

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. KEDUDUKAN HUKUM ADAT DALAM SISTEM HUKUM

Sebagaimana kita ketahui bahwa hukum dan hukum adat mempunyai arti yang sama yaitu sebagai suatu rangkaian norma yang mengatur tingkah laku dan perbuatan dalam hidup bermasyarakat dengan tujuan terciptanya suatu ketertiban dalam masyarakat. Yang membedakannya adalah hukum adat berlaku bagi orang Indonesia, sifatnya tidak tertulis dan tidak dibuat oleh legislatif. Dalam pemberlakuan hukum adat sebagai hukum positif kiranya perlu diketengahkan dua konsep pemikiran tentang hukum yang sangat tajam mempertentangkan kedudukan hukum adat dalam sistem hukum yaitu konsep pemikiran legisme (termasuk aliran positivisme) dan aliran mazhab sejarah. Aliran legisme menghendaki bahwa pembuatan hukum dapat begitu saja dilakukan dengan undang-undang, sedangkan aliran sejarah menentang penyamaan hukum dengan undang-undang sebab hukum itu tidak mungkin dibuat melainkan harus tumbuh dari kesadaran hukum masyarakat.

Aliran mazhab sejarah yang dipelopori Von Savigny cukup besar pengaruhnya dalam membentuk aliran tentang pembangunan hukum di Indonesia yang pada awalnya juga terbelah atas aliran yang menghendaki dipertahankannya hukum adat yang tidak dikodifikasi dan tidak diunifikasikan. Aliran mazhab sejarah menghendaki agar hukum adat yang merupakan pencerminan nilai-nilai kebudayaan asli Indonesia dipertahankan untuk

mencegah terjadinya pembaratan dalam hukum. Dalam sisi lain mempertahankan hukum adat juga berimplikasi negatif yaitu terisolirnya bangsa Indonesia dalam perkembangan hukum modern sehingga mengakibatkan keterbelakangan dan menimbulkan problem terutama dalam bersaing dengan bangsa lain. Pertentangan diatas tidak perlu dipertahankan melainkan harus dipertemukan dalam keseimbangan antara hukum sebagai alat dan hukum sebagai cermin budaya masyarakat. Juga antara hukum sebagai alat untuk menegakan ketertiban yang sifatnya konserfasi (memelihara) dan hukum sebagai alat untuk membangun (mengarahkan) masyarakat agar lebih maju. Konsep ini sangat sesuai dengan pemikiran yang disampaikan oleh *Eugen Ehrlich* yang dikenal dengan aliran sociological jurisprudence yang berbicara tentang living law atau hukum yang hidup dalam masyarakat.²⁷ Konsep pemikiran legisme/positivisme sangat mempengaruhi para sarjana hukum Eropah dan Belanda. Menurut konsep ini tidak ada hukum kecuali undang-undang. Hukum tidak tertulis (termasuk hukum adat di Indonesia) dipandang bukan hukum. Konsep ini menyamakan hukum dengan undang-undang. Sebaliknya pihak mazhab sejarah menentang perundang- undangan sebagai suatu cara untuk membuat hukum karena hukum itu tidak mungkin dibuat melainkan tumbuh sendiri dari kesadaran hukum masyarakat. Pada sisi yang lain literatur hukum juga mencatat bahwa hukum dalam pengertian luas dapat dikelompokkan dalam dua bagian yaitu hukum tertulis dan hukum tidak tertulis. Hukum adat termasuk dalam kelompok kedua. Akan tetapi yang menjadi

²⁷ Mahdi Syahbandir, *kedudukan hukum adat dalam sistem hukum*, Bandung; pustaka pelajar, 2010, Hlm. 10

permasalahan adalah tidak ada satu pasalpun dalam batang tubuh Undang-Undang Dasar UUD) 1945 yang mengatur tentang kedudukan hukum tidak tertulis. Malah pasal-pasal dalam batang tubuh UUD 1945 banyak yang memerintahkan ketentuan pasalnya untuk diatur lebih lanjut dengan Undang-undang (undang-undang organik). Perintah pengaturan lebih lanjut ketentuan dalam UUD 1945 ke dalam undang-undang mengandung makna bahwa Negara Indonesia lebih mengutamakan hukum yang tertulis. Pengakuan terhadap hukum tidak tertulis dahulu hanya dijelaskan atau dicantumkan dalam Penjelasan Umum UUD 1945 angka I yang menyebutkan ” Undang-Undang Dasar ialah hukum dasar yang tertulis, sedang di sampingnya Undang-undang Dasar itu berlakunya juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktik penyelenggaraan negara meskipun tidak tertulis”. Dalam Pasal 18B ayat (2) Amandemen UUD 1945 menyebutkan ”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”. Menurut pasal ini hukum adat yang diakui adalah hukum adat yang masih nyata-nyata hidup, jelas materi dan lingkup masyarakat adatnya. Ketentuan Pasal 18b ayat (2) di atas dapat dipahami bahwa UUD 1945 lebih mengutamakan hukum yang tertulis dari pada tidak tertulis. Ini maknanya bahwa pengakuan terhadap hukum adat yang masih hidup dalam masyarakat di suatu daerah harus dilakukan dengan pengaturan dalam peraturan perundang-undangan (tertulis). Untuk menganalisa kedudukan hukum adat

dalam sistem hukum perlu kiranya diperhatikan salah satu aliran dalam ilmu hukum yaitu, Sociological Jurisprudence yang disampaikan oleh Eugen Ehrlich. Yang menjadi konsepsi dasar dari pemikiran Ehrlich tentang hukum adalah apa yang dinamakan dengan *living law*. Hukum positif yang baik dan efektif adalah hukum yang sesuai dengan *living law* dari masyarakat yang mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalamnya. Pesan Ehrlich pada pembuat undang-undang adalah dalam membuat undang-undang hendaklah diperhatikan apa yang hidup dalam masyarakat, Agar hukum adat dapat efektif berlaku dalam masyarakat maka dalam pembentukan undang-undang, wakil rakyat yang duduk di lembaga legislatif harus mampu menggali dan wajib menampung kesadaran hukum yang hidup dalam masyarakat. Kesadaran hukum masyarakat yang telah diformalkan dalam undang-undang akan dapat digunakan sebagai dasar dalam menjaga ketertiban dan kerukunan hidup masyarakat. Lebih lanjut peranan hakim sebagai penemu hukum juga sangat penting untuk memperhatikan kesadaran hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai pertimbangan hukum dalam memutuskan suatu sengketa. Dengan demikian yurisprudensi merupakan salah satu sumber pengenal hukum yang hidup dalam masyarakat dapat digunakan sebagai dasar dalam penyelesaian sengketa yang sama.²⁸

B. FUNGSI HUKUM ADAT DALAM MASYARAKAT

Fungsi hukum adat dalam masyarakat dapat dikembalikan pada tujuan dasar hukum itu. Apabila hendak direduksi pada satu hal saja maka tujuan pokok dari hukum adalah ketertiban (order). Ketertiban merupakan tujuan pokok dari segala hukum. Manusia selalu hidup bermasyarakat, agar kehidupan

²⁸ *Ibid* hlm. 10

manusia dalam masyarakat teratur dan tertib maka diperlukan hukum. Manusia, masyarakat, dan hukum merupakan pengertian yang tidak dapat dipisahkan. Pameo Romawi yang menyatakan *ubi societas ibi ius* (dimana ada masyarakat disitu ada hukum) menggambarkan hubungan ini dengan tepat sekali. Dalam pergaulan antar manusia dalam masyarakat tidak hanya diatur oleh hukum akan tetapi juga dipedomani oleh agama, moral, susila, kesopanan dan kaidah-kaidah sosial lainnya. Antara hukum dan kaidah-kaidah sosial lainnya terdapat suatu hubungan yang erat, yang satu memperkuat yang lainnya. Satu hal yang membedakan hukum dengan kaidah-kaidah sosial lainnya adalah pentaatan terhadap ketentuan hukum dapat dipaksakan dengan suatu cara yang teratur. Hukum sebagai kaidah sosial tidak lepas dari nilai yang berlaku dalam suatu masyarakat, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat, tentunya merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat (tingkah laku) mungkin saja pada awalnya merupakan suatu kebiasaan yang kemudian timbul menjadi suatu perasaan pada suatu masyarakat yang menganut kebiasaan itu menjadi sesuatu yang patut. Sesuatu yang patut kemudian meningkat menjadi adat. Unsur patut itulah yang menjadikan itu adat, bukan unsur kebiasaan atau kelaziman. Aturan-aturan tingkah laku inilah menjadi aturan-aturan adat. Dari aturan-aturan tingkah laku itu ada yang menjadi adat ada yang menjadi hukum. Yang membedakan antara adat dengan hukum adalah pada ada tidaknya badan-

badan tertentu yang oleh negara diberikan tugas untuk menentukan, melaksanakan, memperlakukan dan mempertahankan atauran tingkahlaku tersebut dengan cara tertentu. Badan-badan tersebut diantaranya, pembentuk undang-undang, hakim dan lain-lain yang putusan badan-badan tersebut mempunyai kekuatan hukum mengikat. Inilah yang membedakan antara adat dengan hukum. Jika hukum itu tidak tertulis maka disebut hukum adat tetapi sebaliknya jika dia tertulis maka disebutlah hukum tertulis yang bentuknya diatur dalam peraturan perundang-undangan. Dalam suatu masyarakat yang sedang mengalami perubahan menuju kearah yang lebih baik, nilai-nilai tersebut juga sedang mengalami perubahan. Nilai-nilai tersebut tidak lepas dari sikap (attitude) dan sifat-sifat yang dimiliki oleh orang-orang yang menjadi anggota masyarakat. Tanpa perubahan sikap dan sifat kearah yang diperlukan, maka segala pembangunan dalam arti fisik akan sedikit sekali maknanya.²⁹

C. SIFAT HUKUM ADAT

Hukum adat berbeda dengan hukum yang bersumberkan hukum Romawi atau Eropa Kontinental lainnya. Hukum adat bersifat pragmatis - realis artinya mampu memenuhi kebutuhan masyarakat yang bersifat fungsional religius, sehingga hukum adat mempunyai fungsi sosial atau keadilan sosial. Sifat yang menjadi ciri dari pada hukum adat sebagai 3 C adalah:

- 1) Common atau komunal atau kekeluargaan (masyarakat lebih penting daripada individu);
- 2) Contant atau Tunai perbuatan hukum dalam hukum adat sah bila dilakukan secara tunai, sebagai dasar mengikatnya perbuatan hukum.

²⁹ <http://www.jurnal.unsyiah.ac.id/kanun> dikutip dari penulis Lisa pada tanggal 30 juli

3) Congkrete atau Nyata, Riil perbuatan hukum dinyatakan sah bila dilakukan secara kongkrit bentuk perbuatan hukumnya.³⁰

Djojodigono menyebut hukum adat mempunyai sifat: statis, dinamis dan plastis.

- b. Statis, hukum adat selalu ada dalam masyarakat,
- c. Dinamis, karena hukum adat dapat mengikuti perkembangan masyarakat,
- d. Plastis/Fleksibel, kelenturan hukum adat sesuai kebutuhan dan kemauan masyarakat.

Sunaryati Hartono, menyatakan dengan perspektif perbandingan, maka ketiga ciri dapat ditemukan dalam hukum yang berlaku dalam masyarakat agraris atau pra industri, tidak hanya di Asia tetapi juga di Eropa dan Amerika. Sunaryati Hartono sesungguhnya hendak mengatakan bahwa hukum adat bukan khas Indonesia, namun dapat ditemukan juga di berbagai masyarakat lain yang masih bersifat pra industri di luar Indonesia.³¹

D. CORAK HUKUM ADAT

Soepomo mengatakan: Corak atau pola – pola tertentu di dalam hukum adat yang merupakan perwujudan dari struktur kejiwaan dan cara berfikir yang tertentu oleh karena itu unsur-unsur hukum adat adalah:

³⁰ Mahdi Syahbandir, *loc cit.* hlm. 15

³¹ www.jurnal.unsyiah.ac.id/kanun/article/download dikutip dari penulis Fadlil pada tanggal 30 juli

- a. Mempunyai sifat kebersamaan yang kuat; artinya, manusia menurut hukum adat, merupakan makhluk dalam ikatan kemasyarakatan yang erat, rasa kebersamaan mana meliputi sebuah lapangan hukum adat;
- b. Mempunyai corak magisch – religius, yang berhubungan dengan pandangan hidup alam Indonesia;
- c. Sistem hukum itu diliputi oleh pikiran serba kongkrit, artinya hukum adat sangat memperhatikan banyaknya dan berulang-ulangnya hubungan-hubungan hidup yang kongkret. Sistem hukum adat mempergunakan hubungan-hubungan yang kongkrit tadi dalam pengatur pergaulan hidup.
- d. Hukum adat mempunyai sifat visual, artinya- hubungan-hubungan hukum dianggap hanya terjadi oleh karena ditetapkan dengan suatu ikatan yang dapat dilihat (atau tanda yang tampak).³²

Moch Koesnoe mengemukakan corak hukum adat ;

1. Segala bentuk rumusan adat yang berupa kata-kata adalah suatu kiasan saja. Menjadi tugas kalangan yang menjalankan hukum adat untuk banyak mempunyai pengetahuan dan pengalaman agar mengetahui berbagai kemungkinan arti kiasan dimaksud;
2. Masyarakat sebagai keseluruhan selalu menjadi pokok perhatiannya. Artinya dalam hukum adat kehidupan manusia selalu dilihat dalam wujud kelompok, sebagai satu kesatuan yang utuh;
3. Hukum adat lebih mengutamakan bekerja dengan azas-azas pokok . Artinya dalam lembaga-lembaga hukum adat diisi menurut tuntutan waktu tempat dan

³² Soepomo, *Sistem Hukum di Indonesia, Sebelum Perang Dunia II, op cit*, Hlm. 143

keadaan serta segalanya diukur dengan azas pokok, yakni: kerukunan, kepatutan, dan keselarasan dalam hidup bersama;

4. Pemberian kepercayaan yang besar dan penuh kepada para petugas hukum adat untuk melaksanakan hukum adat.

Hilman Hadikusuma mengemukakan corak hukum adat adalah:

- a. Tradisional; artinya bersifat turun menurun, berlaku dan dipertahankan oleh masyarakat bersangkutan.
- b. Keagamaan (Magis-religius); artinya perilaku hukum atau kaedah-kaedah hukumnya berkaitan dengan kepercayaan terhadap yang gaib dan atau berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.
- c. Kebersamaan (Komunal), artinya ia lebih mengutamakan kepentingan bersama, sehingga kepentingan pribadi diliputi kepentingan bersama.
- d. Konkrit/ Visual; artinya jelas, nyata berujud. Visual artinya dapat terlihat, tampak, terbuka, terang dan tunai.
- e. Terbuka dan Sederhana.
- f. Dapat berubah dan Menyesuaikan.
- g. Tidak dikodifikasi.
- h. Musyawarah dan Mufakat.³³

Sifat dan corak hukum adat tersebut timbul dan menyatu dalam kehidupan masyarakatnya, karena hukum hanya akan efektif dengan kultur dan corak masyarakatnya. Oleh karena itu pola pikir dan paradigma berfikir adat sering

³³ Hilman Hadikusuma, *Hukum Adat Indonesi*, Bandung; Mandar Manju, 2014, Hlm. 3

masih mengakar dalam kehidupan masyarakat sehari-hari sekalipun ia sudah memasuki kehidupan dan aktifitas yang disebut modern.³⁴

E. HUKUM PIDANA ADAT

Hukum pidana adat atau hukum pidana yang tidak tertulis dalam bahasa Belanda dikenal sebagai *ongeschreven strafrecht*.³⁵ Menurut Soerojo Wignjodipuro diantara bidang hukum adat, hukum pidana adat adalah bidang hukum adat yang eksistensinya terdesak oleh keberadaan hukum colonial.³⁶ Soepomo kemudian menjelaskan lebih lanjut bahwa hukum adat tidak memisahkan antara pelanggaran hukum yang mewajibkan tuntutan memperbaiki kembali hukum didalam lapangan hukum pidana (dimuka hakim pidana) dan pelanggaran hukum yang hanya dapat dituntut dilapangan hukum perdata (dimuka hakim perdata).³⁷

Penjelasan Soepomo tersebut memberikan pemahaman bahwa sebenarnya terminologi hukum pidana dan hukum perdata didalam hukum adat pada dasarnya tidak dikenal.

Disamping itu Ter Haar juga berpendapat bahwa yang dimaksud 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

³⁴ Dr. Khundzalifah Dimiyati, SH, M.Hum: *Teoritisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Demikian Hukum di Indonesia* Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2004, Hlm, 22

³⁵ E. Utrecht, *Rangkaian sari kuliah Hukum Pidana I*, Surabaya;Pustaka Tinta Mas, 1994, hlm. 7

³⁶ Soerojo Wignjodiporo, *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat*, Jakarta; Gunung Agung, 1982, hlm. 18

³⁷ Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, Jakarta; Pradnya Paramita, 1982, hlm. 110

menunjukkan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan (dihukum) karena peristiwa dan perbuatan itu telah mengganggu keseimbangan masyarakat.³⁸ Berbeda dengan hukum pidana positif yang berlaku 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 dikatakan pidana. Hal ini disebut dengan asas legalitas yang tertuang dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang berbunyi,

“Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali atas kekuatannya aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.

Sementara hukum pidana adat menitik beratkan 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 hukumnya masih sederhana, hukum pidana adat tidak mengenal kodifikasi. Jadi, selama perbuatan itu menyebabkan kegoncangan pada keseimbangan suatu masyarakat adat yang sudah mapan, maka perbuatan itu dapat dikatakan melanggar hukum. 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 “mengganggu keseimbangan” masyarakat, maka ia

³⁸ *Ibid* Hlm. 3

dikategorikan sebagai delik atau tindak pidana. 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. 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 reraksi-reaksi adat dengan maksud sebagai bentuk meniadakan atau menetralsir keadaan akibat suatu pelanggaran adat.³⁹

³⁹ *Ibid* Hlm. 110