalam arti melepaskan diri dari ikatan itu untuk selamanya.¹³ Sepanjang dasawarsa 1930-an, sampai pecahnya perang Pasifik tahun 1942, ter Haar berhasil mempertahankan hukum adat sebagai hukum yang hidup dan terpakai di badan-badan pengadilan negara (yang diselenggarakan khusus untuk memeriksa perkara-perkara orang-orang pribumi ialah *landraad*). Ter Haar berhasil mengukuhkan hukum adat atas dasar dan/atau atas kekuatan preseden-preseden yang dikembangkan dalam yurisprudensi *landraad*.¹⁴

¹³ Husen Alting. 2010. *Dinamika Hukum Dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah*, Laksbang Pressindo : Yogyakarta. Hlm 30

¹⁴ Soetandyo Wignjosebroto. 1995. *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional*. Raja Grafindo Persada : Jakarta. Hlm. 124.

Frederik David Hollemann mengkontruksikan 4 (empat) sifat umum dari masyarakat adat, yaitu magis religius, komunal, konkrit dan kontan. Hal ini terungkap dalam uraian singkat sebagai berikut : ¹⁵

1. Sifat *magis religius* diartikan sebagai suatu pola pikir yang didasarkan pada keyakinan masyarakat tentang adanya sesuatu yang bersifat sakral. Sebelum masyarakat bersentuhan dengan sistem hukum agama religiusitas ini diwujudkan dalam cara berfikir yang frologika, animism, dan kepercayaan pada alam *gahib*. Masyarakat harus menjaga keharmonisan antara alam nyata dan alam batin (dunia gaib). Setelah masyarakat mengenal sistem hukum agama perasaan *religijs* diwujudkan dalam bentuk kepercayaan kepada Tuhan (Allah). Masyarakat percaya bahwa setiap perbuatan apapun bentuknya akan selalu mendapat imbalan dan hukuman tuhan sesuai dengan derajat perubahannya.
2. Sifat komunal (*commuun*), masyarakat memiliki asumsi bahwa setiap individu, anggota masyarakat merupakan bagian integral dari masyarakat secara keseluruhan. Diyakini bahwa kepentingan individu harus sewajarnya disesuaikan dengan kepentingan-kepentingan masyarakat karena tidak ada individu yang terlepas dari masyarakat.

¹⁵ *Loc Cit.* Hlm 46

3. Sifat kongkrit diartikan sebagai corak yang seba jelas atau nyata menunjukkan bahwa setiap hubungan hukum yang terjadi dalam masyarakat tidak dilakukan secara diam-diam atau samar.
4. Sifat kontan (*kontane handeling*) mengandung arti sebagai kesertamertaan terutama dalam pemenuhan prestasi yang diberikan secara sertamerta/seketika.

Hukum adat berkembang mengikuti perkembangan masyarakat dan tradisi rakyat yang ada. Hukum adat pada hakikatnya merupakan endapan kesusilaan dalam masyarakat yang kebenarannya mendapatkan pengakuan dalam masyarakat tersebut. Dalam perkembangannya, keberadaan masyarakat hukum adat masih menimbulkan perdebatan terkait keberadaannya sebagai hukum adat untuk mengatur kegiatan sehari-hari masyarakat dan menyelesaikan suatu permasalahan-permasalahan yang timbul di masyarakat hukum adat. Hal ini tentu saja tidak dapat dilepaskan dari keberadaan aturan hukum yang dibuat oleh badan atau lembaga pembuat Undang-Undang dan peraturan perundang-undangan lainnya.

Keberadaan hukum adat ini secara resmi telah diakui oleh negara keberadaannya tetapi penggunaannya pun terbatas. Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 menegaskan bahwa "negara 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” yang berarti bahwa negara mengakui keberadaan hukum adat serta konstitusional haknya dalam sistem hukum Indonesia.”

Selain diatur dalam konstitusi, hukum adat diatur pula dalam Pasal 3 UUPA yang menegaskan bahwa pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi”.

Eksistensi berlakunya hukum adat selain dikenal dalam instrumen hukum nasional juga diatur instrumen Internasional. Ketentuan Pasal 15 ayat (2) *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) menyebutkan bahwa, “*Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations*”. Kemudian rekomendasi dari Kongres Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang “*The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*” dinyatakan bahwa sistem hukum pidana yang selama ini ada di beberapa negara (terutama yang berasal/diimpor dari hukum asing semasa zaman kolonial), pada umumnya bersifat “*obsolete and unjust*”

(telah usang dan tidak adil) serta “*outmoded and unreal*” (sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan). Alasannya karena sistem hukum di beberapa negara tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada diskrepansi dengan aspirasi masyarakat, serta tidak responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini. Kondisi demikian oleh kongres PBB dinyatakan sebagai faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan.¹⁶

Dari uraian di atas dapat dikatakan bahwa ruang lingkup dan dimensi hukum adat sebagaimana konteks di atas teramat luas di mana diatur dalam instrumen hukum, baik instrumen nasional dan Internasional. Selain itu, dikaji dari dimensi substansinya hukum adat dapat terbagi menjadi hukum perdata adat, hukum tata negara adat, hukum pidana adat (*delictentrecht*) dan lain sebagainya.

Karakteristik hukum adat pada dasarnya tidak membedakan antara hukum pidana adat, hukum perdata adat, hukum tata negara adat dan lain sebagainya. Konsekuensi logisnya adalah hukum adat tidak mengenal pembedaan hukum pidana dengan hukum perdata (privat) dan di antara keduanya saling berkorelasi satu sama lain. Sehubungan dengan hal tersebut, tidak ada perbedaan prinsip dalam prosedur penyelesaian perkara-perkara pelanggaran hukum adat. Jika terjadi pelanggaran para fungsionaris hukum (penguasa/kepala adat)

¹⁶ Lilik Mulyadi. 2010. Eksistensi Hukum Pidana Adat di Indonesia: Pengkajian Asas, Teori, Norma, Praktik dan Prosedurnya, untuk wilayah Pengadilan Tinggi Banda Aceh, Medan, Denpasar, Mataram dan Banjarmasin . Kencana : Jakarta. Hlm. 2

berwenang mengambil tindakan konkret, baik atas inisiatif sendiri atau berdasarkan pengaduan pihak yang dirugikan. Dalam konteks hukum pidana adat maka terhadap pelanggarnya dapat dituntut atas dasar norma hukum pidana dan norma hukum perdata. Pada norma hukum pidana dituntut berdasarkan ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b UU Dart Nomor 1 Tahun 1951 jo Pasal-Pasal dalam KUHP.

Hukum pidana adat berikut sanksi-sanksi adat diupayakan untuk dihapus dari sistem hukum di Indonesia dan diganti oleh peraturan perundang-undangan sehingga prosedur penyelesaian perkara-perkara pidana pada umumnya disalurkan melalui peradilan umum. Akan tetapi, sampai sekarang masih terdapat hakim-hakim yang mendasarkan putusannya pada “hukum adat” atau setidaknya pada hukum yang dianggap sebagai hukum adat dengan penafsirannya atas Pasal 5 ayat 3 UU No. 1/Drt/1951.¹⁷

Masyarakat Hukum adat di nusantara menurut pandangan Cornelius van Vollenhoven dapat di bagi menjadi 19 lingkaran hukum adat, dan salah satunya adalah lingkaran hukum adat Papua yang didalamnya termasuk Provinsi Papua dan Papua Barat. Dalam Bab 1 pada Pasal 1 huruf r Undang – Undang Republik Indonesia nomor 21 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua (selanjutnya disebut UU Otsus Papua) diatur bahwa Masyarakat Hukum Adat adalah

¹⁷ H.R. Otje Salman Soemadiningrat. 2002. Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer, Alumni : Bandung. Hlm. 155

masyarakat asli papua yang sejak kelahirannya hidup dalam wilayah tertentu dan terikat serta tunduk kepada hukum adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi diantara para anggotanya.¹⁸ Kemudian pada Pasal 1 huruf q diatur bahwa hukum adat adalah aturan atau norma tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat hukum adat, mengatur, mengikat dan dipertahankan, serta mempunyai sanksi.

Otonomi khusus bagi Provinsi Papua pada dasarnya adalah pemberian kewenangan yang lebih luas bagi Provinsi Papua dan rakyat Papua untuk mengatur dan mengurus diri sendiri daerahnya dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia. Kewenangan ini berarti pula kewenangan untuk memberdayakan potensi sosial budaya dan perekonomian masyarakat Papua termasuk memberikan peran yang memadai bagi orang asli Papua melalui wakil adat, agama dan kaum perempuan. Peran yang dilakukan adalah ikut serta merumuskan kebijakan daerah, menentukan strategi pembangunan dengan tetap menghargai kesetaraan dan keragaman kehidupan masyarakat Papua, melestarikan budaya serta lingkungan alam Papua yang tercermin melalui perubahan nama Irian Jaya menjadi Papua, lambang daerah dalam bentuk bendera daerah dan lagu daerah sebagai bentuk aktualisasi jati diri rakyat Papua dan pengakuan terhadap eksistensi hak ulayat dan hukum adat. Eksistensi masyarakat hukum adat Papua yang memiliki kebhinekaan suku bangsa dan budaya perlu dikaji secara

¹⁸ *Ibid*

normatif dan empiris sebagai masukan dalam rangka perlindungan dan pengembangan masyarakat hukum ada di bidang kebudayaan dan hukum adat, tujuannya agar antara hukum adat dan hukum Negara hidup berdampingan guna menopang pembangunan hukum Nasional dan daerah. Hal ini diatur antara lain dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 2 Tahun 2021 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua. Pengakuan dan perlindungan hukum adat diatur pula dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 Tahun 2014 tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat.

Pasal 50 ayat (2) UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Propinsi Papua menentukan bahwa selain kekuasaan kehakiman (yang dilaksanakan oleh Badan Peradilan sesuai dengan peraturan perundang-undangan), diakui adanya peradilan adat di dalam masyarakat hukum adat tertentu. Selanjutnya Pasal 51 ayat (1) menentukan 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 warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

Dalam penerapan hukum adat, dilakukan pula pembentukan Peraturan Daerah Khusus antara lain Perdasus No. 9 Tahun 2019

tentang Pedoman Pengakuan, Perlindungan, Pemberdayaan Masyarakat Hukum Adat dan Wilayah Adat di Provinsi Papua. Mencermati Perdasus tersebut substansi Perdasus dimaksud hanya sebatas pada pengakuan terhadap keberadaan hukum adat dan pengaturan hanya sebatas pada wilayah dan penyelesaian sengketa yang lebih dominan pada penyelesaian sengketa yang berkaitan dengan tanah. Tidak ditemukan adanya pengaturan mengenai penyelesaian masalah pidana dalam masyarakat hukum adat. Namun realitasnya, penanganan tindak pidana di Papua dilakukan berdasarkan hukum adat Papua antara lain pada masyarakat adat Suku Moi di Papua yang lebih mengutamakan upaya musyawarah dalam penyelesaian tindak pidana.¹⁹

Eksistensi norma, asas dan praktek hukum pidana adat sampai sekarang masih diterapkan hakim yang bertitik tolak pada hukum pidana adat atau menganggap hukum pidana adat masih berlaku seperti dalam praktek yurisprudensi Mahkamah Agung RI salah satunya tercermin pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991 dan Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991 yang menyatakan bahwa terhadap terdakwa yang telah melakukan perbuatan hubungan kelamin di luar perkawinan dijatuhi sanksi adat (reaksi adat) oleh kepala adat, tidak

¹⁹ Muhammad Ilham. 2022. Proses Penyelesaian Tindak pidana Berdasarkan Adat Suku Moi (Studi Kasus Polres Kota Sorong). Jurnal Justisi Vol. 8 No. 1 Tahun 2022. Hlm. 40

dapat diajukan lagi (untuk kedua kalinya) kepada badan peradilan negara (pengadilan negeri) dengan dakwaan yang sama melanggar hukum adat dan dijatuhkan hukuman penjara menurut ketentuan hukum pidana.²⁰

Permasalahan yang kemudian timbul adalah dalam realitasnya, pemberlakuan hukum nasional yang bermuara pada supremasi hukum secara tegas harus mengacu pada peraturan perundang-undangan sebagai perwujudan asas legalitas. Pada tataran dogmatik hukum yang secara teoretis berkorelasi dengan teori hukum khususnya hukum positif maka tindak pidana adat (hukum pidana adat) haruslah berupa sebuah rumusan yang bersifat tertulis sehingga dapat dikualifisir unsur perbuatan tindak pidana adat sebagai suatu *primes mayor*. Untuk itu, dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b UU Darat Nomor 1 Tahun 1951 sebagai berikut:

- a. Bahwa tindak pidana adat yang tidak memiliki padanan dalam KUHP di mana sifatnya tidak berat atau dianggap tindak pidana adat yang ringan ancaman pidananya adalah pidana penjara dengan ancaman paling lama tiga bulan dan/atau denda sebanyak lima ratus rupiah (setara dengan kejahatan ringan), minimumnya sebagaimana termaktub dalam ketentuan Pasal 12 KUHP yaitu 1 (satu) hari untuk pidana penjara dan pidana denda minimal 25 sen

²⁰ Soerjono Soekanto. 1982. Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia, Kurnia Esa : Jakarta. Hlm. 36-37

sesuai dengan ketentuan Pasal 30 KUHP. Akan tetapi, untuk tindak pidana adat yang berat ancaman pidana paling lama 10 (spuluh) tahun, sebagai pengganti dari hukuman adat yang tidak dijalani oleh terdakwa.

- b. Tindak pidana adat yang ada padanannya dalam KUHP maka ancaman pidananya sama dengan ancaman pidana yang ada dalam KUHP
- c. Sanksi adat sebagaimana ketentuan konteks di atas dapat dijadikan pidana pokok atau pidana utama oleh hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus perbuatan yang menurut hukum yang hidup (*living law*) dianggap sebagai tindak pidana yang tiada bandingnya dalam KUHP sedangkan tindak pidana yang ada padanannya dalam KUHP harus dijatuhkan sanksi sesuai dengan ketentuan KUHP.

Pengaturan mengenai penanganan tindak pidana berdasarkan hukum adat pada dasarnya telah ditegaskan pula dalam Pasal 51 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2008 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua sebagai berikut :

- 1) 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.
- 2) Pengadilan adat disusun menurut ketentuan hukum adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan.
- 3) Pengadilan adat memeriksa dan mengadili sengketa perdata adat dan perkara pidana sebagaimana dimaksud pada ayat 1

berdasarkan hukum adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

- 4) Dalam hal salah satu pihak yang bersengketa atau yang berperkara berkeberatan atas putusan yang telah diambil oleh pengadilan adat yang memeriksanya sebagaimana dimaksud pada ayat 3, pihak yang berkeberatan tersebut berhak meminta kepada pengadilan tingkat pertama di lingkungan badan peradilan yang berwenang untuk memeriksa dan mengadili ulang sengketa atau perkara yang bersangkutan.
- 5) Pengadilan adat tidak berwenang menjatuhkan hukuman pidana penjara atau kurungan.
- 6) Putusan pengadilan adat mengenai delik pidana yang perkaranya tidak dimintakan pemeriksaan ulang sebagaimana yang dimaksud pada ayat 4, menjadi putusan akhir dan berkekuatan hukum tetap.
- 7) Untuk membebaskan pelaku pidana dari tuntutan pidana menurut ketentuan hukum pidana yang berlaku, diperlukan pernyataan persetujuan untuk dilaksanakan dari Ketua Pengadilan Negeri yang mewilayahinya yang diperoleh melalui Kepala Kejaksaan Negeri yang bersangkutan dengan tempat terjadinya peristiwa pidana sebagaimana dimaksud pada ayat 3.
- 8) Dalam hal permintaan pernyataan persetujuan untuk dilaksanakan bagi putusan pengadilan adat sebagaimana dimaksud pada ayat 7 ditolak oleh Pengadilan Negeri, maka putusan pengadilan adat sebagaimana dimaksud pada ayat 6 menjadi bahan pertimbangan hukum Pengadilan Negeri dalam memutuskan perkara yang bersangkutan.

Mencermati beberapa ketentuan di atas maka dapat dilihat bahwa tidak ada ketentuan yang memberikan pembatasan mengenai tindak pidana yang dapat diselesaikan melalui hukum adat. Demikian pula tidak ada satupun ketentuan yang memberikan ketegasan mengenai kedudukan putusan pengadilan adat terhadap tindak pidana yang telah diatur melalui hukum nasional. Pada dimensi teori hukum maka hukum pidana adat dipandang sebagai norma hidup (*living law*) yang eksis dalam masyarakat Indonesia. Oleh karena dimensi demikian maka hukum pidana adat dalam implementasinya dipergunakan penafsiran hukum berupa penafsiran sosiologi atau teleologis.

Konsekuensi logis penafsiran sosiologis atau teleologis ini dilakukan terhadap praktek hukum sehingga harus mempunyai tolok ukurnya dalam hukum positif. Namun demikian pemberlakuan pidana adat di Papua dalam realitasnya masih berhadapan dengan beberapa permasalahan berdasarkan penyelesaian tindak pidana melalui hukum adat di Papua yaitu penyelesaian tindak pidana melalui hukum adat tidak membedakan antara tindak pidana ringan dan tindak pidana berat. Hal yang sama juga terjadi di Kabupaten Jayawijaya di mana kasus pembunuhan diselesaikan melalui hukum adat dengan penyelesaian berupa penyerahan berupa uang Rp. 155 juta, babi 24 ekor, Noken 108 buah dan sebidang tanah dengan luas 40 m x 8 m dari pelaku kepada korban.²¹ Kondisi ini memicu terjadinya perbedaan prinsip dan pandangan bagi masyarakat hukum adat dalam memahami hukum nasional dan keberadaan hukum negara yang menyebabkan masyarakat adat Papua menganggap bahwa seluruh masalah pidana dapat diselesaikan melalui peradilan adat.

Berdasarkan uraian di atas maka isu dalam penelitian ini adalah harmonisasi hukum pidana adat dengan hukum nasional (KUHP) agar tidak menimbulkan ketidakpastian hukum.

²¹ Tribun News Papua. Polres Jayawijaya Mediasi Penyelesaian Kasus Pembunuhan Secara Adat. <https://tribrataneews.papua.polri.go.id/2020/09/04/polres-jayawijaya-mediasi-penyelesaian-kasus-pembunuhan-secara-adat/> akses tanggal 4 Agustus 2022.

B. Rumusan Masalah

Masalah yang akan dirumuskan berkaitan dengan Hakikat Kedudukan Hukum Adat Dalam Penegakan Hukum Pidana di Papua, diantaranya sebagai berikut :

1. Bagaimanakah harmonisasi hukum adat dengan hukum nasional dalam sistem hukum Indonesia ?
2. Bagaimanakah implementasi penegakan hukum pidana terhadap penyelesaian secara Hukum Adat dalam perkara pidana pada Masyarakat Adat Papua?
3. Bagaimanakah Konsep hukum yang ideal dalam rangka menciptakan harmonisasi antara hukum adat dengan hukum nasional dalam penyelesaian tindak pidana pada masyarakat adat Papua?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang ingin dicapai dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mendeskripsikan dan menemukan harmonisasi hukum hukum adat dengan hukum nasional dalam sistem hukum Indonesia.
2. Untuk mendeskripsikan dan menemukan implementasi penegakan hukum pidana terhadap penyelesaian secara Hukum Adat dalam perkara pidana pada Masyarakat Adat Papua.

3. Untuk menemukan konsep hukum yang ideal dalam rangka menciptakan harmonisasi antara hukum adat dengan hukum nasional dalam penyelesaian tindak pidana pada masyarakat adat Papua.

D. Manfaat Penelitian

Adapun hasil yang diharapkan dalam pembahasan mengenai Kedudukan Hukum Adat Dalam Penegakan Hukum Pidana Di Provinsi Papua Barat, diantaranya adalah :

1. Manfaat Teoritis

Secara teoritis dapat menambah dan memperdalam keilmuan bidang Hukum Pidana dan Hukum Adat serta bermanfaat bagi pengembangan Ilmu Hukum khususnya dibidang perlindungan Hukum Adat, karena hasil dapat digunakan dalam kedudukan Hukum adat terhadap Hukum Nasional dalam upaya harmonisasi Penegakan Hukum dalam perkara pidana terhadap masyarakat Adat di Papua.

2. Manfaat praktis

Secara praktis diharapkan dalam Penegakan Hukum dapat harmonis antara penyelesaian perkara pidana secara Hukum Adat dengan Hukum Nasional sehingga tidak menimbulkan potensi konflik yang dapat terjadi didalam masyarakat adat di Papua.

E. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelusuran tentang penelitian yang berkaitan dengan judul penelitian mengenai Hakikat Kedudukan Hukum Adat Dalam Penegakan Hukum Pidana Di Papua, maka ditemukan sedikitnya 2 (dua) judul penelitian yang ada sebelumnya, yakni :

1. Mohammad Jamin, Politik Hukum Pengakuan Peradilan Adat di Provinsi Papua Pasca berlakunya Undang-Undang Otonomi Khusus, Universitas Brawijaya, 2013. Persamaan disertasi tersebut dengan penelitian ini adalah keduanya mengkaji dan meneliti tentang peradilan adat di Papua. Perbedaan disertasi tersebut dengan penelitian ini adalah disertasi tersebut difokuskan pada politik hukum dalam rangka pengakuan peradilan adat pasca otonomi khusus sehingga lebih dominan dalam membahas mengenai sejarah pengakuan hukum adat Papua sejak dahulu hingga saat ini. Penelitian ini difokuskan pada pada kebijakan penegakan hukum pidana terhadap penyelesaian secara Hukum Adat dalam perkara pidana pada Masyarakat Adat di Papua sehingga penelitian ini lebih dominan pada upaya implementasi sehingga tercipta harmonisasi hukum adat dengan hukum nasional.
2. Erni Dwita Silambi, Eksistensi Peradilan Adat Dalam Penyelesaian Perkara Pidana Adat Malind Anim Di Merauke, Disertasi, Universitas Hasanuddin , 2021. Persamaan disertasi tersebut dengan penelitian ini adalah keduanya membahas dan mengkaji

serta meneliti mengenai penyelesaian pidana adat di Papua. Perbedaan disertasi tersebut dengan penelitian ini adalah disertasi tersebut difokuskan pada mekanisme penyelesaian perkara pidana melalui peradilan adat Malind Anim di Merauke sehingga disertasi tersebut lebih dominan mengkaji mengenai eksistensi dari peradilan adat sedangkan penelitian ini difokuskan pada kebijakan penegakan hukum pidana terhadap penyelesaian secara Hukum Adat dalam perkara pidana pada Masyarakat Adat di Papua sehingga penelitian ini lebih dominan pada upaya implementasi sehingga tercipta harmonisasi hukum adat dengan hukum nasional.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kerangka Teori

1. Teori Keadilan

Keadilan berasal dari kata adil, menurut Kamus Bahasa Indonesia adil adalah tidak sewenang-wenang, tidak memihak, tidak berat sebelah. Adil terutama mengandung arti bahwa suatu keputusan dan tindakan didasarkan atas norma-norma objektif. Keadilan pada dasarnya adalah suatu konsep yang relatif, setiap orang tidak sama, adil menurut yang satu belum tentu adil bagi yang lainnya, ketika seseorang menegaskan bahwa ia melakukan suatu keadilan, hal itu tentunya harus relevan dengan ketertiban umum dimana suatu skala keadilan diakui. Skala keadilan sangat bervariasi dari satu tempat ke tempat lain, setiap skala didefinisikan dan sepenuhnya ditentukan oleh masyarakat sesuai dengan ketertiban umum dari masyarakat tersebut.²²

Terminologi keadilan dapat dipahami sebagai sebuah nilai yang digunakan untuk menciptakan hubungan yang serasi dan seimbang antar manusia dengan lainnya dan memberikan apa yang menjadi hak seseorang dan bila terdapat pelanggaran terkait

²² M. Agus Santoso. 2014. Hukum, Moral dan Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum, Cetak Kedua, Kencana : Jakarta. Hlm. 85.

keadilan maka seseorang dapat menerima hukuman. Keadilan juga dimaknai sebagai pemenuhan keinginan individu dalam suatu tingkat tertentu. Pemenuhan keadilan sehingga suatu keadaan layak disebut adil adalah sesuatu yang sulit dijawab berdasarkan pengetahuan rasional. Jawaban pertanyaan tersebut adalah suatu pembenaran nilai.²³

Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif. Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan. Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan. Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor-faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.²⁴

Selanjutnya Hans Kelsen mengemukakan bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakikat suatu benda atau

²³ Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Syafa'at, 2006, *Toeri Hens Kelsen Tentang Hukum*, Sekretariat Jendral MK RI : Jakarta. Hlm. 18.

²⁴ Hans Kelsen. 2011. *General Theory of Law and State*, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Nusa Media : Bandung. Hlm. 7

hakikat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya sah dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.²⁵

Hukum sebagai kategori moral serupa dengan keadilan, pernyataan yang ditunjukkan untuk pengelompokan sosial tersebut, menurut Hans Kelsen sepenuhnya benar apabila tujuan utamanya adalah untuk memuaskan semua pihak yang berkepentingan dalam masyarakat. Rindu akan keadilan adalah rindu badi manusia akan kebahagiaan yang tidak bisa ditemukan sebagai individu dan karenanya harus dicari dalam hidup bermasyarakat. Sehingga wajar dinamakan “keadilan.”²⁶

Hans Kelsen mengemukakan bahwa nilai keadilan tidak sama sifatnya dengan nilai hukum. Sejatinya norma yang digunakan untuk standar keadilan sangatlah beragam sehingga tidak dapat diharmonisasikan. Oleh karenanya, “nilai keadilan” bersifat subyektif, sedangkan eksistensi dari nilai-nilai hukum dikondisikan oleh fakta-fakta yang dapat diuji secara objektif. ²⁷ Sebagai lanjutan dari

²⁵ *Ibid.* Hlm 14

²⁶ Hans Kelsen. 2010. *Introduction to The Problem of Legal Theory* , terjemah dari asli oleh Siwi Purwandari, Pengantar Toeri Hukum, Nusa Media : Bandung. Hlm. 48.

²⁷ I Dewe Gede Atmaja. 2013. *Filsafat Hukum: Dimensi Tematis dan Historis*. Setara Press : Malang. Hlm. 79

pendapatnya Kelsen menyebutkan, keadilan dalam arti legalitas yakni suatu penerapan hukum yang sesuai dengan yang ditetapkan dalam suatu tata hukum secara sadar. Namun, meski awalnya ia berpendapat tidak ada satu tolak ukur hukum yang adil, dengan keterbatasannya Kelsen mengutarakan bahwa “keadilan” adalah sebuah legalitas, sehingga tolak ukur keadilan hukum terletak pada keabsahannya menurut hukum positif.²⁸

Untuk menegakkan prinsip dasar yang kokoh dari suatu tananan sosial masyarakat, menurut Kelsen Keadilan harus dimaknai legalitas. Suatu peraturan umum dikatakan adil apabila peraturan tersebut benar-benar diterapkan secara menyeluruh, sementara itu suatu peraturan umum dianggap tidak adil jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.²⁹

Dalam Undang-Undang Dasar tahun 1945 ini, jelas bahwa selain untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dengan memajukan kesejahteraan umum, menciptakan keadilan sosial, Negara juga harus menjamin pelaksanaan hak asasi setiap warga negara dengan menciptakan suasana yang aman, tentram, tertib, damai dan sejahtera baik lahir maupun batin. Dengan demikian, akan terwujudlah tujuan Negara

²⁸ Kelik Wardianto and Khudzaifah Dimiyati, Basis Epistemologis Paradigma Rasional Dalam Ilmu Hukum: Sebuah Deskripsi Tentang Asumsi-Asumsi Dasar Teori Hukum Murni-Hans Kelsen", Jurnal Dinamika Hukum, Vol. 14, No. 3 (September, 2014). Hlm. 375.

²⁹ Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Syafa'at. 2010. Teori Hens Kelsen Tentang Hukum, Konstitusi Press : Jakarta. Hlm. 23.

untuk membentuk masyarakat Indonesia yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila.³⁰

Pancasila merumuskan bentuk keadilan yang disebut keadilan sosial. Keadilan sosial adalah suatu keadaan berkeadilan yang nyata di mana ada kesesuaian kenyataan sosial dengan hakikat nilai yang disebut adil.³¹ Kata “keadilan” di mata ahli filsafat hukum, terutama filsafat Barat mengandung perdebatan yang panjang dan kontraversial. Perdebatan kontraversial ini telah membawa konsekuensi bahwa, sulit untuk dapat menemukan tolak ukur apa sebenarnya hukum yang adil. Para ahli hukum membuat satu adagium untuk mendefinisikan keadilan dengan formula “melakukan yang benar dan tidak melakukan yang salah” sebagaimana ungkapan para penganut hukum positif.³²

John Rawls memandang keadilan sebagai kejujuran (*justice as fairness*) sehingga prinsip itulah yang harus dipedomani ada 2 (dua) prinsip dasar keadilan, yaitu: ³³

³⁰ Mahfud MD. 2011. Membangun Politik Hukum Menegakan Konstitusi. Rajawali Press : Jakarta. Hlm 17.

³¹ Kaelan. 2013. Negara Kebangsaan Pancasila, Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis, dan aktualisasinya. Paradigma : Yogyakarta. Hlm 401.

³²Khudzaifah Dimiyati, dkk. 2017. Hukum dan Moral: Basis Epistemologis Paradigma Rasional H.L.A Hart., Genta Publishing : Yogyakarta. Hlm. 39.

³³ John Rawls, *A Theory of Justice*, terj. Oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2011. Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara. Pustaka Pelajar : Yogyakarta. Hlm.23

1. Keadilan formal (*formal justice, legal justice*) yaitu menerapkan keadilan yang sama bagi setiap orang sesuai dengan bunyi peraturan.
2. Keadilan substantif (*substancial justice*) yaitu menerapkan hukum itu berarti mencari keadilan yang hakiki dan didukung oleh rasa keadilan sosial.
3. Rawls berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (*social institutions*). Akan tetapi, menurutnya, kebaikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau mengganggu rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan, khususnya masyarakat lemah. Oleh karena itu, sebagian kalangan menilai cara pandang Rawls sebagai perspektif "*liberal-egalitarian of social justice*".

Selanjutnya John Rawls menjelaskan bahwa para pihak di dalam posisi asal masing-masing akan mengadopsi dua prinsip keadilan utama, yaitu: ³⁴

1. "prinsip kebebasan yang sama" (*equal liberty principle*) setiap orang memiliki hak yang sama atas kebebasan-kebebasan dasar yang paling luas dan kompatibel dengan kebebasan-kebebasan sejenis bagi orang lain.

³⁴ John Rawls. 2011. *op cit.* Hlm. 72 .

2. “prinsip perbedaan” (*difference principle*) ketidaksamaan sosial dan ekonomi diatur sedemikian rupa, sehingga diperoleh manfaat sebesar-besarnya bagi anggota masyarakat yang paling tidak diuntungkan, terdiri dari:
 - a. prinsip ketidaksamaan yang dapat dibenarkan melalui kebijaksanaan terkontrol sepanjang menguntungkan kelompok masyarakat yang lemah misalnya jabatan-jabatan dan posisi-posisi harus dibuka bagi semua orang dalam keadaan dimana adanya persamaan kesempatan yang adil.
 - b. prinsip persamaan kesempatan adalah tidak hanya memerlukan adanya prinsip kualitas kemampuan semata, namun juga adanya dasar kemauan dan kebutuhan dari kualitas tersebut. Sehingga dengan kata lain, ketidaksamaan kesempatan akibat adanya perbedaan kualitas kemampuan, kemauan, dan kebutuhan dapat dipandang sebagai suatu nilai yang adil berdasarkan persepektif Rawls.

Selain itu, prinsip pertama memerlukan persamaan atas hak dan kewajiban dasar, sementara pada prinsip kedua berpijak dari hadirnya kondisi ketimpangan sosial dan ekonomi yang kemudian dalam mencapai nilai-nilai keadilan dapat diperkenankan jika memberikan manfaat bagi setiap orang, khususnya terhadap kelompok masyarakat yang kurang beruntung (*the least advantage*).

Rawls meneguhkan adanya aturan prioritas yaitu prinsip pertama haruslah ditempatkan di atas prinsip kedua, sedangkan prinsip kedua bagian (b) harus diutamakan dari prinsip kedua bagian (a). Dengan demikian, untuk mewujudkan masyarakat yang adil Rawls berusaha untuk memosisikan kebebasan akan hak-hak dasar sebagai nilai yang tertinggi dan kemudian harus diikuti dengan adanya jaminan kesempatan yang sama bagi setiap orang untuk menduduki jabatan atau posisi tertentu. Pada akhirnya, Rawls juga menisbatkan bahwa adanya pembedaan tertentu juga dapat diterima sepanjang meningkatkan atau membawa manfaat terbesar bagi orang-orang yang paling tidak beruntung.³⁵

John Rawls mencoba untuk memperkuat argumentasi dari adanya kemungkinan kesepakatan yang lebih bebas tanpa memperhatikan kedalaman dari nilai-nilai keyakinan agama dan metafisik yang disetujui oleh para pihak sepanjang kesepakatan tersebut terbuka untuk dibicarakan secara damai, logis, adil, dan bijaksana, serta melepaskan adanya klaim-klaim atas kebenaran yang universal (universal truth). Dengan demikian, John Rawls telah menyempurnakan prinsip-prinsip keadilannya menjadi sebagai berikut: Pertama, setiap orang memiliki klaim yang sama untuk memenuhi hak-hak dan kemerdekaan-kemerdekaan dasarnya yang kompatibel dan sama jenisnya untuk semua orang, serta

³⁵ *Ibid.*

kemerdekaan berpolitik yang sama dijamin dengan nilai-nilai yang adil; Kedua, ketidaksamaan sosial dan ekonomi dapat dipenuhi atas dasar dua kondisi, yaitu: (a) melekat untuk jabatan-jabatan dan posisi-posisi yang dibuka bagi semua orang di bawah kondisi adanya persamaan kesempatan yang adil; dan (b) diperuntukan sebagai kebermanfaatan sebesar-besarnya bagi anggota-anggota masyarakat yang paling tidak diuntungkan.³⁶

Perbedaan prinsip-prinsip yang dikemukakan terletak pada konsep yang awalnya disebut sebagai “hak yang sama” (*equal rights*) menjadi “klaim yang sama” (*equal claim*), serta adanya modifikasi terhadap frasa “sistem kemerdekaan-kemerdekaan dasar” (*system of basic liberties*) menjadi “skema pemenuhan yang memadai terhadap hak-hak dan kemerdekaan-kemerdekaan dasar” (*a full adequate scheme of equal basic rights and liberties*).³⁷

Prinsip-prinsip keadilan yang disampaikan oleh John Rawls pada umumnya sangat relevan bagi negara-negara dunia yang sedang berkembang, seperti Indonesia misalnya. Relevansi tersebut semakin kuat tatkala hampir sebagian besar populasi dunia yang menetap di Indonesia masih tergolong sebagai masyarakat kaum lemah yang hidup di bawah garis kemiskinan. Karya-karya Rawls mengenai “keadilan sosial” (*social justice*), bangsa Indonesia

³⁶ *Ibid.* Hlm. 76

³⁷ *Ibid.* Hlm. 77

sebenarnya telah menancapkan dasar kehidupan berbangsa dan bernegaranya atas dasar keadilan sosial. Dua kali istilah “keadilan sosial” disebutkan di dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945. Dengan demikian, keadilan sosial telah diletakkan menjadi salah satu landasan dasar dari tujuan dan cita negara (*staatsidee*) sekaligus sebagai dasar filosofis bernegara (*filosofische grondslag*) yang termaktub pada sila kelima dari Pancasila. Artinya, memang sejak awal the founding parents mendirikan Indonesia atas pijakan untuk mewujudkan keadilan sosial baik untuk warga negaranya sendiri maupun masyarakat dunia.³⁸

Dalam konsepsi Rawls, keadilan sosial tersebut dapat ditegakkan melalui koreksi terhadap pencapaian keadilan dengan cara memperbaiki struktur dasar dari institusi-institusi sosial yang utama, seperti misalnya pengadilan, pasar, dan konstitusi negara. Apabila kita sejajarkan antara prinsip keadilan Rawls dan konstitusi, maka dua prinsip keadilan yang menjadi premis utama dari teori Rawls juga tertera dalam konstitusi Indonesia, terlebih lagi setelah adanya perubahan UUD 1945 melalui empat tahapan dari 1999 sampai dengan 2002. Prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*) tercermin dari adanya ketentuan mengenai hak dan kebebasan warga negara (*constitutional rights and freedoms of citizens*) yang dimuat di dalam Bab X tentang Hak Asasi Manusia,

³⁸ Khudzaifah Dimiyati, dkk., 2017. *Op cit.*

diantaranya yaitu Pasal 28E UUD 1945 mengenai kebebasan memeluk agama (*freedom of religion*), kebebasan menyatakan pikiran sesuai hati nurani (*freedom of conscience*), serta kebebasan berserikat dan mengeluarkan pendapat (*freedom of assembly and speech*). Begitu pula dengan prinsip kedua bagian pertama sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*) Konstitusi Indonesia mengadopsi prinsip yang sama pada Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi, “Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan”.³⁹

Prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*) sebagai prinsip kedua bagian kedua dari teori keadilan Rawls, Konstitusi Indonesia secara tegas juga memberikan jaminan konstitusi (*constitutional guarantee*) yang serupa, sebagaimana salah satunya termuat pada Pasal 28D ayat (3) UUD 1945. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa terlepas dari adanya kesengajaan ataupun tidak, Indonesia secara nyata telah memasukan prinsip-prinsip keadilan yang digagas oleh John Rawls ke dalam batang tubuh Konstitusi.

Eksistensi teori keadilan Rawls telah banyak digunakan baik di muka persidangan maupun di dalam Putusan Mahkamah

³⁹ *Ibid.*

Konstitusi. Ahli-ahli Hukum Tata Negara seringkali merujuk pemikiran Rawls ketika menafsirkan makna dan esensi keadilan yang terkandung di dalam Konstitusi, sebagaimana misalnya terekam dalam Perkara Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 dan Perkara Nomor 3/PUU-VII/2009.

Dalam konteks prinsip-prinsip keadilan, Mahkamah Konstitusi berpandangan bahwa keadilan tidak selalu berarti memperlakukan sama kepada setiap orang. Menurut Mahkamah, keadilan haruslah diartikan dengan “memperlakukan sama terhadap hal-hal yang sama, dan memperlakukan berbeda terhadap hal-hal yang memang berbeda”. Sehingga, apabila terhadap hal-hal yang berbeda kemudian diperlakukan sama, justru akan menjadi tidak adil. Pemaknaan yang demikian telah dituangkan dalam pelbagai Putusan Mahkamah Konstitusi, di antaranya yaitu Putusan Nomor 070/PUU-II/2004, Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 dan Putusan Nomor 27/PUU-V/2007. Terakhir kali Mahkamah menggunakan teori Rawls dalam pertimbangan hukumnya yaitu dalam Putusan Nomor 53/PUU-VI/2008 bertanggal 15 April 2009 pada paragraf [3.19] butir kedelapan.

Rawls juga menggarisbawahi bahwa keadilan dapat tercapai manakala terjadi kepatuhan terhadap konstitusi dan terintegralisasinya hak dan kewajiban konstitusional yang berlandaskan nilai-nilai moral. Dengan kata lain, Rawls juga

menempatkan moral konstitusi (*constitutional morality*) untuk menentukan apakah institusi-institusi yang diatur di dalamnya sudah bersifat adil. Oleh karenanya menurut Rawls, antara moral dan konstitusi, keduanya saling membutuhkan satu sama lain guna mewujudkan tatanan dasar kehidupan sosial dan bernegara. Artinya, konstitusi haruslah berlandaskan nilai-nilai moral dan sebaliknya juga agar berlaku efektif maka nilai-nilai moral harus didukung oleh konstitusi.⁴⁰

Hukum nasional mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan didalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensesuaikan atau menselaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada di dalam kelompok masyarakat hukum.

Keadilan sebagai suatu asas (*principle*) seharusnya bisa menjadi petunjuk yang tepat bagi pelaksanaan suatu Undang-Undang. Karena itu konsep keadilan yang dimaksud harus diberikan makna operasional yang jelas. Selain itu asas keadilan harus dijabarkan secara konkrit dalam pasal-pasal Undang-Undang, agar

⁴⁰ Kaelan, 2013, *op cit*.

asas tersebut tidak hanya sekedar sebagai etalase atau pемasis saja. Pengertian asas /nilai keadilan atau keadilan sosial dari berbagai Undang-Undang tersebut di atas berbeda satu sama lain dan tidak operasional, tetapi suatu pengertian yang masih umum dan rancu. Pembentuk Undang-Undang tampaknya mencampur adukkan asas keadilan dengan pelayanan yang adil dan merata, tidak diskriminatif, keseimbangan hak dan kewajiban, biaya yang terjangkau dan/atau pelayanan yang bermutu.

2. Teori *Living Law*

Hukum sebagai kaidah sosial tentunya tidak bisa lepas dari nilai yang berlaku dalam hubungan suatu masyarakat, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum merupakan refleksi dari nilai-nilai dalam kehidupan masyarakat. Dimana hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*), karena mencerminkan bahwa hukum itu benar-benar murni lahir dari pergaulan hidup masyarakat yang bertujuan menjaga kepentingan setiap individu maupun kelompok masyarakat lainnya.⁴¹

Lahirnya hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) sendiri bertujuan agar masyarakat bisa menjalin hubungan yang baik antara satu dengan yang lain, sehingga ketika masyarakat

⁴¹ Bruggink. 1996, Refleksi Tentang Hukum, (terjemahan Arief Sidharta), Citra Adiya Bakti: Bandung. Hlm. 247

yang hidup berdampingan ini melakukan interaksi ada suatu aturan yang menjadi pelindung agar tidak ada yang merasa dirugikan dari pergaulan yang terjadi. Setiap warga masyarakat atau kelompok sedikit banyaknya pasti mempunyai kesadaran terhadap hukum, namun persoalan yang sering timbul adalah kepatuhan masyarakat terhadap hukum, yaitu kepatuhan hukum yang tinggi, sedang, atau kurang. Dengan adanya kepatuhan masyarakat terhadap hukum dapat menandakan bahwa berfungsi atau tidaknya hukum yang bersangkutan bagi kehidupan masyarakat.⁴²

Living law dapat menjadi sebuah contoh dari penciptaan aturan yang mendekati kata paling baik karena kepatuhan masyarakat yang bersumber dari kesadaran moral masyarakat, kesadaran moral itu tumbuh dari dalam qolbu masyarakat, sehingga lahir secara alami rasa kepatuhan kepada hukum demi menjaga keseimbangan dalam melakukan hubungan sosial. Kesadaran terhadap hukum menandakan bahwa hukum tersebut telah berjalan dengan baik dalam menata kehidupan masyarakat ditandai dengan kepatuhan masyarakat dalam pelaksanaannya yang tanpa ada suatu paksaan dari hukum itu sendiri. Disisi lain,sering kali kepastian hukum menjadi suatu permasalahan karena pandangannya yang berkaitan dengan positivisme, karena

⁴² *Ibid.*

dalam perspektif positivisme hanya menganggap bahwa hukum itu merupakan teks tertulis yang di Undang-Undangkan dan menganggap hukum dan moral tidak ada hubungannya. Menurut Hart, moral sendiri adalah penyifatan dari norma hukum, bukan sebagai tujuan hukum. Sehingga, tujuan dari hukum bukanlah sebagai penegakan atas moralitas, melainkan logika hukum adalah sebuah penyifatan atas norma hukum sehingga terciptanya sebuah hukum yang berkeadilan.⁴³

Konsep hukum yang hidup di dalam jiwa masyarakat (*volksgeist*) awalnya dikemukakan oleh Friedrich Carl Von Savigny yang dipertegas oleh penggagas 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 faktor-faktor sosial ekonomi. Kenyataan hukum social yang melahirkan hukum, termasuk dunia pengalamn manusia, dan dengan demikian ditanggapi sebagai ide normatif. ⁴⁴

⁴³ Sudikno Mertokusumo. 2010. Bunga Rampai Ilmu Hukum, Liberty : Yogyakarta. Hlm. 43

⁴⁴ Theo Huijbers. 1982. Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah. Kanisius : Yogyakarta. Hlm. 118

Ehrlich menempatkan pluralisme hukum dengan penekanan pada ko-eksistensi hukum negara dan non-negara. Dalam konteks pluralisme sosialnya Ehrlich mengklaim hukum yang hidup dapat diidentifikasi dan ia memandang masyarakat sebagai terdiri dari 'asosiasi' yang heterogen dan saling terkait di mana orang-orang mengakui aturan perilaku tertentu sebagai mengikat dan umumnya mengatur perilaku mereka menurut mereka dan norma-norma yang diabadikan dalam hukum negara hanyalah salah satu jenis hukum. *living law* adalah jenis hukum lain yang mendominasi kehidupan masyarakat meskipun belum ditempatkan dalam proposisi hukum bahkan dianggap berlawanan dengan hukum yang ditegakkan di pengadilan.⁴⁵

Konsep Ehrlich menantang tradisionalisme yang berpusat pada negara dalam tiga bagian cara. Pertama, konsep sosiologisnya tentang diferensiasi yang menyatakan bahwa negara norma yang berada di urutan kedua (proposisi hukum), dengan demikian norma-norma yang secara hierarkis lebih rendah daripada sosial norma-norma yang dihasilkan dalam tatanan normatif. Dengan demikian ia menciptakan kekuatan yang berlawanan dari hukum negara Ketika mengemukakan konsep tentang *living law*. Kedua, ia memperluas pengertian norma hukum dengan memasukkan norma-norma sosial,

⁴⁵ Murphy. 2012. *Living Law, Normative Pluralisme, and Analytic Jurisprudence*. University of North Malaysia . Hlm 183

meskipun Friedmann mengkritiknya karena tidak mempertimbangkan perubahan hubungan antara kedua norma tersebut. Ketiga, karena subordinasi hukum negara kepada hukum kemasyarakatan maka negara hanya dapat membantu masyarakat untuk memadukan norma-norma hukum. Dalam pandangannya, jika negara tidak dianggap subordinat, maka negara akan melakukan monopoli yang mengakibatkan homogenisasi norma-norma hukum lintas garis asosiasi. Oleh karena itu, negara harus tetap berada di bawahnya jika pluralisme ingin dipertahankan, dan lebih jauh lagi negara harus didukung oleh norma-norma yang ditetapkan oleh tatanan batin jika ingin menjadi efektif.⁴⁶

Asas legalitas masih dimaknai dalam aspek teks secara utuh, bukan sebagai validitas atas hukum dari 'marwah' hukum itu sendiri. Legalitas kemudian ditransformasi sebagai kepastian hukum, karena perwujudan atas kepastian hukum didasarkan dari penegakan asas legalitas. Kepastian hukum sendiri berpegang pada prinsip bahwa bagaimana hukumnya yang berlaku secara positif atau hukum yang telah di Undang-Undangkan itulah yang harus dijalankan, tidak dibolehkan menyimpang dari ketentuan tersebut dikarenakan hal itu menjadi esensi dari kepastian hukum. Sebagaimana yang telah diklaim oleh aliran positivisme bahwa kepastian hukum hanya dapat

⁴⁶Brian Tamanaha. 1999. *Realistic Socio-Legal Theory : pragmatism and a social theory of law*. Clarendon Press Oxford : Oxford. Hlm. 303-306

dicapai jika hukum tersebut telah diundangkan atau telah dibuat menjadi aturan tertulis.⁴⁷

Pengakuan terhadap *living law* yang merupakan salah satu sumber hukum Indonesia juga telah diakui secara konstitusional dan juga beberapa Undang-Undang, diantaranya Pasal 18b ayat (2) UUD 1945, Pasal 5 ayat (1) UUD No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 103 huruf d dan e UUD No 6 Tahun 2014 Tentang Desa, dan Pasal 6 UUD No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dengan jelas mengatur pengakuan terhadap kearifan lokal, adat maupun hak yang sifatnya asal usul. Selanjutnya, ketika terjadi suatu penegasian terhadap hukum yang hidup didalam masyarakat maka akan memunculkan pertentangan mengenai makna kepastian hukum itu sendiri.

Korelasi antara pengaturan *living law* dengan aspek kepastian hukum tidak dapat dipisahkan secara tajam. Kepastian hukum dapat menjadi pondasi bagi berlakunya *living law* dalam penegakan hukum Indonesia dikarenakan kepastian hukum juga telah memberikan legitimasi terhadap keberadaan hukum yang hidup didalam masyarakat ini sehingga ketika terjadi korelasi antara *living law* dengan kepastian hukum maka kepastian hukum telah menjalankan

⁴⁷ *Ibid.*

aturan tertulis yang memang telah mengakui dan melindungi keberadaan *living law* yang memang merupakan jati diri dari masyarakat itu sendiri.

3. Teori Validitas Hukum

Teori validitas hukum (*legal validity*) adalah teori yang mengajarkan bagaimana dan apa syarat- syaratnya agar suatu kaidah hukum menjadi *legitimate* dan sah (valid) berlakunya, sehingga dapat diberlakukan kepada masyarakat, bila perlu dengan upaya paksa.⁴⁸ Agar kaidah hukum dapat diberlakukan kepada masyarakat, yakni suatu kaidah hukum yang memenuhi persyaratan- persyaratan sebagai berikut:⁴⁹

1. kaidah hukum tersebut haruslah dirumuskan ke dalam berbagai aturan formal, seperti dalam bentuk pasal- pasal dari Undang- Undang Dasar, undang- undang dan berbagai bentuk peraturan lainnya, aturan- aturan internasional seperti dalam bentuk traktat, konvensi, atau setidaknya dalam bentuk adat kebiasaan.
2. Aturan formal tersebut harus dibuat secara sah, misalnya jika dalam bentuk undang- undang harus dibuat oleh parlemen (bersama dengan pemerintah).

⁴⁸ Hans Kelsen. 2007. *General Theory of Law and State* (edisi Terjemahan oleh Raisul Muttaqien). Nusa Media dan Nuansa : Bandung. Hlm. 67

⁴⁹*Ibid.*

3. Secara hukum, aturan hukum tersebut tidak mungkin dibatalkan.
4. Terhadap aturan formal tersebut tidak ada cacat- cacat yuridis lainnya. Misalnya tidak bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi
5. Kaidah hukum tersebut harus dapat diterapkan oleh badan-badan penerap hukum.
6. Kaidah hukum tersebut harus dapat diterima dan dipatuhi oleh masyarakat.
7. Kaidah hukum tersebut haruslah sesuai dengan jiwa bangsa yang bersangkutan.

Hal di atas menunjukkan bahwa suatu kaidah hukum tidaklah valid jika kaidah hukum tersebut misalnya tidak dapat diterima oleh masyarakat atau jika kaidah hukum tersebut ternyata dalam praktik tidak dapat dilaksanakan, meskipun aturan-aturan hukum tersebut telah dibuat melalui proses yang benar dan dibuat oleh yang berwenang secara hukum. Uraian ini menunjukkan bahwa suatu hukum yang tidak dibuat secara benar, atau hukum yang tidak dibuat oleh pihak yang berwenang atau benar, atau hukum yang tidak diterima oleh masyarakat, ataupun hukum yang tidak adil, hakikatnya bukanlah sebuah hukum.

Dalam teori validitasi hukum dikatakan bahwa suatu kaidah hukum tidak dapat ditakar dengan kaidah moral atau kaidah politik.

Dalam hal ini berarti bahwa validitas suatu aturan hukum tidak goyah hanya karena tidak bersesuaian dengan kaidah moral, kaidah politik, atau kaidah ekonomi. Suatu kaidah hukum yang dapat mengikuti kaidah moral, politik, atau ekonomi, sepanjang kaidah hukum tersebut tidak mengorbankan norma dasar dalam hukum. Misalnya, suatu kaidah moral, politik, ekonomi, atau agama, tidak dapat diberlakukan dalam hukum jika kaidah-kaidah tersebut bertentangan dengan asas-asas keadilan, kepastian hukum, prediktabilitas, ketertiban umum, perlindungan hak dasar, asas manfaat dan lain-lain.⁵⁰

Pendapat para ahli tentang hal validitas dari suatu aturan hukum adalah bervariasi tergantung kepada penekanan dari masing-masing ahli tersebut. Ada yang berpendapat bahwa valid tidaknya suatu aturan hukum diukur dari terpenuhi tidaknya suatu elemen-elemen sebagai berikut: ⁵¹

1. Apakah aturan hukum tersebut bersesuaian (*conformity*) dengan aturan tertentu yang tingkatnya lebih tinggi. Jadi, aturan hukum tersebut tidak dalam keadaan “diluar jalur” (*ultra vires*);
2. Apakah aturan hukum tersebut merupakan bagian yang konsisten (subsistem) dengan bidang pengaturan yang sudah ada saat ini;

⁵⁰ Robert B Seidman. 1972. *Law order and Power*. Adition Publishing Company Wesley Reading : Massachusett. Hlm 9-13.

⁵¹ Jimly Ashidiqqie dan M ali Safa'at. *Op cit*. Hlm. 39-40

3. Apakah aturan hukum tersebut bersesuaian dengan kenyataan sosial dalam masyarakat (aspek sosiologis), sehingga berlaku efektif dalam masyarakat;
4. Apakah dalam aturan hukum tersebut terdapat kecenderungan internal untuk dihormati (atas dasar moral dan politik);
5. Apakah aturan hukum tersebut merupakan bagian dari kenyataan normatif yang transendental (aspek ontologis).

Selanjutnya, tentang persyaratan kesesuaiannya dengan norma dasar dan persyaratan diterimanya oleh masyarakat agar suatu aturan hukum menjadi aturan hukum yang valid, maka Hans Kelsen berpendapat bahwa suatu aturan hukum telah valid sejak diundangkannya secara benar, meskipun saat-saat awal dibuatnya aturan hukum, aturan hukum tersebut mungkin saja masih belum diterima dengan baik oleh masyarakat. Akan tetapi menurut Hans Kelsen, jika aturan hukum tersebut terus-menerus tidak diterima oleh masyarakat, maka aturan hukum yang demikian hilang validitasnya sehingga berubah menjadi aturan hukum yang tidak valid.⁵²

Hukum dapat menjadi valid harus memenuhi persyaratan berupa penerimaan oleh masyarakat. Demikian juga sebaliknya, bahwa agar dapat diberlakukan terhadap masyarakat, maka suatu kaidah hukum haruslah merupakan hukum valid. Dari kaidah hukum yang valid tersebutlah baru kemudian timbul konsep-konsep tentang

⁵² *Ibid.*

perintah (*command*), larangan (*forbidden*), kewenangan (*authorized*), paksaan (*force*), hak (*right*), dan kewajiban (*obligation*).⁵³

Suatu kaidah hukum yang valid belum tentu merupakan suatu kaidah hukum yang efektif. Dalam hal ini, validitas suatu norma merupakan hal yang tergolong ke dalam “yang seharusnya” (*das sollen*), sedangkan “efektivitas” suatu norma yang merupakan sesuatu dalam kenyataannya (*das sein*). Hans Kelsen mempersyaratkan hubungan timbal balik antara unsur “validitas” dan “keefektifan” dari suatu kaidah hukum. Menurutnya, sebelum berlaku secara efektif, suatu norma hukum harus terlebih dahulu valid, karena jika suatu kaidah hukum tidak valid, maka hakim misalnya tidak akan menerapkan hukum tersebut, sehingga kaidah hukum tersebut tidak pernah efektif berlaku. Tetapi sebaliknya adalah benar juga bahwa keefektifan merupakan syarat mutlak bagi sebuah kaidah hukum yang valid. Karenanya, jika suatu masa karena perubahan masyarakat, suatu kaidah hukum yang semulanya valid dan efektif berlaku, kemudian menjadi tidak efektif lagi, maka kaidah hukum tersebut juga kemudian menjadi tidak lagi valid.⁵⁴ Adapun agar suatu kaidah hukum tersebut dapat efektif, haruslah memenuhi dua syarat utama yaitu:⁵⁵

⁵³ Soleman B Taneko. 1993. Pokok-Pokok Studi Hukum dalam Masyarakat . Rajawali Press : Jakarta. Hlm. 47-48.

⁵⁴ Jimly Ashidiqqie dan M ali Safa'at. 2012. *Op cit.* Hlm. 54

⁵⁵ *Ibid.*

1. Kaidah hukum tersebut harus dapat diterapkan
2. Kaidah hukum tersebut harus bisa diterima oleh masyarakat.

Jadi menurut Han Kelsen, suatu aturan hukum harus dalam keadaan valid terlebih dahulu baru diketahui apakah aturan hukum tersebut dapat menjadi efektif. Jika setelah diterapkan ternyata peraturan yang sebenarnya sudah valid tersebut ternyata tidak dapat diterapkan atau tidak dapat diterima oleh masyarakat secara meluas dan atau secara terus menerus, maka ketentuan hukum tersebut menjadi hilang unsur validitasnya, sehingga berubah sifat dari aturan yang valid menjadi aturan yang tidak valid.

Secara umum dapat dikatakan bahwa validitas suatu norma hukum memiliki beberapa wajah sekaligus, yaitu:⁵⁶

- a. Wajah metafisis dari validitas suatu aturan hukum yang mensyaratkan suatu norma hukum harus bersesuaian dengan cita hukum, postulat-postulat hukum dan ide-ide hukum yang bersifat apriori.
- b. wajah positivis dari validitas suatu norma hukum menghubungkan validitas norma hukum tersebut dengan kesesuaiannya dengan sistem perUndang-Undangan yang berlaku dan dengan norma dasar (konstitusi) dalam suatu negara.

⁵⁶ *Ibid.*

- c. wajah sosio kultural dari suatu validitas hukum adalah tindakan menilai terhadap validnya suatu norma hukum dengan kenyataan apakah sesuai atau tidaknya dengan kesadaran hukum dan kultur hukum masyarakat, sehingga norma hukum tersebut dapat diterima oleh masyarakat.
- d. wajah mesin keadilan (*machinery of justice*) dari validitas suatu norma hukum mensyaratkan agar validnya suatu norma hukum, maka norma hukum tersebut haruslah dapat diterapkan oleh mesin-mesin penerap hukum. Mesin-mesin penerap hukum dalam hal ini adalah hakim, jaksa, polisi, pemerintah, advokat, dan kurator.
- e. wajah utilitarian dari validitas suatu norma hukum mensyaratkan agar suatu norma hukum selalu dikaitkan dengan manfaat yang akan didapati oleh masyarakat jika kaidah hukum tersebut diterapkan. Dalam hal ini yang dipertanyakan apakah akan lebih bermanfaat jika norma hukum tersebut diterapkan dengan seandainya diterapkan norma hukum model lain.

Mengikuti pendapat dari Hans Kelsen tersebut, sesuai dengan teori legitimasi aturan hukum, maka suatu aturan hukum akan sah berlakunya, kecuali dalam hal :

1. Sudah dibatalkan berlakunya dengan cara yang ditentukan dalam aturan hukum itu sendiri

2. Sudah dicabut untuk digantikan dengan aturan hukum yang lebih baru.
3. Dibekukan karena terjadinya revolusi

4. Teori Hukum Pidana

a. Konsep Pidana

Istilah “pidana” merupakan istilah yang lebih khusus, yaitu menunjukkan sanksi dalam hukum pidana.⁵⁷ Pidana adalah sebuah konsep dalam bidang hukum pidana yang masih perlu penjelasan lebih lanjut untuk dapat memahami arti dan hakekatnya. Menurut Roeslan Saleh “pidana adalah reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu”.⁵⁸ Muladi dan Barda Nawawi berpendapat bahwa unsur pengertian pidana, meliputi:⁵⁹

- 1) pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan;
- 2) pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang);
- 3) pidana itu dikenakan pada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut Undang-Undang.

⁵⁷ Romli Atmasasmita. 1982. Strategi Pembinaan Pelanggar Hukum Dalam Konteks Penegakan Hukum Di Indonesia. Alumni : Bandung. Hlm. 23

⁵⁸ Roeslan Saleh. 1983. Stelsel Pidana Indonesia. Aksara Baru : Jakarta. Hlm. 9

⁵⁹ *ibid*

Pengenaan pidana betapapun ringannya pada hakekatnya merupakan pencabutan hak-hak dasar manusia. Oleh karena itu penggunaan pidana sebagai sarana politik kriminal harus dilandasi oleh alasan-alasan yang dapat dipertanggungjawabkan secara filosofis, yuridis dan sosiologis. Untuk itu sejak zaman dahulu orang telah berusaha untuk mencari jawaban atas persoalan “mengapa dan untuk apa pidana dijatuhkan terhadap orang yang melakukan kejahatan?” Dalam rangka menjawab persoalan tersebut muncul berbagai teori tentang pembedanaan.

b. Teori Pembedanaan

Mengenai teori pembedanaan, pada umumnya dapat dikelompokkan dalam tiga golongan besar, yaitu teori absolut atau teori pembalasan (*vergeldings theorien*), teori relatif atau teori tujuan (*doel theorien*), dan teori menggabungkan (*verenigings theorien*).

1) Teori Absolut atau Teori Pembalasan

Dalam teori ini, pidana dijatuhkan karena orang telah melakukan kejahatan. Pidana sebagai akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar pembedanannya terletak pada adanya kejahatan itu sendiri. Seperti dikemukakan Johannes Andenaes bahwa tujuan primer dari pidana menurut teori absolut ialah

untuk memuaskan tuntutan keadilan. Sedang pengaruh yang menguntungkan adalah sekunder. Tuntutan keadilan yang sifatnya absolut ini terlihat dari pendapat Imanuel Kant dalam bukunya *Philosophy of Law*,¹⁸ bahwa pidana tidak pernah dilaksanakan semata-mata sebagai sarana untuk mempromosikan tujuan/kebaikan lain, baik bagi si pelaku itu sendiri maupun bagi masyarakat. Tapi dalam semua hal harus dikenakan hanya karena orang yang bersangkutan telah melakukan suatu kejahatan. Setiap orang seharusnya menerima ganjaran seperti perbuatannya dan perasaan balas dendam tidak boleh tetap ada pada anggota masyarakat. Itu sebabnya teori ini disebut juga teori pembalasan.⁶⁰

Mengenai teori pembalasan ini, Andi Hamzah mengemukakan bahwa pidana tidaklah bertujuan untuk yang praktis, seperti memperbaiki penjahat. Kejahatan itu sendirilah yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkan pidana, pidana secara mutlak ada, karena dilakukan suatu kejahatan. Tidaklah perlu memikirkan manfaat penjatuhan pidana⁶¹ Teori pembalasan atau absolut ini terbagi atas pembalasan subjektif dan pembalasan objektif. Pembalasan subjektif ialah

⁶⁰ Dalam Muladi dan Barda Nawawi. 1992. *Teori dan Kebijakan Pidana*. Alumni: Bandung. Hlm. 11.

⁶¹ Andi Hamzah. 1993. *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*. Pradnya Paramita : Jakarta. Hlm. 26

pembalasan terhadap kesalahan pelaku. Pembalasan objektif ialah pembalasan terhadap apa yang telah diciptakan pelaku di dunia luar.⁶²

Mengenai masalah pembalasan itu J.E. Sahetapy menyatakan bahwa apabila pidana itu dijatuhkan dengan tujuan semata-mata hanya untuk membalas dan menakutkan, maka belum pasti tujuan ini akan tercapai, karena dalam diri si terdakwa belum tentu ditimbulkan rasa bersalah atau menyesal, mungkin pula sebaliknya, bahkan ia menaruh rasa dendam. Menurut hemat saya, membalas atau menakutkan si pelaku dengan suatu pidana yang kejam memperkosa rasa keadilan.⁶³

2) Teori Relatif atau Teori Tujuan

Koeswadi mengemukakan bahwa tujuan pokok dari pembedaan yaitu untuk mempertahankan ketertiban masyarakat (*dehandhaving van de maatschappelijke orde*), untuk memperbaiki kerugian yang diderita oleh masyarakat sebagai akibat dari terjadinya kejahatan (*het herstel van het door de misdaad onstane maatschappelijke nadeel*), untuk memperbaiki penjahat (*verbetering vande dader*), untuk membinasakan si penjahat (*onschadelijk maken van de*

⁶² Andi Hamzah. 1994. Asas-Asas Hukum Pidana. Rinneka Cipta : Jakarta. Hlm.31.

⁶³ J.E. Sahetapy. 1979. Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana. Alumni : Bandung. Hlm. 149.

misdadiger) dan untuk mencegah kejahatan (*tervoorkonning van de misdaad*).⁶⁴

Muladi dan Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa pidana bukan sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu teori ini pun sering juga disebut teori tujuan (*utilitarian theory*). Jadi dasar pembenaran adanya pidana menurut teori ini adalah terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan "*quia peccatum est*" (karena orang membuat kejahatan) melainkan "*nepeccetur*" (supaya orang jangan melakukan kejahatan).⁶⁵

Dari uraian di atas dapat dikatakan bahwa tujuan pidana menurut teori relatif adalah untuk mencegah agar ketertiban di dalam masyarakat tidak terganggu. Dengan kata lain, pidana yang dijatuhkan kepada si pelaku kejahatan bukanlah untuk membalas kejahatannya, melainkan untuk mempertahankan ketertiban umum.

⁶⁴ Koeswadji. 1995. Perkembangan Macam-macam Pidana Dalam Rangka Pembangunan Hukum Pidana Citra Aditya Bhakti : Bandung. Hlm. 12.

⁶⁵ Muladi dan Arief. *Op. cit.* Hlm. 16

3) Teori Gabungan

Inti dari teori gabungan adalah bahwa tujuan pidana itu selain membalas kesalahan penjahat juga dimaksudkan untuk melindungi masyarakat, dengan mewujudkan ketertiban. Teori ini menggunakan kedua teori tersebut di atas (teori absolut dan teori relatif) sebagai dasar pemidanaan, dengan pertimbangan bahwa kedua teori tersebut memiliki kelemahan-kelemahan yaitu :⁶⁶

- a) Kelemahan teori absolut adalah menimbulkan ketidakadilan karena dalam penjatuhan hukuman perlu mempertimbangkan bukti-bukti yang ada dan pembalasan yang dimaksud tidak harus negara yang melaksanakan.
- b) Kelemahan teori relatif yaitu dapat menimbulkan ketidakadilan karena pelaku tindak pidana ringan dapat dijatuhi hukum berat; kepuasan masyarakat diabaikan jika tujuannya untuk memperbaiki masyarakat; dan mencegah kejahatan dengan menakut-nakuti sulit dilaksanakan.

Teori gabungan (integrative) dapat dibagi menjadi tiga golongan, yaitu:⁶⁷

⁶⁶ Koeswadji. *Op.cit.* Hlm. 11-12

⁶⁷ Prakoso dan Nurwachid. 1984. Studi Tentang Pendapat-pendapat Mengenai Efektifitas Pidana Mati di Indonesia Dewasa Ini. Ghalia Indonesia : Jakarta. Hlm. 24

- a. Teori integratif yang menitikberatkan pembalasan, akan tetapi tidak boleh melampaui batas apa yang perlu dan sudah cukup untuk dapat mempertahankan tata tertib masyarakat
- b. Teori integratif yang menitikberatkan pada pertahanan tata tertib masyarakat, tetapi tidak boleh lebih berat dari suatu penderitaan yang beratnya sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh narapidana.
- c. Teori integratif yang menganggap harus ada keseimbangan antara kedua hal di atas.

Muladi mengajukan kombinasi tujuan pembedaan dengan pendekatan-pendekatan sosiologis, ideologis, dan yuridis filosofis dengan dilandasi oleh asumsi dasar bahwa tindak pidana merupakan gangguan terhadap keseimbangan, keselarasan dan keserasian dalam kehidupan masyarakat, yang mengakibatkan kerusakan individual ataupun masyarakat. Dengan demikian maka tujuan pembedaan adalah untuk memperbaiki kerusakan individual dan sosial yang diakibatkan oleh tindak pidana. Perangkat tujuan pembedaan tersebut adalah: (a) pencegahan (umum dan khusus), (b) perlindungan

masyarakat, (c) memelihara solidaritas masyarakat, (d) pengimbangan/pengimbangan.⁶⁸

5. Teori Sistem Hukum

Masalah pelaksanaan suatu Undang-Undang tidak dapat dilepaskan dari unsur-unsur yang terdapat dalam suatu sistem hukum. Friedman mengemukakan bahwa ada 3 (tiga unsur) dari hukum yaitu⁶⁹:

- a) Struktur
- b) Substansi
- c) Budaya hukum;

Struktur hukum adalah pola yang menunjukkan tentang bagaimana hukum dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan lain-lain badan serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan. Substansi hukum adalah peraturan-peraturan yang dipakai oleh para pelaku hukum pada waktu melaksanakan perbuatan serta hubungan hukumnya. Budaya hukum adalah

⁶⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief. 1992. Op. cit. Hlm. 22. Selanjutnya Van Bemmelen menyatakan pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi pidana dan tindakan keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana ke dalam kehidupan masyarakat, diterjemahkan dari kutipan Oemarseno Adji. 1980. Hukum Pidana. Erlangga : Jakarta. Hlm. 14.

⁶⁹ Friedman. 1984. *American Law*. Terjemahan oleh Wisnu Basuki, Tatanusa : Jakarta . Hlm. 7

berbicara tentang sikap-sikap, kebiasaan-kebiasaan, ideal-ideal masyarakat dalam berbagai situasi dalam kehidupan sehari-hari.⁷⁰

Friedman menyatakan bahwa cara lain untuk menggambarkan tiga unsur sistem hukum itu adalah dengan mengibaratkan struktur hukum seperti mesin. Substansi adalah apa yang dihasilkan atau dikerjakan oleh mesin itu. Budaya hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan. Dalam kaitan hukum dan perubahan, Friedman menyatakan bahwa perubahan sosial yang besar berasal dari luar hukum, maksudnya berasal dari masyarakat. Sistem hukum tidak sepenuhnya otonom, bukan bidang yang berdiri sendiri dan hukum tidak bebas dari pengaruh luar. Hukum mengikuti perubahan sosial dan menyesuaikan dengan perubahan itu. Namun demikian sistem hukum juga membentuk dan menyalurkan perubahan sosial.⁷¹

Dari ketiga unsur dalam sistem hukum ini kemudian masalah pelaksanaan Undang-Undang akan sangat berhubungan dengan kesadaran, ketaatan hukum. Dalam kenyataan, kesadaran hukum dan ketaatan hukum sering dicampuradukkan, padahal kedua hal

⁷⁰ Achmad Ali. 1996. *Menguak Tabir Hukum*. Chandra Pratama : Jakarta. Hlm.

⁷¹ Friedman. 2001. *op cit*. Hlm. 362

tersebut berbeda meskipun sangat erat hubungannya. Kedua unsur ini pulalah yang sangat menentukan efektif atau tidaknya pelaksanaan perundang-undangan di dalam masyarakat. Soerjono Soekanto⁷² mengemukakan empat unsur kesadaran hukum, yaitu :

- a) Pengetahuan tentang hukum
- b) Pemahaman tentang isi hukum
- c) Sikap hukum
- d) Pola perilaku hukum

Kesadaran hukum belum menjadi suatu jaminan bahwa warga masyarakat tersebut akan mentaati suatu peraturan hukum atau perundang-undangan. Ketaatan masyarakat pada hukum pun menurut Kelman terbagi atas tiga⁷³ :

- a) Ketaatan yang bersifat *compliance*, yaitu jika seseorang taat terhadap aturan hanya karena ia takut sanksi;
- b) Ketaatan yang bersifat *identification* yaitu ketaatan seseorang yang terlahir karena ketakutan orang tersebut terhadap rusaknya hubungan baik dengan pihak lain;
- c) Ketaatan yang bersifat *internalization*, yaitu jika seseorang mentaati aturan benar-benar karena ia merasa aturan tersebut sesuai dengan nilai-nilai yang dianutnya.

⁷² Achmad Ali. 1996. *Op cit.* Hlm. 194

⁷³ *ibid*

Jika dihubungkan dengan keefektifan suatu Undang-Undang, maka suatu Undang-Undang dikatakan efektif jika sebagian besar masyarakatnya mentaati. Kualitas ketaatan masyarakat pun menjadi ukuran kualitas dari keefektifan suatu Undang-Undang. Jika sebahagian besar masyarakatnya memiliki ketaatan yang bersifat *compliance* dan *identification* maka kualitas efektifitas Undang-Undang tersebut tidak lebih baik dari pada Undang-Undang yang ditaati oleh masyarakatnya karena kesadaran bahwa perUndang-Undangan itu sesuai dengan nilai instrinsik yang dianutnya .

B. Kerangka Konseptual

1. Konsep Negara Hukum

Negara hukum merupakan istilah yang meskipun kelihatan sederhana, namun mengandung muatan sejarah pemikiran yang relatif panjang. Pemikiran tentang negara hukum telah muncul jauh sebelum terjadinya Revolusi 1688 di Inggris, tetapi baru muncul kembali pada Abad XVII dan mulai populer pada Abad XIX. Latar belakang timbulnya pemikiran negara hukum itu merupakan reaksi terhadap kesewenangan-wenangan di masa lampau. Oleh karena itu unsur-unsur negara hukum mempunyai hubungan yang erat dengan sejarah dan perkembangan masyarakat dari suatu bangsa.⁷⁴

⁷⁴ Tahir Azhary. 1995. Negara Hukum Indonesia. UI-Press : Jakarta. Hlm. 20-21

Sejarah timbulnya pemikiran atau cita negara hukum itu sendiri sebenarnya sudah sangat tua, jauh lebih tua dari usia ilmu negara atau pun ilmu kenegaraan. Cita negara hukum itu untuk pertama kalinya dikemukakan oleh Plato dan kemudian pemikiran tersebut ditegaskan oleh Aristoteles.⁷⁵ Pemikiran negara hukum dimulai sejak Plato dengan konsepnya “bahwa penyelenggaraan negara yang baik adalah yang didasarkan pada pengaturan (hukum) yang baik yang disebut dengan istilah *nomoi*”. Kemudian ide tentang negara hukum populer pada abad ke-17 sebagai akibat dari situasi politik di Eropa yang didominasi oleh absolutisme.⁷⁶

Secara embrionik, gagasan negara hukum yang telah dikemukakan oleh Plato, ketika ia memperkenalkan konsep *nomoi*, sebagai karya tulis ketiga yang dibuat di usia tuanya. Sementara itu, dalam dua tulisan pertama, *politeia* dan *politicos*, belum muncul istilah negara hukum. Dalam *nomoi*, Plato mengemukakan bahwa penyelenggaraan yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan (hukum) yang baik. Gagasan Plato tentang negara hukum ini semakin tegas ketika didukung oleh muridnya Aristoteles, yang menuliskannya ke dalam bukunya *politica*.⁷⁷

⁷⁵ Rozikin Daman. 1993. Hukum Tata Negara, Raja Grafindo Persada : Jakarta. Hlm. 167

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Ridwan HR. 2006. Hukum Administrasi Negara. Raja Grafindo Persada : Jakarta. Hlm. 2

Sejak dahulu kala orang telah mencari akan arti negara hukum, dan Aristoteles di antaranya yang mengemukakannya. Pengertian negara hukum menurut Aristoteles dikaitkan dengan arti dari pada dalam perumusannya yang masih terikat kepada "Polis". Aristoteles berpendapat bahwa pengertian negara hukum itu timbul dari polis yang mempunyai wilayah negara kecil, seperti kota dan berpenduduk sedikit, tidak seperti negara-negara sekarang ini yang mempunyai wilayah luas dan berpenduduk banyak (*vlakke staat*). Dalam polis itu segala urusan negara dilakukan dengan musyawarah (*ecclesia*), dimana seluruh warga negaranya ikut serta dalam urusan penyelenggaraan negara.⁷⁸

Pada masa itu yang dimaksud dengan negara hukum ialah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu di ajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik. Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.⁷⁹

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

Dalam pandangan Aristoteles yang memerintah dalam negara bukanlah manusia sebenarnya, melainkan pikiran yang adil, sedangkan penguasa sebenarnya hanya memegang hukum dan keseimbangan saja. Kesusilaan yang akan menentukan baik dan tidaknya suatu peraturan Undang-Undang dan membuat Undang-Undang adalah sebagian dari kecakapan menjalankan pemerintahan negara. Oleh karena itu menurut Aristoteles, bahwa yang penting adalah mendidik manusia menjadi warga negara yang baik, karena dari sikapnya yang adil akan terjamin kebahagiaan hidup warga negaranya. Ajaran Aristoteles ini sampai sekarang masih menjadi idam-idaman bagi para negarawan untuk menciptakan suatu negara hukum.⁸⁰

Aristoteles juga mengatakan bahwa suatu negara yang baik ialah negara yang di perintahkan dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum. Ada tiga unsur dari pemerintahan yang berkonstitusi yaitu pertama, pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum; kedua, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan pada ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang menyampingkan konvensi dan konstitusi; ketiga, pemerintah berkonstitusi berarti pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan

berupa paksaan-tekanan yang dilaksanakan pemerintahan despotik.⁸¹ Dalam kaitannya dengan konstitusi, Aristoteles mengatakan bahwa konstitusi merupakan penyusunan jabatan dalam suatu negara dan menentukan apa yang dimaksudkan dengan badan pemerintahan dan apa akhir dari setiap masyarakat. Selain itu, konstitusi merupakan aturan-aturan dan penguasa harus mengatur negara menurut aturan- aturan tersebut.⁸²

Dalam perkembangnya, konsep tentang negara hukum mengalami perumusan yang berbeda-beda. Pemikiran atau konsepsi manusia merupakan anak zaman yang lahir dan berkembang dalam situasi kesejarahan dengan berbagai pengaruhnya. Pemikiran atau konsepsi manusia tentang negara hukum juga lahir dan berkembang dalam situasi kesejarahan. Oleh karena itu, meskipun konsep negara hukum dianggap sebagai konsep universal, pada dataran implementasi ternyata memiliki karakteristik beragam. Hal ini dikarenakan adanya pengaruh-pengaruh situasi kesejarahan, di samping pengaruh falsafah bangsa, ideologi negara, dan lain-lain. Atas dasar itu, secara historis dan praktis, konsep negara hukum muncul dalam berbagai model seperti:⁸³

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ Rozikin Daman. 2001. Hukum Tata Negara. Raja Grafindo Persada : Jakarta. Hlm. 166

1. Negara Hukum Menurut Nomokrasi Islam.

Konsep nomokrasi islam mendasarkan pada nilai-nilai yang terkandung pada Al-Quran dan Al- Sunnah. Nomokrasi islam adalah suatu negara hukum yang memiliki prinsip prinsip umum sebagai berikut (prinsip kekuasaan sebagai amanah, prinsip musyawarah, prinsip keadilan, prinsip persamaan, prinsip pengakuan dan perlindungan setiap hak-hak asasi manusia, prinsip peradilan bebas, prinsip perdamaian, prinsip kesejahteraan, dan prinsip ketaatan rakyat)

2. Negara Hukum Menurut Konsep Eropa Kontinental (*Rechtsstaat*).

Konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner. Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem Hukum Kontinental yang disebut civil law. Karakteristik civil law adalah administratif¹⁹

3. Negara Hukum Menurut Konsep Anglo Saxon (*Rule Of Law*)

Konsep *rule of law* berkembang secara evolusioner. Konsep *the rule of law* bertumpu atas sistem hukum yang disebut *common law*. Karakteristik *common law* adalah *judicial*.

4. Konsep *Socialist Legality*

Social legality adalah suatu konsep yang dianut di negara-negara komunis/sosialis yang tampaknya hendak mengimbangi

konsep rule of law yang dipelopori oleh negara-negara anglo-saxon.

5. Konsep Negara Hukum Pancasila

Padmo Wahyono menelaah negara hukum pancasila dengan bertitik pangkal dari asas kekeluargaan yang tercantum dalam Undang-Undang Dasar 1945 Dalam asas kekeluargaan maka yang diutamakan adalah “rakyat banyak, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai”. Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 mencerminkan secara khas asas kekeluargaan ini. Dalam pasal ini ada suatu penjelasan bahwa yang terpenting ialah kemakmuran masyarakat dan bukan kemakmuran orang seorang, namun orang seorang, berusaha sejauh tidak mengenai hajat hidup orang banyak.

2. Sistem Hukum

a. Definisi Sistem Hukum

Dalam konteks sistem maka sistem hukum nasional sebagai suatu himpunan bagian hukum atau subsistem hukum yang saling berkaitan yang membentuk satu keseluruhan yang rumit atau kompleks tetapi merupakan satu kesatuan, dengan tolok ukur Pancasila dan titik tolak UUD NRI 1945 sebagai konsep dasar sistem hukum nasional maka Sila-sila dari Pancasila sebagai dasar negara merupakan satu kesatuan,

kebulatan dan keseluruhan (*entity*), nilai-nilai yang terkandung di dalamnya merupakan satu kesatuan yang menentukan sistem nilai di dalam sistem hukum nasional.⁸⁴

Dengan adanya sistem nilai demikian, maka bangsa Indonesia mempunyai tuntunan nilai yang menunjukkan arah dan tujuan yang akan dicapai. Nilai-nilai tersebut menjadi pegangan hidup dan memberi tuntunan serta menentukan arah untuk masa sekarang dan masa datang. Nilai-nilai tersebut juga menjadi kerangka acuan dalam memecahkan persoalan-persoalan dasar di bidang hukum yang mencakup perencanaan hukum (*legislation planning*), proses pembentukan hukum (*law making process*), penegakan hukum (*law enforcement*) dan kesadaran hukum (*law awareness*). Kesadaran hukum (*law awareness*) ini dipahami sebagai bagian budaya dari budaya hukum (*legal culture*). Dengan demikian sistem hukum nasional menyerap sistem nilai yang terdiri atas sejumlah nilai yang saling berkaitan yang bersumber dari pandangan hidup bangsa Indonesia, sehingga merupakan sistem hukum yang serasi dengan perasaan keadilan dan cita-cita hukum, serasi dengan pandangan mengenai keadilan (*sence of justice*).⁸⁵

⁸⁴ M. Solly Lubis. 1992. Hukum Tata Negara. Mandar Maju : Bandung. Hlm. 9

⁸⁵ *Ibid.*

Sistem hukum nasional yang dijiwai Pancasila dan bersumber pada hukum positif tertinggi, yaitu UUD NRI 1945 sebagai *supreme law of the land* yang mampu menjamin kepastian, ketertiban, penegakan dan perlindungan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran. Untuk memahami sistem hukum nasional, perlu dikemukakan terlebih dahulu pemaknaan sistem itu sendiri, karena hukum nasional sebagai suatu sistem akan mengikuti pada batasan-batasan dan ciri-ciri sistem. Istilah sistem telah banyak dirumuskan oleh para pakar, sehingga bunyi batasannya berbeda satu dengan lainnya yang penekanannya sesuai dengan konteks pembahasannya.⁸⁶

Sebelum memahami mengenai sistem hukum nasional maka hal yang terlebih dahulu harus diketahui adalah makna kata sistem. Dalam *Blacks Law Dictionary*, dinyatakan “A system is orderly combination as of particulars, parts or elements into a whole; especially such combination according to some rational principle.”⁸⁷

Menurut Bertalanffy sistem adalah : “Himpunan unsur-unsur yang saling mempengaruhi, untuk mana hukum tertentu menjadi berlaku. Hukum positif tersusun dalam suatu tatanan, mulai dari hukum dasar sampai pada hukum yang paling konkret

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Bryan A. Garner, dalam Hadi Subhan. 2008. *op cit* . Hlm. 464

dan individual, harus bersumber pada tata nilai dasar yang mengandung penilaian-penilaian etis. Nilai-nilai tersebut terdapat pada norma dasar yang menjadi pengikat susunan norma-norma positif sebagai satu kesatuan.⁸⁸

Hukum adalah seperangkat peraturan perUndang-Undangan yang mengandung semacam kesatuan atau daya pengikat yang dipahami sebagai suatu sistem. UUD NRI 1945 dan segala peraturan perundang-undangan penjabaran dan pelaksanaannya, juga memiliki kesatuan atau daya pengikat bangsa Indonesia sebagai suatu sistem dalam negara. Suatu sistem adalah suatu susunan atau tatanan yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri atas bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain, tersusun menurut suatu rencana atau pola, hasil dari suatu pemikiran untuk mencapai suatu tujuan.⁸⁹

Dalam suatu sistem yang baik, tidak boleh terjadi suatu duplikasi atau tumpang tindih di antara bagian-bagian sistem itu, Suatu sistem selalu terdiri atas sejumlah unsur atau komponen yang saling berkaitan dan pengaruh-mempengaruhi serta terikat oleh satu atau beberapa asas tertentu. Demikian halnya sistem

⁸⁸ Ludwig van Bertalanffy dalam Rudy A. Lontoh et al. 2001. Penyelesaian Utang Piutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Alumni : Bandung. Hlm. 74

⁸⁹ Sunaryati Hartono. 1991. Politik Hukum menuju Satu Sistem Hukum Nasional. Alumni : Bandung. Hlm. 37

hukum, juga terdiri atas sejumlah unsur atau komponen yang sebagian pada saat ini sudah ada dan sudah berfungsi, tetapi sebagian besar lagi masih harus diciptakan.⁹⁰

Menurut Bruggink, jika hukum didefinisikan sebagai sistem konseptual aturan hukum dan putusan hukum, maka hukum sebagai suatu produk kesadaran hukum, yang terdiri atas suatu keseluruhan aturan hukum dan putusan hukum yang saling berkaitan, yang berlaku dalam suatu masyarakat tertentu.⁹¹

Unsur-unsur yang mewujudkan sistem hukum, adalah unsur idiil (*het idee element*), unsur operasional (*het operationele element*) dan unsur aktual (*het actuele element*). Unsur idiil, terbentuk oleh sistem makna dari hukum yang terdiri atas aturan-aturan, norma-norma dan asas. Unsur operasional, terdiri atas keseluruhan organisasi-organisasi dan lembaga-lembaga yang didirikan dalam suatu sistem hukum, termasuk di dalamnya para pejabat yang berwenang yang berfungsi dalam kerangka suatu organisasi atau lembaga tersebut. Unsur aktual, adalah keseluruhan putusan-putusan dan perbuatan-perbuatan konkrit yang berkaitan dengan sistem non hukum, baik dari para

⁹⁰ *Ibid* halaman 38

⁹¹ J.J.H.Bruggink dalam Parwoto Wignjosumarto. 2003. Hukum Kepailitan Selayang Pandang (Himpunan Makalah). Tatanusa : Jakarta . Hlm.78

pejabat yang berwenang maupun dari para warga masyarakat di dalam sistem hukum tersebut.

Sistem berarti tatanan di mana segenap unsur dan segenap bagian yang ada dari sesuatu terikat dalam kesatuan yang logis. Artinya, setiap unsur dan setiap bagian mempunyai tempatnya masing-masing yang satu sama lain dalam hubungan yang logis. Sistem hukum nasional menganut sistem yuridis yang dinamakan sistem yuridis-idealistic. Sistem hukum nasional berdasar dan berjiwa Pancasila dan UUD 1945, menentukan suatu bentuk tatanan segenap peraturan dan keputusan yang dapat dinamakan hukum yang sesuai dengan cita-rasa yang dibimbing oleh filsafat hukum Pancasila sebagai sistem yuridis yang idealistic.¹⁶²

Dalam tatanan dasar ditemukan dalam UUD NRI 1945 yang dinamakan *rechtsidee* bangsa Indonesia yang di dalam sistem tata hukum Indonesia merupakan tolok ukur, acuan dan tumpuan tentang apa dan bagaimana hukum itu dalam hukum positif menurut pandangan bangsa Indonesia.⁹²

Cita hukum (*rechtsidee*) memuat ukuran tentang apa yang di dalam masyarakat bangsa Indonesia dapat dinamakan hukum, yaitu suatu prinsip yang di dalamnya mengandung tiga butir

⁹² Moh. Koesnoe. 1995. Kedudukan Kompilasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional, Varia Peradilan, No. 122. Hlm. 146

tujuan bangsa Indonesia, yaitu kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Ketiga butir pokok tersebut adalah inti yang merupakan tolok ukur dan dasar dalam tata hukum Indonesia tentang apa sesuatu peraturan perundang-undangan dan sesuatu keputusan hukum itu berkualitas atau tidaknya sebagai hukum.⁹³

Sistem hukum nasional adalah sistem hukum yang tersusun secara hirarkhis dan berintikan cita hukum Pancasila, yang dioperasionalkan ke dalam kenyataan melalui asas hukum nasional pada proses pembentukan hukum positif melalui peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi. Berdasarkan asas yang terkandung dalam Pancasila sebagai sumber norma. Norma-norma tersebut berkembang menjadi sistem hukum (*legal system*), meliputi hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis. Sistem hukum nasional menyerap asas, nilai-nilai yang bersumber pada pandangan hidup bangsa dan merasakannya sebagai sistem hukum yang serasi dengan perasaan keadilan dan cita hukum (*rechtsidee*), serasi dengan anggapan dan pandangan mengenai keadilan (*sence of justice*).

Sistem hukum nasional yang digariskan dalam politik hukum, adalah sistem hukum yang dibentuk berdasarkan

⁹³ *Ibid.* Hlm. 11

Pancasila dan UUD NRI 1945, demi terlaksananya negara hukum dan prinsip konstitusional, dan terwujudnya keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Dari pemaknaan yang disebut di atas kemudian ditarik kesimpulan, bahwa sistem hukum nasional meliputi hukum yang berkaitan dengan hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis, baik dari para pejabat yang berwenang maupun dari para warga masyarakat di dalam sistem hukum tersebut.⁹⁴

Dengan demikian kerangka sistem hukum nasional mencakup unsur-unsur materi hukum atau tata hukum yang terdiri atas tatanan hukum eksternal yaitu peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis termasuk hukum adat dan yurisprudensi, serta tatanan hukum internal yaitu asas hukum yang melandasinya; unsur struktur hukum beserta kelembagaannya, yang terdiri atas berbagai badan institusional atau kelembagaan publik dengan para pejabatnya dan unsur budaya hukum yang mencakup sikap dan perilaku para pejabat dan warga masyarakat berkenaan dengan unsur-unsur yang lain dalam proses penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat.⁹⁵

Bertolak dari kerangka pemikiran sistem hukum di atas, peraturan perundang-undangan sebagai suatu sistem atau

⁹⁴ Bernard Arief Sidarta. 1999. Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum. Mandar Maju : Bandung. 80

⁹⁵ *Ibid.* Hlm. 89

komponen sistem hukum nasional, dilihat dari kerangka sistem hukum nasional merupakan bagian atau subsistem dari sistem hukum nasional. Di samping itu, ketentuan hukum dalam peraturan perundang-undangan sebagai suatu sistem dan subsistem hukum nasional memiliki asas yang terintegrasi dan dijiwai Pancasila serta bersumber pada UUD NRI 1945. Dengan demikian menjadi sistem hukum nasional yang harmonis, dalam arti selaras, serasi, seimbang dan konsisten, serta tidak berbenturan dan tidak terdapat pertentangan di antara satu peraturan perundang-undangan dengan lainnya, baik secara vertikal maupun horisontal.⁹⁶

b. Beberapa Sistem Hukum di Dunia

1. Sistem *Civil Law*

Civil law merupakan Istilah yang diambil dari sumber hukum sipil itu sendiri pada zaman Kaisar Justinianus yang bernama *Corpus Juris Civilis*. Adapun pemaknaan *civil law* yaitu suatu tradisi hukum yang berasal dari Hukum Roma yang terkodifikasi dalam *Corpus Juris Civilis* dan tersebar keseluruhan Benua Eropa dan seluruh dunia. Kode sipil terbagi ke dalam dua cabang yaitu:⁹⁷

⁹⁶ *Ibid.* Hlm.91

⁹⁷ Ade Maman Suherman. 2001. Pengantar Perbandingan Sistem Hukum, Cetakan Pertama. RajaGrafindo : Jakarta. Hlm. 32

- a. Hukum Romawi yang terkodifikasi (Kode Sipil Prancis 1804) dan daerah lainnya di Benua Eropa yang mengadopsinya, Quebec dan Louisiana); dan
- b. Hukum Romawi yang tidak dikodifikasi (Skotlandia dan Afrika Selatan). Hukum kode sipil sangat sistematis, terstruktur yang berdasarkan deklarasi para dewan, prinsip-prinsip umum dan sering menghindari hal-hal yang detail.

Sumber hukum dalam sistem *civil law* adalah ada pada tangan legislatif dan lembaga ini harus merespons kepentingan publik *populer will* yang kemudian dituangkan dalam *statute* (Undang-Undang). Dalam negara-negara penganut *civil law* yang notabene juga sebagai penganut positivis telah mereduksi makna hukum kepada ruang yang lebih sempit yaitu Undang-Undang (*statutes*) *law is statute enacted by the legislative power*. Secara singkat bahwa sumber hukum dalam sistem *civil law* terdiri dari *statutes*, *regulation* dan *customs*.

Statutes adalah merupakan Undang-Undang, sedangkan *regulasi* merupakan peraturan-peraturan yang pembuatannya telah melalui *power delegation* dari legislatif

kepada eksekutif. Sumber ketiga yaitu *custom* atau kebiasaan cukup menarik untuk dicermati mengingat *custom* bukan merupakan suatu *legal term* yang tepat dalam dunia positivisme. *Custom* adalah kebiasaan yang dipraktikkan dalam masyarakat yang tidak dituangkan dalam bentuk tertulis (*non statutory law*). Adapun alasan pengkualifikasian kebiasaan ke dalam sumber hukum dengan syarat kebiasaan itu merupakan representasi hukum dengan catatan atau *reserve* tidak ada *statute* dan *regulasi* yang bertentangan dengannya (*custom*).⁹⁸

2. Sistem *Common Law*

Sistem *common law* secara orisinil berkembang di bawah pengaruh sistem yang bersifat *adversarial* dalam sejarah England berdasarkan keputusan pengadilan yang berdasarkan tradisi, *custom* dan preseden. Bentuk *reasoning* yang digunakan dalam *common law* dikenal dengan *casuistry* atau *case based reasoning*. *Common law* dapat juga berbentuk hukum yang tak tertulis ataupun hukum tertulis seperti tertuang dalam *statutes* maupun *codes*. Sistem *common law* merupakan sistem hukum yang memakai logika

⁹⁸ *Ibid.* Hlm. 68

berpikir induktif dan analogi. Hal ini berlawanan dengan sistem *civil law* yang memakai metode deduktif.⁹⁹

3. Sistem Hukum Islam

Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dari dan menjadi bagian dari agama Islam. Konsepsi Hukum Islam yaitu dasar dan kerangka hukumnya ditetapkan oleh Allah, tidak hanya mengatur hubungan manusia dengan manusia lain dan benda dalam masyarakat, tetapi juga hubungan-hubungan lainnya karena manusia yang hidup di dalam masyarakat itu mempunyai berbagai hubungan.¹⁰⁰ Sebagai sistem hukum, ia memiliki beberapa istilah kunci yang perlu untuk dipahami terlebih dahulu yaitu:¹⁰¹

a. Hukum

Peraturan-peraturan atau seperangkat norma yang mengatur tingkah laku manusia dalam suatu masyarakat baik peraturan atau norma itu berupa kenyataan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat maupun peraturan atau norma yang dibuat dengan cara tertentu dan ditegakkan oleh penguasa.

⁹⁹ *Ibid.* Halaman 75

¹⁰⁰ Mohammad Daud Ali. 1999. Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia Cetakan Ketujuh. Raja Grafindo Persada : Jakarta. Hlm. 38

¹⁰¹ *Ibid.*

b. *Hukm* dan Ahkam

Hukm artinya norma atau kaidah yakni ukuran, tolok ukur, patokan, pedoman yang dipergunakan untuk menilai tingkah laku atau perbuatan manusia dan benda. Dalam sistem hukum Islam ada lima *hukm* atau kaidah yang dipergunakan sebagai patokan mengukur perbuatan manusia baik di bidang ibadah maupun dilapangan muamalah yaitu *jaiz* atau *mubah*, *sunnat*, *makruh*, *wajib* dan *haram*.

c. Syariah atau syariat

Secara harfiah syariat yaitu jalan ke sumber (mata) air yakni jalan lurus yang harus diikuti oleh setiap muslim. Syariat merupakan jalan hidup muslim. Syariat memuat ketetapan Allah dan ketentuan rasulnya baik berupa larangan maupun berupa suruhan meliputi seluruh aspek hidup dan kehidupan manusia.

d. Fikih atau *fiqh*

Ilmu fikih adalah ilmu yang bertugas menentukan dan menguraikan norma-norma hukum dasar yang terdapat dalam Al- Qur'an dan ketentuan-ketentuan umum yang terdapat dalam sunah Nabi yang direkam dalam kitab-kitab hadits.

Ciri-ciri utama hukum Islam adalah: ¹⁰²

- a. Merupakan bagian dan bersumber dari agama Islam.
- b. Mempunyai hubungan yang erat dan tidak dapat dipisahkan dari iman atau akidah dan kesusilaan atau akhlak Islam.
- c. Mempunyai dua istilah kunci yaitu syariat terdiri dari wahyu Allah dan sunnah Nabi Muhammad, *fikh* adalah pemahaman dari hasil pemahaman manusia tentang syariah.
- d. Terdiri dari dua bidang utama yakni ibadah bersifat tertutup karena telah sempurna dan muamalah dalam arti khusus dan luas bersifat terbuka untuk dikembangkan oleh manusia yang memenuhi syarat dari masa kemasa.
- e. Strukturnya berlapis terdiri dari :
 - 1) Nas atau teks Al Quran.
 - 2) Sunnah Nabi Muhammad (untuk syariat).
 - 3) Hasil ijtihad manusia yang memenuhi syarat tentang wahyu dan sunnah.

¹⁰² *Ibid.*

- 4) Pelaksanaannya dalam praktik baik berupa keputusan hakim maupun berupa amalan-amalan ummat Islam dalam masyarakat (untuk fikih).
- f. Mendahulukan kewajiban dari hak, amal dari pahala.
 - g. Dapat dibagi menjadi :
 1. Hukum *taklifi* atau hukum *taklif* yakni *al-ahkam al-khomsa* yaitu lima kaidah, lima jenis hukum, lima kategori hukum, lima penggolongan hukum yakni *jaiz, sunat, makruh, wajib* dan *haram*.
 2. Hukum *wadh'i* yang mengandung sebab, syarat halangan terjadi atau terwujudnya hubungan hukum.

Tujuan dari hukum Islam yaitu untuk menegakkan keadilan yang merata bagi seluruh umat manusia (*tahqiq al-'adalah*), memelihara dan mewujudkan kemaslahatan seluruh umat manusia (*ri'ayat mashalih alummah*), tidak memperbanyak beban dan menghilangkan kesulitan (*qillat al-taklif, nahyu al-haraj wa raf'u al-masyakah*), pembenahan yang bertahap (*tadarruj fi al-tasyri*) dan masing-masing orang hanya memikul dosanya sendiri, bukan dosa orang lain.¹⁰³ Apabila hukum Islam disistematikan seperti hukum Eropa yaitu hukum perdata dan hukum publik, maka hukum Islam

¹⁰³ Abdul Manan. 2006. Reformasi Hukum Islam di Indonesia. Cetakan Pertama. Raja Grafindo Persada : Jakarta. Hlm. 111

dapat disistematika berupa hukum perdata Islam dan hukum publik Islam.

Berdasarkan sejarah, Islam diterima oleh bangsa Indonesia jauh sebelum penjajah datang ke Indonesia. Sehubungan dengan berlakunya hukum adat bagi bangsa Indonesia dan hukum agama bagi masing-masing pemeluknya, muncullah beberapa teori yang mana dua teori pertama muncul pada masa sebelum Indonesia merdeka dan tiga teori terakhir muncul setelah Indonesia merdeka yaitu :

- a. Teori *Receptio In Complexu*, menurut Teori *Receptio In Complexu* bagi setiap penduduk berlaku hukum agamanya masing-masing. Bagi orang Islam berlaku hukum Islam demikian juga bagi pemeluk agama lain.
- b. Teori *Receptie* (Resepsi), menurut Teori *Receptie*, hukum Islam tidak otomatis berlaku bagi orang Islam. Hukum Islam berlaku bagi orang Islam kalau ia sudah diterima (diresepsi) oleh dan telah menjadi hukum adat mereka. Jadi yang berlaku bagi mereka bukan hukum Islam tapi hukum adat.
- c. Teori *Receptie Exit*, pemahaman Teori *Receptie Exit* menurut Hazairin yaitu ia mengemukakan bahwa Teori *Receptie* sebagaimana dikemu oleh Christian Snouck

Hurgronje, adalah teori iblis (syetan) dan telah *modar*, artinya telah hapus atau harus dinyatakan hapus (keluar) dengan berlakunya UUD 1945.

d. Teori *Receptio A Contrario*

Menurut Sayuti Thalib Teori *Receptio A Contrario* adalah kebalikan dari Teori *Receptie* yaitu hukum adat baru berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum Islam.

e. Teori Eksistensi

Teori Eksistensi adalah teori yang menerangkan tentang adanya hukum Islam dalam hukum nasional Indonesia. Menurut teori ini bentuk eksistensi (keberadaan) hukum Islam dalam hukum nasional itu ialah: (1) ada, dalam arti hukum Islam berada dalam hukum nasional sebagai bagian yang integral darinya; (2) ada, dalam arti adanya kemandiriannya yang diakui berkekuatan hukum nasional dan sebagai hukum nasional; (3) ada, dalam hukum nasional, dalam arti norma hukum Islam (agama) berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional Indonesia; (4) ada dalam hukum nasional dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama hukum nasional Indonesia.

3. Konsep Hak Asasi Manusia

Hak asasi Manusia adalah hak-hak yang telah dipunyai seseorang sejak ia dalam kandungan. HAM berlaku secara universal. Dasar-dasar HAM tertuang dalam deklarasi kemerdekaan Amerika Serikat (*Declaration of Independence of USA*) dan tercantum dalam UUD 1945 Republik Indonesia, seperti pada pasal 27 ayat (1), pasal 28, pasal 29 ayat (2), pasal 30 ayat (1) dan pasal 31 ayat (1).

Dalam teori perjanjian bernegara, adanya *Pactum Unionis* dan *Pactum Subjectionis*. *Pactum Unionis* adalah perjanjian antara individu- individu atau kelompok-kelompok masyarakat membentuk suatu negara, sedangkan *pactum subjectionis* adalah perjanjian antara warga negara dengan penguasa yang dipilih di antara warga negara tersebut (*Pactum Unionis*). Thomas Hobbes mengakui adanya *Pactum Subjectionis* saja. John Lock mengakui adanya *Pactum Unionis* dan *Pactum Subjectionis* dan JJ Roessaeu mengakui adanya *Pactum Unionis*. Ketiga paham ini berpendapat demikian. Namun pada intinya teori perjanjian ini meng- amanahkan adanya perlindungan Hak Asasi Warga Negara yang harus dijamin oleh penguasa, bentuk jaminan itu mustilah tertuang dalam konstitusi (Perjanjian Bernegara).

4. Konsep Penegakan Hukum

Pengertian penegakan hukum itu dapat pula ditinjau dari sudut objeknya, yaitu dari segi hukumnya. Dalam hal ini, pengertiannya juga mencakup makna yang luas dan sempit. Dalam arti luas, penegakan hukum itu mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya bunyi aturan formal maupun nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Tetapi, dalam arti sempit, penegakan hukum itu hanya menyangkut penegakan peraturan yang formal dan tertulis saja. Oleh karena itu, penerjemahan perkataan '*law enforcement*' ke dalam bahasa Indonesia dalam menggunakan perkataan 'penegakan hukum' dalam arti luas dan dapat pula digunakan istilah 'penegakan peraturan' dalam arti sempit. Perbedaan antara formalitas aturan hukum yang tertulis dengan cakupan nilai keadilan yang dikandungnya ini bahkan juga timbul dalam bahasa Inggris sendiri dengan dikembangkannya istilah '*the rule of law*' versus '*the rule of just law*' atau dalam istilah '*the rule of law and not of man*' versus istilah '*the rule by law*' yang berarti '*the rule of man by law*'. Dalam istilah '*the rule of law*' terkandung makna pemerintahan oleh hukum, tetapi bukan dalam artinya yang formal, melainkan mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Karena itu, digunakan istilah '*the rule of just law*'. Dalam istilah '*the rule of law and not of man*' dimaksudkan untuk menegaskan bahwa pada hakikatnya pemerintahan suatu negara

hukum modern itu dilakukan oleh hukum, bukan oleh orang. Istilah sebaliknya adalah '*the rule by law*' yang dimaksudkan sebagai pemerintahan oleh orang yang menggunakan hukum sekedar sebagai alat kekuasaan belaka.¹⁰⁴

Andi Hamzah mengemukakan bahwa istilah penegakan hukum sering disalah artikan seakanakan hanya bergerak di bidang hukum pidana atau di bidang represif. Istilah penegakan hukum disini meliputi baik yang represif maupun yang preventif. Jadi kurang lebih maknanya sama dengan istilah Belanda *rechtshandhaving*. Berbeda dengan istilah *law enforcement*, yang sekarang diberi makna represif, sedangkan yang preventif berupa pemberian informasi, *persuasive*, dan petunjuk disebut *law compliance*, yang berarti pemenuhan dan penataan hukum. Oleh karena itu lebih tepat jika dipakai istilah penanganan hukum atau pengendalian hukum.¹⁰⁵

Penegakan hukum (*law enforcement*) merupakan usaha untuk menegakkan norma-norma hukum dan sekaligus nilai-nilai yang ada dibelakang norma tersebut.¹⁰⁶ Penegakan hukum pada hakekatnya merupakan bagian integral dari upaya membangun dan meningkatkan kualitas lingkungan hidup yang lebih berbudaya dan

¹⁰⁴ *Ibid*

¹⁰⁵ Andi Hamzah. 2005. Asas-asas Penting dalam Hukum Acara Pidana. Surabaya :FH Universitas. Hlm. 2

¹⁰⁶ Muladi, 2002, Penegakan Hukum Dan Peningkatan Demokrasi Di Indonesia Dalam Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana, Universitas Diponegoro : Semarang. Hlm. 69

lebih bermakna.¹⁰⁷ Penegakan hukum bukan hanya berbicara mengenai aturan-aturan atau pasal-pasal yang berada dalam peraturan perundang-undangan tetapi berbicara mengenai banyak faktor antara lain perilaku orang-orang yang terlibat didalamnya seperti pelaku kejahatan, korban kejahatan, para penegak hukum seperti Polisi, Jaksa, Hakim serta petugas Lembaga Pemasyarakatan yang merupakan bagian dari sistem Peradilan Pidana.

Penegakan hukum sangat berkaitan erat dengan 4 (empat) faktor yaitu: peraturan perundang-undangan, para penegak hukum (seperti Polisi, Jaksa dan Hakim), fasilitas serta masyarakat dan budaya setempat. Sehubungan dengan keempat faktor tersebut di atas penegakan hukum dari sisi sosiologis dilihat dari proses yang melibatkan manusia di dalamnya. Di sini faktor manusia sangat terlibat dalam usaha menegakkan hukum. Penegakan hukum bukan hanya suatu proses logis semata melainkan sarat dengan keterlibatan manusia di dalamnya.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Barda Nawawi Arief, 2007, Pengembangan/Pembangunan Ilmu Hukum Nasional dan Peningkatan Kualitas Penegakan Hukum Dalam Masalah Penegakan Hukum Dan Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Kejahatan, Kencana Prenada Media Group : Jakarta. Hlm.20

¹⁰⁸ Satjipto Rahardjo. 2002. Penegakan Hukum, Dalam Sosiologi Hukum Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah. Muhammadiyah University Press : Surakarta. Hlm. 174

5. Konsep Hukum Adat

Dilihat dari peristilahannya, "hukum adat" berasal dari dua kata "hukum" dan "adat", sehingga mudah dipahami bahwa hukum adat itu berhubungan erat dengan adat kebiasaan, yaitu tingkah laku dalam masyarakat yang dilakukan secara berulang-ulang, dirasa patut untuk diikuti dan bersifat ajeg. Hukum adat bersumber dari adat kebiasaan ini. Soekanto mendefinisikan hukum adat itu sebagai "kompleks adat-adat yang tidak dicitakan, tidak dikodifikasi dan bersifat paksaan, jadi mempunyai akibat hukum."¹⁰⁹

Dari defenisi di atas maka dapat dikatakan bahwa kriteria yang dapat digunakan untuk mengidentifikasi hukum adat diantara adat kebiasaan yang berlangsung di masyarakat adalah ada atau tidak adanya akibat hukum. Wujud akibat dalam pandangan Soekanto ada ada tiga yaitu¹¹⁰ pertama, lahirnya, berubahnya, atau hapusnya suatu keadaan hukum; kedua, lahirnya, berubahnya atau hapusnya suatu hubungan hukum; dan ketiga sanksi. Dari pengertian ini dapat dipahami bahwa adat kebiasaan meliputi dua aspek, yaitu aspek adat yang bersifat hukum yang disebut hukum adat; dan aspek adat yang tidak bersifat hukum yang disebut adat-istiadat.

¹⁰⁹ Soleman Biasane Taneko. 1981. *Dasar-dasar Hukum Adat dan Ilmu Hukum Adat*. Bandung: Alumni. Hlm.2

¹¹⁰ *Ibid.*

Pada jaman kolonial Belanda, van Vollenhoven yang dikenal sebagai Bapak Hukum Adat dalam bukunya yang terkenal "*Het Adatrecht van Nederland Indie*" telah menulis bahwa hukum adat adalah hukum yang tidak bersumber kepada peraturan-peraturan yang dibuat oleh Pemerintah Hindia Belanda atau alat-alat kekuasaan lainnya yang menjadi sendinya.¹¹¹ Kemudian, pada masa kemerdekaan, Soepomo juga mengemukakan bahwa hukum adat adalah hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan-peraturan legislatif (*unstatutory law*) meliputi peraturan-peraturan hidup yang meskipun tidak ditetapkan oleh yang berwajib, toh dihormati dan didukung oleh rakyat berdasarkan atas keyakinan bahwasanya peraturan-peraturan tersebut mempunyai kekuatan hukum.¹¹² Dengan mengkwalifikasikan hukum adat ke dalam bentuk hukum tidak tertulis, bukan berarti semua norma-norma hukum adat tidak ada yang dituangkan dalam wujud tulisan. van Vollenhoven sendiri dalam bukunya yang berjudul "*Orientatie in het adatrecht van Nederlandsch-Indie*", mengakui adanya hukum adat dalam wujud yang tertulis. Beliau, misalnya, menunjuk contoh: peraturan-peraturan desa di Bali yang disebut *awig-awig*.¹¹³ Dengan pemahaman demikian maka pernyataan bahwa hukum adat sebagai hukum yang tidak tertulis harus diletakkan dalam makna bahwa

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Djaren Saragih. 1984. Pengantar Hukum Adat Indonesia. Edisi II. Bandung : Penerbit Tarsito. Hlm. 13

¹¹³ *Ibid.*

hukum adat itu tidak tertulis dalam bentuk peraturan perundang-undangan Republik Indonesia. Jadi, penyebutan hukum adat sebagai hukum tidak tertulis semata-mata untuk membedakan hukum adat dengan "hukum tertulis" yang mempunyai konotasi sebagai hukum negara yang berbentuk peraturan perundang-undangan (*statuter*).¹¹⁴

Berikut beberapa Definisi hukum adat yang dikemukakan para ahli hukum, antara lain sebagai berikut:

- a. Cornelius van Vallenhoven, yang pertama kali menyebut hukum adat memberikan definisi hukum adat sebagai : " Himpunan peraturan tentang perilaku yang berlaku bagi orang pribumi dan timur asing pada satu pihak yang mempunyai sanksi (karena bersifat hukum) dan pada pihak lain berada dalam keadaan tidak dikodifikasikan (karena adat).¹¹⁵
- b. Soepomo, merumuskan hukum adat adalah sinonim dari hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan legislatif (*statuary law*), hukum yang hidup sebagai konvensi di badan-badan hukum Negara (Parlemen, Dewan Propinsi dan sebagainya), hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan yang

¹¹⁴ Ketut Sudantra, Wayan P. Windia dan Putu Dyatmikawati. 2011. *Penuntun Penyuratan Awig-awig*. Bali : Udayana University Press. Hlm.19-20

¹¹⁵ Abdulrahman. 1984. *Hukum Adat Menurut Perundang-Undangn Republik Indonesia*. Cendana Press : Jakarta. Hlm. 18

dipertahankan di dalam pergaulan hidup, baik di kota maupun di desa-desa¹¹⁶

- c. Soekanto, merumuskan hukum adat adalah kompleks adat yang kebanyakan tidak dikitabkan, tidak dikodifikasikan dan bersifat paksaan mempunyai sanksi (dari itu hukum).¹¹⁷
- d. Suroyo Wignjodipuro mengemukakan bahwa hukum adat adalah suatu kompleks norma-norma yang bersumber apada perasaan keadilan rakyat yang selalu berkembang serta meliputi peraturan tingkat laku manusia dalam kehidupan sehari-hari dalam masyarakat, sebagian besar tidak tertulis, karena mempunyai akibat hukum (sanksi)¹¹⁸

Selanjutnya dalam memahami perkembangan hukum adat dalam masyarakat, maka van Vollenhoven merumuskan bahwa dalam hal penguasa telah memutuskan untuk mempertahankan hukum adat padahal hukum itu sudah mati, maka penetapan itu akan sia-sia belaka. Sebaliknya seandainya telah diputuskan dari atas bahwa hukum adat harus diganti, padahal di desa-desa, di ladang-ladang dan di pasar-pasar hukum itu masih kokoh dan kuat, maka hakim pun akan sia-sia belaka Dengan kata lain memahami hukum adat harus dilakukan secara dinamik, dan selaras antara atas yang

¹¹⁶ *ibid*

¹¹⁷ *ibid.*

¹¹⁸ *ibid.*

memutuskan dan bawah yang menggunakan agar dapat diketahui dan dipahami perkembangannya.¹¹⁹

Soepomo mengemukakan bahwa hukum adat adalah suatu hukum yang hidup karena ia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat. Dalam berbagai seminar, maka berkembang kemudian hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) yang lazim dipergunakan untuk, menunjukkan berbagai macam hukum yang tumbuh dan berkembang dengan sendirinya di dalam masyarakat. Hal ini menurut Satjipto Raharjo merupakan kelengkapan dari hukum nasional. Penyebutan Hukum Adat untuk hukum yang tidak tertulis tidak mengurangi peranannya dalam memberikan penyaluran dari kebiasaan, kepentingan-kepentingan yang tidak terucapkan dalam hukum tertulis.¹²⁰

Makna hukum adat adalah norma-norma yang tumbuh dan berkembang secara alamiah di dalam pergaulan hidup masyarakat Indonesia. Hukum tersebut merupakan refleksi dari sistem budaya yang dimiliki oleh masyarakat setempat.¹²¹ Sumber hukum adat adalah:¹²²

¹¹⁹ Sudjito Sastrodiharjo. 1988. Hukum adat Dan Realitas Kehidupan, dimuat dalam : Hukum Adat dan Modernisasi Hukum. Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia : Yogyakarta. Hlm 107.

¹²⁰ Sunaryati Hartono. 1998. Sumbangsih Hukum Adat bagi Perkembangan Pembantuan Hukum Nasional . FH-UII : Yogyakarta. Hlm. 170

¹²¹ Mohammad Jamin. 2004. Hukum Adat dan Sistem Hukum Nasional, Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret : Surakarta. Hlm. 10

¹²² *Ibid.*

- a. Kebiasaan dan adat istiadat yang berhubungan dengan tradisi rakyat (Van Vollen Hoven).
- b. Kebudayaan tradisi rakyat (Ter Haar).
- c. Ugeran-ugeran yang langsung timbul sebagai pernyataan kebudayaan orang Indonesia asli, tegasnya sebagai pernyataan rasa keadilan dalam hubungan pamrih (Djojodigoeno).
- d. Perasaan keadilan yang hidup di dalam hati nurani rakyat (Soepomo).

Hukum adat merupakan salah satu sumber yang penting untuk memperoleh bahan-bahan bagi pembangunan hukum nasional, yang menuju pada unifikasi hukum dan yang terutama akan dilakukan melalui pembuatan peraturan-peraturan perundangan dengan tidak mengabaikan timbul atau tumbuh berkembangnya hukum kebiasaan dan pengadilan dalam pembinaan hukum.¹²³

6. Hukum Pidana Adat

Hukum Pidana Adat atau hukum pidana yang tidak tertulis dalam bahasa Belanda dikenal sebagai ongeschrevenstrafrecht.¹²⁴ Menurut Soerojo Wignjodipuro di antara bidang hukum adat, hukum pidana adat adalah bidang hukum adat yang eksistensinya terdesak

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ E.Utrecht. Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I. Surabaya. Pustaka Tinta Mas. 1994. Hlm.7.

oleh hukum colonial.¹²⁵ Soepomo kemudian menjelaskan lebih lanjut bahwa hukum adat tidak memisahkan antara pelanggaran hukum yang mewajibkan tuntutan memperbaiki kembali hukum di dalam lapangan hukum pidana (di muka hakim pidana) dan pelanggaran hukum yang hanya dapat dituntut di lapangan hukum perdata (di muka hakim perdata).¹²⁶

Di samping itu Ter Haar juga berpendapat bahwa yang di maksud pidana adat atau pelanggaran adalah adanya perbuatan sepihak yang oleh pihak lain dengan tegas atau secara diam-diam dinyatakan sebagai perbuatan yang mengganggu keseimbangan. Dari pernyataan Ter Haar tersebut, Hilman Hadikusuma berpendapat bahwa hukum pidana adat adalah hukum yang menunjukkan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan (dihukum) karena peristiwa dan perbuatan itu telah mengganggu keseimbangan masyarakat.¹²⁷ Berbeda dengan hukum pidana positif yang beraku di Indonesia sekarang ini, peristiwa dan perbuatan itu dihukum karena adanya hukum tertulis yang mengaturnya. Selama peristiwa dan perbuatan itu tidak diatur dalam Undang-Undang, maka tidak dapat

¹²⁵ Soerojo Wignjodipuro. Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat. Jakarta. Gunung Agung. 1982. Hlm. 18. Pada umumnya hukum lokal biasanya terdesak oleh hukum kolonial, seperti halnya Indonesia, keberadaan hukum adat Afrika juga terdesak oleh hukum Eropa melalui kolonialisasi. Lihat lebih lanjut dalam Lawrence Meir Friedman. 1999. *The Horizontal Society*. Yale University Press : London. Hlm. 128.

¹²⁶ Soepomo. 1982. Bab-bab Tentang Hukum Adat. Jakarta. Pradnya Paramita : Jakarta. Hlm.110.

¹²⁷ Hilman Hadikusuma. 2014. Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia, Mandar Maju : Bandung. Hlm.221

dikatakan pidana. Hal ini disebut dengan asas legalitas yang tertuang dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang menentukan bahwa Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.¹²⁸

Sementara hukum pidana adat menitikberatkan pada “keseimbangan yang terganggu”. Selama keseimbangan suatu masyarakat adat itu terganggu, maka akan mendapat sanksi. Hukum pidana adat tidak mengenal asas legalitas sebagaimana hukum positif karena selain ketentuan sebagaimana hukum positif karena selain ketentuan hukumnya masih sederhana, hukum pidana adat tidak mengenal kodifikasi. Dengan kata lain, hukum pidana adat tidak mengenal tertulis meskipun beberapa masyarakat adat di Indonesia sudah mengenal kodifikasi hukum adat. Misalnya Kitab Kuntara Raja Niti (Lampung), Manawa Dharmasastra, Catur Agama, Awig-awig (Bali), Kitab Babad Jawa (Jawa Kuno), dan lain sebagainya. Jadi, selama perbuatan itu menyebabkan kegoncangan pada keseimbangan suatu masyarakat adat yang sudah mapan, maka perbuatan itu dapat dikatakan melanggar hukum.¹²⁹

¹²⁸ Moeljatno. 2011. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Bumi Aksara : Jakarta. Hlm.3

¹²⁹ Apriyani. 2018. Keberadaan Sanksi Adat Dalam Penerapan Hukum Pidana Adat. Jurnal Hukum PRIORIS, Vol. 6 No. 3. Hlm. 227–246.

Soepomo menjabarkan lebih rinci bahwa antara perbuatan yang dapat dipidana dan perbuatan yang hanya mempunyai akibat di wilayah perdata tidak ada perbedaan struktur. Artinya, antara “hukum pidana” dan “hukum perdata” yang perbedaannya dibedakan wilayahnya dalam hukum positif, dalam hukum pidana adat tidak membedakan struktur itu. Apakah itu masuk dalam wilayah pidana atau perdata, selama “menggangu keseimbangan” masyarakat, maka ia dikategorikan sebagai delik atau tindak pidana.¹³⁰ Sementara Van Vollenhoven berpendapat bahwa hukum pidana adat adalah perbuatan yang hidup (*living law*), diikuti dan ditaati oleh masyarakat adat secara terus-menerus, dari segi generasi ke generasi berikutnya. Pelanggaran terhadap aturan tata tertib tersebut dipandang dapat menimbulkan kegoncangan dalam masyarakat karena dianggap mengganggu keseimbangan kosmis masyarakat. Karenanya, bagi si pelanggar diberikan reaksi adat, koreksi adat atau sanksi adat oleh masyarakat dengan musyawarah bersama pemimpin atau pengurus adat. Adapun Didik Mulyadi memberi kesimpulan bahwa hukum pidana adat adalah perbuatan yang melanggar perasaan keadilan dan kepatutan yang hidup dalam masyarakat, sehingga menimbulkan adanya gangguan ketentraman dan keseimbangan masyarakat yang bersangkutan. Oleh karena itu, untuk memulihkan ketentraman dan keseimbangan tersebut terjadi

¹³⁰ *ibid*

reaksi-reaksi adat sebagai bentuk terganggu dengan maksud sebagai bentuk meniadakan atau menetralsir suatu keadaan sisi akibat suatu pelanggaran adat.

C. Kerangka Pemikiran



D. Definisi Operasional Variabel

- a. Kedudukan hukum adat dalam hukum nasional yang dimaksud dalam penelitian ini adalah pengakuan hukum adat dalam konsitusi dan hukum nasional.
- b. Putusan pengadilan yang dimaksud dalam penelitian ini adalah putusan pengadilan yang berkaitan dengan penerapan hukum adat di beberapa daerah di Indonesia.
- c. Tata Cara penerapan hukum pidana adat adalah mekanisme yang ditempuh dalam masyarakat Papua untuk melakukan penegakan hukum pidana adat.
- d. Kendala penerapan hukum pidana adat yang dimaksud dalam penelitian ini adalah hambatan yang menyebabkan hukum pidana adat belum dapat diterapkan sejalan dengan hukum nasional.
- e. Saksi ahli adalah saksi yang memberikan keterangan dalam persidangan sesuai dengan kepakaran atau keilmuan yang dimilikinya.
- f. Pidana tambahan adalah pidana selain pidana pokok yang dijatuhkan dalam suatu penaganan tindak pidana
- g. Mediasi adalah musyawarah yang dilaksanakan oleh dua pihak atau lebih oleh seorang mediator.