

REPUBLIC INDONESIA
KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA

SURAT PENCATATAN CIPTAAN

Dalam rangka perlindungan ciptaan di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, dengan ini menerangkan:

Nomor dan tanggal permohonan : EC00201824997, 24 Agustus 2018

Pencipta

Nama : **I Gede Arya Bagus Wiranata**
Alamat : Jl. Bumi Manti Residen No. 19 LK. 1 RT 003 Kampung Baru Labuhan Ratu Bandar Lampung 35149, Bandar Lampung, Lampung, 35149
Kewarganegaraan : Indonesia

Pemegang Hak Cipta

Nama : **Lembaga Penelitian Dan Pengabdian Kepada Masyarakat Universitas Lampung**
Alamat : Jl. Soemantri Brojonegoro No. 1 Gedongmeneng, Bandar Lampung, Lampung, 35145
Kewarganegaraan : Indonesia
Jenis Ciptaan : **Buku**
Judul Ciptaan : **Hukum Adat Indonesia Perkembangannya Dari Masa Ke Masa**
Tanggal dan tempat diumumkan untuk pertama kali di wilayah Indonesia atau di luar wilayah Indonesia : 28 Agustus 2005, di Bandung
Jangka waktu perlindungan : Berlaku selama 50 (lima puluh) tahun sejak Ciptaan tersebut pertama kali dilakukan Pengumuman.
Nomor pencatatan : 000115287

adalah benar berdasarkan keterangan yang diberikan oleh Pemohon.
Surat Pencatatan Hak Cipta atau produk Hak terkait ini sesuai dengan Pasal 72 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.



a.n. MENTERI HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA
DIREKTUR JENDERAL KEKAYAAN INTELEKTUAL

Dr. Freddy Harris, S.H., LL.M., ACCS.
NIP. 196611181994031001

5

HUKUM ADAT

INDONESIA

Penelitian dan Pengantar Hukum Adat

1322 AL W 1111111111111111

DAFTAR ISI

	Halaman
Pengantar Wacana	i
Daftar Ragaan	viii
Daftar Tabel	ix
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Pengertian dan Istilah Hukum Adat	3
B. Pengertian Hukum Adat Menurut Para Sarjana	9
C. Hukum Adat Sebelum Tahun 1945	25
D. Hukum Adat dan Perundang-Undangan Pasca Kemerdekaan	40
BAB II IDENTIFIKASI TERHADAP UNSUR-UNSUR YANG MENJADI DASAR HUKUM ADAT	57
A. Corak Hukum Adat	57
B. Corak-Corak Hukum Adat dan Pancasila	69
C. Pengaruh Corak Hukum dalam Sistem Hukum	76
D. Nilai-Nilai Budaya dan Hukum Adat	89
E. Teori Pertautan Antara Hukum Agama dan Keberlakuan Hukum Adat	98
BAB III MASYARAKAT HUKUM ADAT	105
A. Unsur-Unsur Masyarakat	106
B. Bentuk-Bentuk Masyarakat Hukum Adat	114
C. Peranan Pimpinan Masyarakat	124
D. Hukum dan Sistem Sosial	129
E. Hukum dan Perubahan Sosial	136
BAB IV HUKUM ADAT SEBAGAI ILMU PENGETAHUAN	147
A. Pengertian dan Syarat Ilmu Pengetahuan	149
B. Hukum Adat Sebagai Ilmu Pengetahuan	151
C. Hukum Adat dan Ilmu-Ilmu Hukum	158
D. Manfaat Kajian Hukum Adat	164
E. Pembidangan Hukum Adat	166
F. Bahasa dan Peribahasa dalam Hukum Adat	170
G. Hukum Adat dan Penemuan Hukum	183
BAB V HUKUM ADAT INDONESIA DI PERSIMPANGAN	195
A. Politik Hukum Pembangunan Hukum Adat	195
B. Pembangunan Hukum Pelanggaran Adat	207
C. Pembangunan Hukum Tanah Adat	227
D. Pembangunan Hukum Waris Adat	257
E. Pembangunan Hukum Perkawinan Adat	274
F. Hukum Adat dan Putusan Badan Peradilan	293

BAB VI	PENUTUP	301
SENARAI PUSTAKA		305
TAKARIR		310

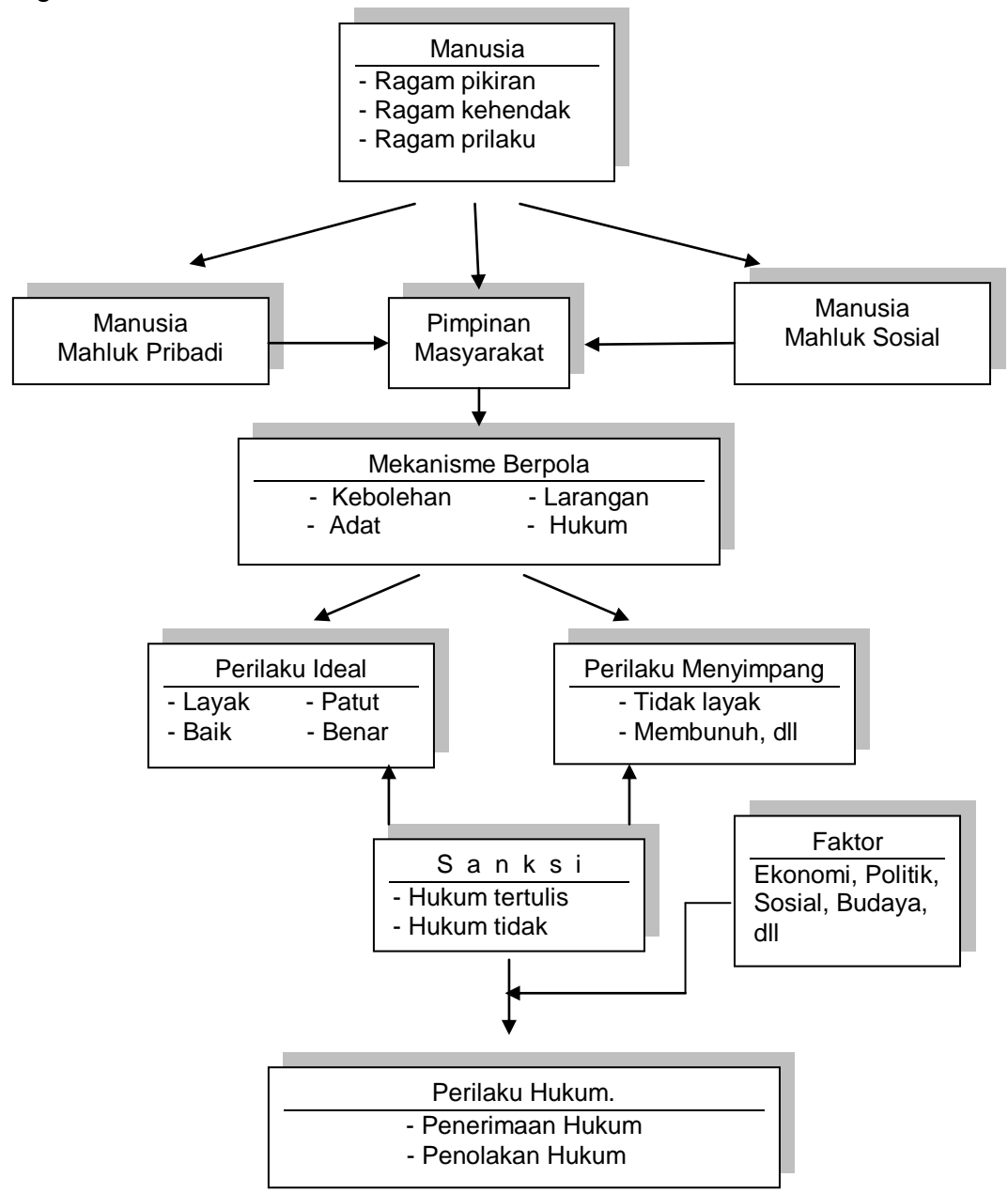
BAB I PENDAHULUAN

Sejak manusia diturunkan ke muka bumi, ia telah memulai kehidupan secara bersama. Ia memulainya dengan pola hidup berkeluarga, membentuk guyub dalam sistem masyarakat, dan akhirnya sampai pada pola yang modern semacam “negara”. Dalam aktivitas kehidupan bersama itu, mereka telah mengatur diri dan anggota keluarganya menurut kebiasaan tertentu yang dirasakan sebagai kepatutan.

Dilihat dari perkembangan di atas, dapat dikatakan bahwa konteks peranan, hak dan kewajiban manusia perseorangan dalam keberadaannya bersama-sama kelompok memunculkan kebolehan dan larangan. Perilaku terus menerus yang dilakukan secara perseorangan menimbulkan kebiasaan, demikian seterusnya pada perilaku peranan kelompok muncul kebiasaan kelompok, dan bila dilakukan seluruh anggota masyarakat, lambat laun akan menjadi “adat”. Dengan demikian adat adalah suatu kebiasaan masyarakat yang bersangkutan. Apabila kebiasaan tersebut berkembang pada kelompok-kelompok masyarakat, maka menjelma keajegan berupa “hukum adat”. Untuk mempertahankan keberlakuan perilaku ini, diperlukan sarana yang dapat membakukannya. Muncul kepermukaan konsep pimpinan dan pendukungnya. Pada perkembangan tatanan masyarakat modern kemudian tumbuh dan berkembang konsep tentang negara dengan perangkat tatanan dan penegaknya, sehingga memunculkan konsep “hukum negara/hukum perundangan”.

Studi terhadap perilaku manusia khususnya yang terkait dengan hukum adat sangat menarik untuk dilakukan. Hal ini disebabkan tidak saja karena uniknya hukum dalam problematika fenomena sosialnya yang dipengaruhi faktor ekonomi, politik, sosial, budaya, namun hukum adat telah merupakan bagian penting dalam suatu disiplin hukum.

Kenyataannya di masyarakat ketentuan mengenai hukum adat karena bermakna ideal tetap dipertahankan sedangkan perilaku menyimpang akan dikenai sanksi. Dengan demikian akan muncul sikap akhir berupa penerimaan atau penolakan terhadap perilaku hukum oleh masyarakat. Secara sederhana pola pikir di atas bila digambarkan muncul dalam ragaan di bawah ini.



Ragaan 1: Manusia dan munculnya perilaku hukum

A. Pengertian dan Istilah Hukum Adat

1. Pengertian Umum

Kamus Besar Bahasa Indonesia (1999) memberi batasan adat dalam ragam pengertian sebagai berikut:

- a. Adat sebagai aturan (perbuatan dan sebagainya) yang lazim diturut atau dilakukan sejak dahulu kala;
- b. Adat sebagai kebiasaan; cara (kelakuan dan sebagainya) yang sudah menjadi kebiasaan;
- c. Adat sebagai cukai menurut peraturan yang berlaku (di pelabuhan);
- d. Adat sebagai wujud gagasan kebudayaan yang terdiri atas nilai-nilai budaya, norma, hukum dan aturan-aturan yang satu dengan lainnya berkaitan menjadi suatu sistem.

Terminologi adat diduga berasal dari tata bahasa Arab *adah* yang merujuk kepada ragam perbuatan yang dilakukan secara berulang-ulang. Adat diartikan sebagai kebiasaan yang menurut asumsi masyarakat telah terbentuk baik sebelum maupun sesudah adanya masyarakat. Sebagaimana halnya adat, hukum juga berasal dari istilah Arab *hukm* (bentuk jamak: *ahkam*) yang berarti perintah. Istilah hukum ini mempengaruhi anggota masyarakat terutama yang bergama Islam, seperti halnya di desa-desa penduduk asli Lampung untuk suatu perbuatan yang bertentangan dengan ajaran agama dikatakan *mak nutuk hukum*, artinya tidak menurut ketentuan agama, sedangkan untuk sesuatu perbuatan yang bertentangan dengan adat istiadat dikatakan *mak nutuk adat*, artinya tidak menurut ketentuan adat. Untuk perbuatan yang bertentangan dengan aturan penguasa pemerintahan dikatakan *mak nutuk aturan pemerintah* (Hilman Hadikusuma; 1980).

Istilah hukum adat di kalangan masyarakat umum (awam) sangat jarang dijumpai. Masyarakat cenderung mempergunakan istilah “adat” saja. Penyebutan ini mengarah kepada suatu “kebiasaan” yaitu

serangkaian perbuatan yang pada umumnya harus berlaku pada struktur masyarakat bersangkutan. Adat merupakan pencerminan dari kepribadian sesuatu bangsa, merupakan salah satu penjelmaan jiwa bangsa bersangkutan dari abad ke abad. Oleh karena itu, maka setiap bangsa di dunia ini memiliki adat kebiasaan sendiri-sendiri yang satu dengan lainnya tidak sama. Jadi kalau ada penyebutan “adat Jawa” maka maknanya adalah tatanan kebiasaan yang berlaku di kalangan masyarakat Jawa. Demikian pula bila ada penyebutan “adat Batak”, “adat Lampung”, “adat Bali”.

Penyebutan hukum adat hanya merupakan istilah yang secara teknis ilmiah saja. Istilah teknis ilmiah (misalnya dikemukakan oleh Hilman Hadikusuma, 1977) sekedar merujuk kepada aturan-aturan kebiasaan yang berlaku di kalangan masyarakat yang tidak berbentuk peraturan perundang-undangan formal oleh negara. Sayangnya tidak ada penjelasan yang bersangkutan apa maksud istilah teknis ilmiah tersebut. Hidjazie (1975) memberikan kritik dari apa yang diungkap di atas. Menurutnya, di kalangan masyarakat sebenarnya istilah hukum dan istilah adat itu terpisah pemakaian dan pengertiannya. Hal ini disebabkan hukum datang dari luar masyarakat, dari penguasa, pemerintah atau berdasarkan agama, sedangkan adat adalah ketentuan yang timbul serta tumbuh dari dalam masyarakat itu sendiri dan ditaati selaku hukum. Jadi jika kita akan menarik pengertian hukum adat dari uraian tersebut maka hukum adat berarti hukum yang timbul serta tumbuh dari dalam masyarakat dan ditaati sebagai hukum. Apa yang diungkap Hidjazie di atas mungkin benar, namun patut dipertegas bahwa istilah hukum adat itu bukan timbul dari masyarakat itu sendiri (Hilman Hadikusuma; 1980).

A.M. Bos (tanpa tahun) menyatakan bahwa *“we count as law all rules that have come into being in certain ways:*

- a. *by legislation (statute law, code law). In this case there is a governmental organ especially charged with the duty of making laws;*

- b. *by administration of justice (judgemade law, case law). In this case as well law is made by governmental organ, this time the judicature;*
- c. *by custom (customary law, common law). In this case there is no law making by governmental organ. Custom come some into being in a group of people (for instance, a village or tribe) as the group follow always the same line of behavior in a certain situation”.*

Menurut Bos di atas, dapat dinyatakan bahwa hukum itu antara lain datang dari perundang-undangan negara, putusan lembaga peradilan dan dari kebiasaan. Hukum yang datang dari kebiasaan itulah yang disebut “hukum kebiasaan”.

Istilah hukum adat yang merujuk kepada istilah aturan kebiasaan dikenal sudah sangat lama di Indonesia. Misalnya pada jaman pemerintahan Sultan Iskandar Muda (1607-1636) di Aceh Darussalam memerintahkan disusunnya kitab hukum Makuta Alam yang secara tersirat melukiskan pemahaman tentang ketentuan hukum adat sebagai kaidah kebiasaan yang berulang. Demikian juga pada penulisan kitab Hukum *Safinatul Hukkam Fi Takhlisil Khassam* atas perintah Sultan Alaidin Johan Syah (th. 1781-1795). Mukaddimah kitab ini mencantumkan kewajiban seorang hakim bila mengadili suatu perkara wajib memperhatikan hukum Syara’, hukum Adat, serta Adat dan Resam. Laporan penelitian oleh Snouck Hurgronje di Aceh (1891-1892) menyatakan terdapat istilah *Adatrecht* untuk membedakan antara kebiasaan atau pendirian adat yang tidak mempunyai sanksi hukum di satu pihak dan adat yang mempunyai sanksi hukum di pihak lain.

Struktur masyarakat di berbagai wilayah di Indonesia tidak memberikan pembatasan jelas tentang apakah adat dan hukum adat itu. Secara umum hanya dinyatakan bahwa apabila berbicara mengenai adat dan hukum adat seluruhnya mengacu kepada pengertian konsep tatanan

kebiasaan yang berlaku, ajeg, dan baku pada masyarakat. Kebiasaan dalam arti adat adalah kebiasaan normatif dan telah berwujud aturan tingkah laku, berlaku serta dipertahankan pada masyarakat. Dengan demikian apa yang disebut “ngadat” di Bali, “odot” di Gayo Aceh, “hadat” di Lampung, “ade” di Bugis, “adati” di Ambon, “hadat” di Jawa, semuanya berkonotasi sama yaitu kebiasaan yang berulang dan bermakna kepatutan.

2. Pengertian Adat Menurut Masyarakat Minangkabau

Dengan landasan agama yang kuat dan mengakui eksistensi Allah sang pencipta, masyarakat Minangkabau menyandarkan konsep adat dalam perilaku berjenjang sebagai berikut:

a. Adat yang sebenarnya adat (“adat nan sabana adat”)

Adat ini diyakini terbentuk sejak dahulu kala bahkan sebelum ada masyarakat manusia. Ketetapan adat yang tidak lekang oleh panas dan tidak lapuk oleh hujan. Ketentuan ini merupakan ciptaan Tuhan Yang Maha Esa. Dia bersifat hukum alam atau *Sunatullah*. Termasuk dalam ketentuan adat yang sebenarnya adat di antaranya “ikan adatnya di air, air adatnya membasahi, pisau adatnya melukai”, dan lain-lain. Bagi masyarakat Minangkabau konsep ini menjadikan cerminan pemahaman bahwa terdapat sifat ajaran keagamaan, yaitu melafalkan asma dan keagungan ciptaan Tuhan dalam melihat alam. Ketetapan ini bersifat abadi, dan bahwa segala sesuatunya dikuasai oleh-Nya. Jadi *tidak lapuak dek hujan tidak lekang dek paneh* (tidak lapuk oleh hujan dan tidak lekang oleh panas).

b. Adat istiadat

Adat sebagai aturan (kaidah, ketetapan) yang ditetapkan oleh nenek moyang atau leluhur. Pada susunan masyarakat Minangkabau oleh para Ninik Mamak Katamanggung dan Ninik Parpatih Nan Sabatang penetapan dilakukan di Balairung

Padang Panjang. Dikatakan misalnya “negeri berpenghulu, suku berbuah perut, kampung bertua, rumah bertungganai, diasak layu dibubut mati”. Adat istiadat adalah adat yang mengandung arti kaidah-kaidah aturan kebiasaan yang keberlakuannya sejak zaman dahulu sampai sekarang dan tidak mudah berubah. Demikianlah misalnya menurut adat parpatih tertuang dalam sebuah gurindam dua belas di bawah ini. Hukum adat tidak boleh berhenti, ia mengikuti ragam perkembangan dan tuntutan pada jamannya.

<i>Adat dipakai baru</i>	: adat dipakai (menjadi) baru
<i>Kain dipakak usang</i>	: kain dipakai (menjadi) usang
<i>Berucap sepanjang batuang</i>	: bercukap sepanjang batang
<i>Badaat sepanjang jalan</i>	: beradat sepanjang jalan
<i>Usang-usang dibaharui</i>	: usang-usang dibaharui
<i>Lapuak-lapuak dikajangi</i>	: lapuk-lapuk dikajangi
<i>Nan elok dipakai</i>	: yang baik dipakai
<i>Kok singkek diuleh</i>	: bila singkat diulas
<i>Nan baruak dibuang</i>	: yang buruk dibuang
<i>Kok panjang dikarek</i>	: bila panjang dikerat
<i>Malabihi jan ancak-ancak</i>	: bila melebihi jangan keterlalu
<i>Mengurangi jan sio-sio</i>	: bila mengurangi jangan sampai sia-sia

c. Adat yang diadatkan (“adat nan diadatkan”)

Adat nan diadatkan ini sebagai aturan (kaidah) yang penetapannya atas dasar bulat mufakat dari nenek moyang seperti para penghulu, para tetua adat, para cerdik pandai, dan penetapannya dilaksanakan dalam suatu majelis kerapatan adat berdasar “halur” dan “patut”. Adat jenis ini dapat berubah berdasarkan keadaan, tempat dan waktu, atau setidaknya perkembangan masyarakat itu sendiri yang menghendakinya. Demikianlah dikatakan bahwa lain padang lain belalang, lain lubuk lain ikannya.

d. Adat yang teradat (“adat nan teradat”)

Aturan kebiasaan dan tingkah laku pemakaiannya atas dasar tiru-meniru di antara kelompok warga masyarakat. Karena lama dipergunakan tidak baik untuk ditinggalkan. Apabila dicermati adat nan teradat ini mengandung sanksi lahiriah karena seolah-olah ada legitimasi keputusan penguasa adat. Contoh; mempergunakan cadar hitam bila ada yang meninggal dunia.

3. Pengertian Adat Menurut Masyarakat Bugis

Masyarakat Bugis juga memiliki tatanan pemaknaan atas adat sebagaimana masyarakat Minangkabau sebagaimana uraian berikut.

a. *Ade' pura onro*

Adat yang sudah tetap dan tak dapat dirubah lagi. Adat ini merupakan ketetapan atas dasar sepakat antara raja dan rakyat yang dipersaksikan ke hadapan Tuhan Yang Maha Esa. Perubahan terhadap adat ini sama saja berarti mengingkari kejujuran dan kodrat sehingga akan membuat negeri runtuh;

b. *Ade' assituruseng*

Adat yang telah ditetapkan, akan tetapi terbuka untuk penyempurnaan atas dasar bulat mufakat karena memang dipergunakan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat;

c. *Ade' maraja ri arunggo*

Adat yang berlandaskan kepatutan yang secara khusus dapat dilaksanakan di kalangan raja dan para bangsawan meskipun ada halur yang tidak patut menjadi dasar, misalnya penyembelihan kerbau, bertentangan dengan kepatutan, tetapi dipergunakan untuk upacara dan memberi makan untuk orang banyak adalah kebolehan;

d. *Ade' abiasane wanuae*

Adat yang berlaku di kalangan seluruh rakyat atas dasar persetujuan bersama dan tidak bercacat serta harus dilaksanakan seterusnya oleh seluruh rakyat;

e. *Ade' tanro anang*

Adat yang lahir dari tua-tua desa. Secara inti dapat dikatakan bahwa perombakan dan penyempurnaan tatanan adat yang telah mapan dapat dilaksanakan bila mengacu kepada prinsip penetapan keputusan rakyat di atas keputusan yang lain.

B. Pengertian Hukum Adat Menurut Para Sarjana

1. Christian Snouck Hurgronje

Uraian dalam buku *De Aceher's* (Orang-Orang Aceh) setebal 2 jilid th. 1894 mencantumkan istilah *Adatrecht* yang digunakan untuk penyebutan sistem pengendalian sosial (*social control*) yang bersanksi (disebut hukum adat), sekedar untuk membedakan sistem pengendali sosial lain yang tidak memiliki sanksi (disebut adat). Hukum adat pada dasarnya dilaksanakan sebagaimana adanya (*taken for granted*) karena pada dasarnya masyarakat itu diliputi semangat kekeluargaan. Masing-masing individu tunduk dan mengabdikan kepada dominasi aturan yang disusun oleh kelompok masyarakat secara keseluruhan. Istilah *Adatrecht* inilah yang kemudian diterjemahkan secara *letterlijke* oleh para sarjana menjadi Hukum Adat hingga kini (terminologi *recht* = hukum dalam bahasa Belanda). Akibat penerjemahan secara langsung ini dan mengingat fenomena hukum adat tidak ada dalam sebagian besar masyarakat adat, terjadi silang pendapat di antara para sarjana. Dengan melihat bahwa istilah adat memiliki kesamaan dengan istilah kebiasaan, ada sebagian sarjana yang mengusulkan istilah hukum adat diubah menjadi hukum kebiasaan.

Van Dijk adalah seorang sarjana yang berkeberatan terhadap usul penggantian terhadap istilah hukum adat menjadi hukum kebiasaan ini. Alasan dari van Dijk (1960) adalah:

“tidaklah tepat menterjemahkan *adatrecht* menjadi hukum kebiasaan untuk menggantikan hukum adat, oleh karena yang dimaksud dengan hukum kebiasaan adalah “kompleks peraturan-

peraturan hukum yang timbul karena kebiasaan, artinya karena telah demikian lamanya orang biasa bertingkah laku menurut suatu cara tertentu sehingga timbullah suatu peraturan kelakuan yang diterima dan juga diinginkan oleh masyarakat, sedang apabila orang mencari sumber yang nyata dari mana peraturan itu berasal, maka hampir senantiasa akan diketemukan suatu alat perlengkapan masyarakat tertentu dalam lingkungan besar atau kecil sebagai pangkalnya”.

Mencermati uraian di atas, tampak bahwa keberatan van Dijk terletak pada asumsinya bahwa adat dan kebiasaan itu adalah suatu esensi yang berbeda bila dilihat dari sumbernya. Hukum adat itu lebih bersumber pada adanya alat kekuasaan dalam bentuk suatu perlengkapan masyarakat sebagai pangkalnya sedangkan hukum kebiasaan itu tidak.

2. Cornelis van Vollenhoven

Darah hukum telah mengalir pada dirinya karena ia adalah anak seorang hakim. Sebagai mahasiswa hukum di Leiden dalam usia yang relatif sangat muda (24 tahun) memperoleh dua gelar doktor sekaligus masing-masing dalam *Political Science* dan *Jurisprudence* dalam selisih waktu satu jam. Sebagai seorang penekun dan pengkaji hukum, sarjana Belanda ini menjadi orang pertama yang menjadikan hukum adat sebagai ilmu pengetahuan sejajar dengan ilmu hukum lainnya. Ia mempelopori penemuan dan pengolahan ilmiah secara modern (Barat) terhadap hukum adat. Hukum adat dilihat sebagai suatu studi Barat, yaitu sebagai *westerse vertolking*. Meski demikian, menurut Van Vollenhoven suatu ketika nanti haruslah diusahakan agar kajian tentang hukum adat Indonesia tidak lagi mengedepankan produk Barat, karena pengetahuan hukum adat yang sebenarnya ialah pengetahuan hukum yang nanti dihasilkan oleh putra-putri bangsa itu sendiri, dan ditulis dalam bahasanya sendiri. Fenomena itu yang harus ditunggu-tunggu.

Beberapa karya yang lahir dari tangannya antara lain: *Het Adatrecht van Nederlandsch Indie (1918-1933)*, *Miskeningen van het Adatrecht (1909)* diterjemahkan menjadi “Mengingkari Hukum Adat”, *Een Adatwetboekje voor hele Indie (1910)* diterjemahkan menjadi “Buku Adat untuk Seluruh Indonesia”, *De Indonesia en zijn grond (1919)* diterjemahkan menjadi “Orang Indonesia dan Tanahnya”, *De Ontdekking van het Adatrecht (1928)* diterjemahkan menjadi “Penemuan Hukum Adat”. Sebagai “Guru Besar Hukum Seberang Lautan” dalam buku *Het Adatrecht van Nederland Indie* dan *De Ontdekking van het Adatrecht* pendapatnya dikemukakan antar lain:

a. Pengertian hukum adat

Hukum adat adalah aturan perilaku yang berlaku bagi orang-orang pribumi dan orang-orang timur asing, yang di satu pihak mempunyai sanksi (sehingga disebut hukum) dan di lain pihak tidak dikodifikasi (sehingga dikatakan adat);

b. Perbedaan antara ilmu hukum barat dan ilmu hukum adat

Terdapat banyak lembaga hukum (*rechinstellingen*) dan kaidah-kaidah hukum (*rechtsregels*) yang tidak berdasarkan atau tidak ada kaitannya dengan faktor religio dalam hukum (*religieuze factor in het recht*) asal saja bermanfaat dan memberikan keuntungan praktis (*nuttig, voordelig, practisch*). Sebaliknya dalam hukum adat terdapat banyak lembaga dan kaidah hukum yang berhubungan dengan dunia di luar dan di atas kemampuan manusia (*hoogere wereldorde*);

c. Untuk memahami dan mengerti tentang hukum adat

Pemahaman tentang hukum adat tidak dapat sebatas pemahaman teori semata, tetapi juga harus dilihat pada kenyataan. Demikian pula seandainya seorang hakim dalam penerapan hukum menemukan aturan yang hidup, masih dipertahankan oleh masyarakat, serta mengikat dan kenyataannya harus dipertahankan maka hendaknya hakim menetapkannya sebagai suatu aturan hukum yang hidup dan

dipertahankan. Jikalau dari atas telah diputuskan untuk mempertahankan hukum adat padahal hukum ini sudah mati, maka peraturan-peraturan itu sia-sia belakalah. 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 akan sia-sia;

d. Konsepsi hukum yang mandiri

Terhadap konsepsi hukum yang akan menjadi ciri khas hukum Indonesia, janganlah hanya mengekor (*bijwagen*) pada konsepsi hukum Belanda; pelajaran hukum Indonesia hendaknya memberikan tempat yang luas pada pengertian hukum, pikiran hukum dan perasaan hukum rakyat.

Apabila dikaji pemikiran van Vollenhoven di atas memunculkan hal yang menarik, di antaranya mengenai rumusan dan keberadaan mengenai keberlakuan hukum adat. Hukum adat selalu berubah, terus-menerus akan mengikuti dan seiring dengan perkembangan masyarakat (*onwikkelt zich gestadig*). Hukum adat di masa sebelum kemerdekaan Indonesia hanyalah berlaku bagi golongan penduduk Bumiputera dan Timur Asing sedangkan golongan Eropah dan mereka yang dipersamakan dengan golongan Eropah tidak berlaku. Terhadap golongan Eropah berlaku sistem hukumnya sendiri yaitu hukum Eropah. Hal ini sesuai dengan rumusan Pasal 163 *Indische Staatsregeling* (I.S.) yang mengelompokkan penduduk atas dasar golongan Eropah, Bumiputera dan Timur Asing.

Selain itu hukum barat memiliki karakteristik lebih mengedepankan kemanfaatan, keuntungan dan praktis serta mengutamakan kepentingan kebendaan dan kehidupan individual. Karakteristik ini sangat bertolak belakang dengan hukum adat yang cenderung bermakna Ketuhanan, asas kekeluargaan mana menuju tatanan kerukunan dalam hidup bermasyarakat. Untuk membedakan hukum adat dengan adat, kriteria

yang dipergunakan van Vollenhoven adalah kepatutan dan keterikatan para warga masyarakat akan aturan itu serta adanya perasaan umum bahwa peraturan-peraturan itu harus dipertahankan oleh para pejabat hukum.

Mengapa orang Indonesia mematuhi ketentuan hukum adat? Apakah karena takut kepada *judicial force* (sanksi paksaan)? Tidak sama sekali. Sekurang-kurangnya ada beberapa alasan yang mendorong orang Indonesia mematuhi hukum adatnya:

- a. Memang sudah demikian terbiasa sejak kecil;
- b. Rasa hormat terhadap nenek moyang;
- c. Pada tiap kesempatan, seseorang senantiasa diingatkan kepada adatnya.

3. B. Ter Haar Bzn.

Guru Besar Hukum Adat pertama ketika Sekolah Tinggi Ilmu Hukum *Rechtshogeschool* didirikan pada tahun 1924 di Jakarta (Fakultas Hukum UI sekarang) merupakan penerus konsepsi dan telaah tentang hukum adat setelah van Vollenhoven. Ia adalah murid pertama van Vollenhoven. Sangat gemar memberikan ulasan dan bahasan panjang sehingga bila melakukan telaah terhadap kerangka pikirnya, cenderung harus hati-hati dan penuh ketelitian. Pada masa kegiatannya sebagai seorang tenaga pengajar, dia memberikan beban tugas kepada mahasiswanya berupa tugas mandiri mengumpulkan putusan-putusan hakim tentang hukum adat yang telah menjadi putusan hukum yang memiliki kekuatan hukum tetap.

Tahun 1918 ia diangkat menjadi *buitengewoon voorzitter landraad* di Yogyakarta selanjutnya di pindah ke *landraaden* Purwokerto, Salatiga dan Purwakarta. Ter Haar semasa hidupnya hanya menghasilkan dua buah karya namun dapat dikatakan spektakuler. Pertama *Beginsel en Stelsel van het Adatrecht* (kemudian diterjemahkan oleh Soebakti Poesponoto menjadi "Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat". Buku ini oleh

Arthur Schiller diterjemahkan dalam Bahasa Inggris menjadi *Adat Law in Indonesia*. Kedua berupa pidato Dies Natalis XIII *Rechtshooge School* kemudian dibukukan dengan judul *Het Adatprivaaatrecht van Nederlandsch-Indie in Qetenschap, Praktijk en Onderwijs* 20 Oktober 1937

Sebagai bukti kemapanan kajian dan pemahaman yang luar biasa dalam lapangan hukum adat adalah usaha nyata Ter Haar berupa:

- a. Sebagai anggota *volksraad* ia mengusahakan agar hak ulayat mendapat pengakuan formil dalam undang-undang;
- b. Terlibat aktif dalam *agrarische commissie van 1928*;
- c. Terlibat aktif dalam *advies der commissie* (1930) ;
- d. Tebaran pemikirannya dalam sejumlah artikel (meski kemudian dapat dibukukan), seperti *Versamelde geschriften, De rechten op den woesten grond en de wetgever in Nederland Indie, Het beschikkingrecht in de jurisprudentie, Het beschikkingrecht in het adatrecht*, dan lain-lain.

Ter Haar mengungkap beberapa konsepsi tentang hukum adat sebagai berikut:

- a. Pengertian hukum adat

Hukum adat adalah keseluruhan aturan yang menjelma dari keputusan-keputusan para fungsionaris hukum (dalam arti luas) yang mempunyai kewibawaan (*macht, authority*) serta mempunyai pengaruh dan yang dalam pelaksanaannya berlaku secara serta merta (spontan) dan ditaati dengan sepenuh hati. Fungsionaris hukum yang dimaksud di sini adalah kepala adat, para hakim, rapat desa, wali tanah, pejabat agama dan para pejabat desa lainnya yang memberikan keputusan di dalam dan di luar sengketa yang tidak bertentangan dengan keyakinan hukum masyarakat, yang diterima dan dipatuhi karena sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat;

b. Kapan suatu adat menjadi hukum adat?

Tidak ada sesuatu alasan untuk menyatakan sesuatu dengan sebutan “hukum” tanpa adanya keputusan tentang hukum oleh para petugas hukum masyarakat. Keputusan bukan saja keputusan mengenai suatu sengketa resmi, tetapi juga di luar itu berdasarkan kerukunan (musyawarah). Keputusan-keputusan itu diambil berdasarkan nilai-nilai yang hidup sesuai dengan alam rohani dan hidup kemasyarakatan anggota-anggota persekutuan.

Fungsionaris hukum dalam konsep Ter Haar meliputi kepala adat, para hakim, rapat desa, wali tanah, pejabat agama dan para pejabat desa yang memberikan keputusan di dalam dan di luar sengketa yang tidak bertentangan dengan keyakinan hukum masyarakat, yang diterima dan dipatuhi karena sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat. Intinya menurut Ter Haar, bukan semata-mata definisi hukumnya, namun pada sumber pembentuk hukum adat yang dapat dilihat dan dipelajari secara jelas oleh masyarakat. Berdasarkan pernyataan Ter Haar mengenai hukum adat di atas tampak bahwa indikator yang dipergunakan untuk membedakan antara adat dan hukum adat terletak pada ada atau tidaknya “dasar keputusan”. Jadi, untuk menentukan apakah suatu gejala itu termasuk hukum adat atau tidak, perlu dilihat apakah ada keputusan yang pernah atau telah diberikan oleh para pejabat pemegang kekuasaan dan atau dari para warga masyarakat. Bila ada, maka gejala tersebut adalah hukum adat, sebaliknya bila tidak ada maka sesuatu itu bukan hukum adat.

Uraian Ter Haar tentang hukum adat lebih pada operasional para hakim di lingkungan Landraad. Ter Haar mengamati bahwa kalangan hakim di lingkungan Landraad melandaskan putusannya atas dasar hukum dan logika yang nyata, berbeda halnya dengan hakim di luar Landraad yaitu hakim pengadilan agama yang tidak melandaskan logika hukum atas dasar kenyataan (*rechtswerkelijkheid*) namun tuntutan hukum

agama Islam. Oleh karenanya tidak mengherankan kalau putusan hakim-hakim pengadilan agama seringkali menimbulkan pertentangan.

Apabila batasan yang dikemukakan Ter Haar mengenai adat dan hukum adat dapat dijadikan pegangan, maka persoalannya sekarang adalah apakah ada (dan kalau memang ada) sejauh mana kecenderungan sengketa itu benar-benar terjadi di masyarakat? Sebagai contoh penelitian oleh Fakultas Hukum Universitas Lampung (1980) sama sekali tidak ditemukan kasus perselisihan dalam lapangan hukum waris pada masyarakat Lampung. Apakah dapat dinyatakan tidak ada hukum adat waris di Lampung?

Menariknya, telaah Ter Haar justru dijadikan suatu rekomendasi bagi pemerintah Belanda khususnya dalam politik peradilan yang kemudian menerbitkan sejumlah *ordonansi* seperti:

- a. *Staatsblaad* 1931 Nomor 35 tentang Pembatasan Kewenangan Lembaga Peradilan Agama di Jawa dan Madura;
- b. *Staatsblaad* 1932 Nomor 80 tentang *Regeling van de Inheemsche Rechtspraak in Rechtreeks Bestuur Gebied* yang Mengatur tentang Lembaga Peradilan Adat;
- c. *Staatsblaad* 1935 Nomor 102 tentang Pengakuan Atas Hakim Desa;
- d. *Staatsblaad* 1937 Nomor 361 tentang Pembentukan *Adatrecht Kamer* pada *Raad van Justitie* Jakarta.

Secara sepintas nampak ada perbedaan mendasar antara pemikiran van Vollenhooven dan Ter Haar. Menurut Ter Haar hukum adat terletak pada legalitas putusan penguasa hukum baik yang disebabkan oleh perselisihan maupun karena masalah adat lainnya, sementara van Vollenhooven lebih menitikberatkan hukum adat pada adanya suatu keharusan berlaku dalam masyarakat.

Sebagian pendapat Ter Haar nampaknya terpengaruh aliran yang berkembang di Eropah khususnya Inggris yaitu "Peradilan *Presedent*"

oleh John Chipman Gray dengan teori *All the Law is Judge Made Law* (semua hukum adalah hukum keputusan Hakim). Konsep Gray ini dipengaruhi oleh keadaan di Inggris, Amerika Serikat dan Afrika Selatan dengan sistem *Peradilan Preseden*-nya. Pokok dari pemikiran sistem peradilan preseden ini adalah bahwa hakim wajib mengikuti yurisprudensi/keputusan dari Hakim sederajat yang telah memutuskan perkara sejenis sebelumnya. Selain itu, di kalangan penekun antropologi pada saat yang sama sedang berkembang diskusi hasil penelitian antropolog L. Pospisil dari Universitas Yale Amerika Serikat. Penelitiannya pada Suku Kapauku Irian Jaya. Untuk membedakan hukum dan hukum adat adalah bila terpenuhi 4 atribut hukum (Koentjaraningrat; 1999):

a. *Attribute of authority*

Ciri ini merujuk kepada suatu kondisi dimana hukum harus merupakan putusan penguasa/ pembentuk hukum itu sendiri;

b. *Attribute of intention of universal application*

Hukum harus dapat diberlakukan pada situasi dan kondisi yang sama dikemudian hari;

c. *Attribute of obligation*

Putusan hukum harus memuat tuntutan hak dan kewajiban bagi para pihak;

d. *Attribute of sanction*

Sebagai penguat, maka putusan hukum harus mempunyai sanksi dalam arti seluas-luasnya, baik sanksi jasmaniah (hukuman badan, penyitaan harta) maupun sanksi rohaniah, seperti rasa takut, malu, dibenci, dan lain-lainnya.

Ter Haar memasukkan konsep keputusan ini ke dalam ilmu pengetahuan hukum adat, karena hukum adat itu kebanyakan merupakan hukum tidak tertulis. Jadi jika hakim akan memutus sesuatu perkara harus melihat keputusan-keputusan dalam perkara yang sama yang telah diputus di masa lalu. Ter Haar meninggal dalam usia relatif muda (39

tahun) dalam suatu *concentratie kamp* di Jerman (Buchenwalde) sebagai korban orang nazi.

4. R. Soepomo

Soepomo merupakan Guru Besar pertama berasal dari orang Indonesia asli dan menggantikan Ter Haar sebagai Guru Besar dalam bidang Hukum Adat. Ketika memberi pidato pada Konferensi Asia Tenggara di Washington 14 Agustus 1952 dengan judul "Hukum Adat di Kemudian Hari Berhubung dengan Pembinaan Negara Indonesia" dikemukakan beberapa hal sebagai berikut.

a. Hukum adat adalah hukum *non-statutair*

Hukum adat adalah hukum *non-statutair* yang sebagian besar adalah hukum kebiasaan, dan sebagian kecil adalah hukum Islam. Ia berurat berakar pada kebudayaan tradisional. Sebagai hukum yang hidup, dia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari masyarakat/rakyat. Ia senantiasa tumbuh dan berkembang seperti hidup itu sendiri;

b. Hukum adat adalah *synoniem* dari hukum yang tidak tertulis

Untuk menghindari kerancuan pengertian dalam tata hukum maka "hukum adat" adalah sinonim dari hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan legislatif (*unstatutory law*). Hukum adat itu sesungguhnya tidak lagi semata-mata hukum yang tadinya berlaku bagi golongan bumi putera dan golongan timur asing, tetapi sudah menjadi lebih luas meliputi hukum yang hidup sebagai konvensi di badan-badan hukum negara (parlemen, dewan propinsi, dll) hukum yang timbul karena putusan-putusan hakim (*judgemade law*), hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan yang dipertahankan dalam pergaulan hidup baik di kota-kota maupun di desa-desa (*customary law*), peraturan yang ditulis dalam peraturan desa, raja serta hukum syari'ah Islam.

Bila dicermati, batasan Soepomo mengenai hukum adat kelihatan bahwa ia lebih cenderung menggunakan "kekuatan hukum" sebagai dasar pembedaan atas adat dengan hukum adat.

5. Soekanto

Menurut Soekanto dalam bukunya "Meninjau Hukum Adat Indonesia" (1985) hukum adat diartikan sebagai kompleks adat-adat. Kompleks adat ini kebanyakan tidak dicitakan, tidak dikodifikasikan dan bersifat paksaan, mempunyai sanksi, sehingga mempunyai akibat hukum. Berdasarkan pengertian demikian, maka tampak ciri utama yang membedakan antara adat dengan hukum adat adalah keberadaan sanksi atau akibat hukumnya. Dengan demikian apabila dalam sebuah adat terdapat sanksi, maka dapat dinyatakan sebagai hukum adat. Bila tidak ada sanksi otomatis tidak memiliki akibat hukum, maka fenomena demikian hanya "adat" saja.

6. J.H.P Bellefroid

Mengenai rumusan hukum adat, dalam bukunya *Inleiding tot de rechtswetenschap in Nederland* dikemukakan sbb:

"het gewoonterecht, ook "gewoonte" genoemd, omvat de rechtsregels, die hoewel niet op gezag van de staatsoverheid vastgesteld, toch door het het volk worden nageleefd in de overtuiging, dat zij als recht gelden".

Jadi hukum adat sebagai peraturan yang hidup meskipun tidak diundangkan oleh penguasa namun dihormati dan ditaati rakyat dengan keyakinan bahwa peraturan-peraturan tersebut berlaku sebagai hukum.

7. Hazairin

Ahli hukum adat dari Bengkulu ini pada pidato inagurasi berjudul "Kesusilaan dan Hukum" (1952) menekankan analisis hukum dikaitkan dengan hukum agama (Islam). Menurutnya, seluruh lapangan hukum

mempunyai hubungan dengan kesusilaan, langsung ataupun tidak langsung. Pada sistem hukum yang sempurna, tidak ada tempat bagi sesuatu yang tidak selaras/bertentangan dengan kesusilaan. Selanjutnya dinyatakan:

a. Pengertian adat

Adat adalah *renapan* (endapan) kesusilaan dalam masyarakat, yang berupa kaidah kesusilaan yang kebenarannya telah mendapat pengakuan umum dalam kehidupan bermasyarakat;

b. Beda kaedah agama dengan kaedah hukum adat

Secara prinsip perbedaan mendasar antara kaedah agama (kesusilaan) dengan kaedah hukum adat (kebiasaan) adalah pada kaedah perkuatannya (sanksinya). Jika perkuatan hukum berbentuk larangan atau suruhan maka perkuatan kesusilaan itu berbentuk celaan atau dianjurkan;

c. Wujud hukum adat

Hukum adat di masyarakat tampak dalam wujudnya sebagai:

(a) hukum tidak tertulis (*ius non scriptum*); bagian ini merupakan bagian yang terbesar;

(b) hukum tertulis (*ius scriptum*); hanya sebagian kecil saja, misalnya peraturan perundangan yang dikeluarkan oleh raja-raja/sultan-sultan dahulu seperti *pranatan-pranatan* di Jawa, *peswara-peswara/titiswara-titiswara* di Bali dan *sarakata-sarakata* di Aceh;

(c) uraian-uraian hukum secara tertulis; lazimnya uraian ini merupakan suatu hasil penelitian (*research*) yang telah dibukukan antara lain hasil penelitian Soepomo "Hukum Perdata Adat Jawa Barat" dan Djodjodigono/Tirtawinata "Hukum Perdata Adat Jawa Tengah", Hazairin mengenai "Redjang", dan lain-lain.

8. Moh. Koesnoe

Moh. Koesnoe (1978) dengan memperhatikan teks “Poetosan Congres Pemoeda-Pemoeda Indonesia” yang kemudian lebih dikenal dengan kongres Sumpah Pemuda tahun 1928 yang intinya:

“Setelah dua hari para pemuda Indonesia berkongres di Jakarta dan mendengarkan berbagai risalah sidang yang diselingi adu argumentasi maka Kongres memutuskan beberapa hal sebagai berikut:

“Kerapatan laloe mengambil poetoesan:

Pertama:..... dstnya.

Setelah mendengar kepoetoesan ini, kerapatan mengeloearkan kejakinan azas ini wadjib dipakai oleh segala perkoempoelan-perkoempoelan kebangsaan Indonesia;

Mengeloearkan kejakinan persatoean Indonesia diperkoeat dengan memperhatikan dasar persatoeannya: Kemaoean, Sedjarah, Bahasa. Hoekoem adat, Pendidikan dan kepandoean”

Mencermati rumusan di atas, Koesnoe mengkonsepsikan hukum adat dalam dua kelompok pengertian, yaitu:

- a. Hukum adat dilihat secara awam; memandang hukum adat apa adanya dari sudut perilaku nyata yang biasa dikerjakan oleh kelompok masyarakat untuk menyelesaikan suatu persoalan masyarakat yang pada dasarnya sama dengan kebiasaan, ia ada dalam alam kenyataan (alam empiris);
- b. Hukum adat dilihat secara ahli; memandang hukum adat dalam perspektif abstrak, sebagai nilai normatif yang melatarbelakangi tindakan nyata dalam alam pengalaman fisik. Adat atau hukum adat berupa suatu kaidah yang sisanya ialah nilai yang hidup, dihayati, dijunjung tinggi, dilaksanakan oleh rakyat. Hukum adat dipandang sebagai pemahaman (masyarakat) tentang alam kaidah adat. Adat tetap abstrak dan berada di dalam alam

kejiwaan sebagai nilai, berisi cita-cita dan perasaan hukum yang bersifat normatif. Adat di sini adalah prinsip dan kaidah normatif mengenai pergaulan masyarakat menurut budaya yang dianut. Jadi, adat Indonesia yang secara nyata tampak seperti beraneka ragam dalam bathinya, sebagai prinsip adalah satu dan sama.

Ketertarikan dan kepiawaian Moh. Koesnoe mengupas hukum adat apabila dicermati dalam keseluruhan karyanya, ada hal menarik yaitu bahwa ia sangat *interest* akan keberadaan hukum adat sebagai suatu wahana dasar penyusunan dan pembentukan sistem hukum nasional Indonesia kelak kemudian hari. Sama sekali tidak dipisahkan konsep hukum dan adat secara total namun lebih pada penyatuan kedua-duanya sebagai rangkaian ide dasar milik masyarakat baik personal maupun kelompok sehingga tidak ada alasan untuk menolak eksistensi hukum adat sebagai pembentuk sistem hukum nasional. Hukum adat digambarkannya sebagai satu hal yang berdasarkan pada corak-corak hukum adat:

- a. Bahwa segala bentuk rumusan adat yang berupa kata-kata hanya merupakan suatu kias karena tidak tertulis, tetapi tidak menolak segala bentuk simbol yang berfungsi untuk mengungkapkan ajaran adat baik tertulis maupun tidak tertulis;
- b. Bahwa hukum adat selalu memandang manusia dalam wujud kelompok (prinsip kebersamaan atau kekeluargaan), dan kehendak pribadi-pribadi selalu diusahakan untuk dapat merangkum menjadi satu kesatuan dengan cita rasa yang hidup dalam masyarakat;
- c. Bahwa hukum adat lebih mengutamakan pada implementasi dengan asas pokoknya saja. Lembaga-lembaga hukum adat diisi menurut ketentuan waktu, tempat dan keadaan yang segalanya diukur dengan asas pokok yaitu kerukunan, kepatutan dan keselarasan hidup bersama;

- d. Bahwa dalam prakteknya hukum adat memiliki ciri pemberian kepercayaan kepada para petugas hukum adat.

Selanjutnya dalam uraian Koesnoe (1992) ia sampai pada kesimpulan bahwa hukum adat adalah sesuatu yang bersifat dinamis. Hukum adat pada dasarnya adalah hukum rakyat yang mengatur kehidupan, terus-menerus berubah dan berkembang (maka) pembuatnya adalah rakyat sendiri. Karena itu perkembangannya melalui tahapan keputusan atau penyelesaian yang dikeluarkan masyarakat sebagai hasil *temu rasa* dan *temu pikir* melalui permusyawaratan. Setiap perkembangan yang terjadi diusahakan mendapat tempat dalam tata hukum adat, sehingga bila masyarakat berkembang, hukum adatnya juga berkembang.

9. M.M. Djoyodigoeno

Guru Besar Hukum Adat Universitas Gajah Mada yang kental dengan filsafat Jawa ini dalam bukunya "Azas-azas Hukum Adat" bertitik tolak dari konsep van Kan yang menyatakan hukum adat adalah rangkaian *ugeran* (norma) yang mengatur perhubungan pamrih (kepentingan) kemasyarakatan. Lebih lanjut dinyatakannya:

- a. Hukum adalah sesuatu yang hidup
Hukum bukan suatu fenomena yang tegar (statis) seperti halnya rangkaian *ugeran*, melainkan karya manusia yang hidup dalam arti berangkap dua; dapat berkembang (berevolusi) dan dapat bervariasi (plastis), tegasnya dapat menyelesaikan hal yang berbeda antara hak dan kewajiban dalam peristiwa yang serupa. Jadi hukum adat sebagai hukum yang hidup pelaksanaannya tidak terikat pada *ugeran-ugeran* hukum (*pepacak-pepacak* perundangan dan preseden yang ada);
- b. Hukum adat apabila dilawankan dengan hukum perundangan
Hukum adat hukum yang tidak bersumber pada peraturan, namun tidak meliputi peraturan-peraturan desa dan peraturan raja-raja karena peraturan tersebut bukan hukum adat;

c. Kategori sumber hukum

Ada dua kategori sumber hukum yaitu bersumber dari kekuasaan negara/pemerintah dan bersumber dari kekuasaan rakyat. Sumber hukum dari kekuasaan negara/pemerintah:

- (a) peraturan, yaitu pernyataan kekuasaan legislatif;
- (b) putusan-putusan pejabat negara lainnya, yaitu pernyataan kekuasaan eksekutif, yudikatif/yurisprudensi;
- (c) perjanjian internasional dan pernyataan perang serta tindakan-tindakan pelaksanaannya.

Sumber hukum dari kekuasaan rakyat meliputi:

- (a) perbuatan rakyat karena perhubungan pamrih yang kemudian menjadi adat kebiasaan;
- (b) putusan dalam peragaan, seperti putusan kamar dagang, putusan asuransi, putusan rukun kampung, putusan rukun tetangga, rukun kematian, dan sebagainya;
- (c) pemberontakan terhadap penguasa yang ada.

Satu-satunya sumber hukum yang tidak dapat dinyatakan sebagai sumber hukum adat pada uraian di atas menurut Djodjodigono hanyalah undang-undang. Dari keseluruhan konsep di atas dapat disimpulkan sekurang-kurangnya ada dua unsur hukum sehingga menimbulkan kewajiban hukum (*opinio juris necessitatis*):

a. Unsur kenyataan

Hukum adat itu dalam keadaan yang sama selalu diindahkan oleh rakyat/pendukungnya;

b. Unsur psikologis

Terdapat keyakinan pada rakyat/pendukung hukum bahwa adat dimaksud mempunyai kekuatan hukum.

10. Soerjono Soekanto

Pengertian hukum adat dirumuskannya sebagaimana definisi di bawah ini:

“Hukum adat pada hakekatnya merupakan hukum kebiasaan, artinya kebiasaan-kebiasaan yang mempunyai akibat hukum (*sein-sollen*). Berbeda dengan kebiasaan belaka, merupakan hukum adat adalah perbuatan-perbuatan yang diulang dalam bentuk yang sama yang menuju pada *“rechtsvordigeordering der samenleving”*.”

C. Hukum Adat Sebelum Tahun 1945

1. Hukum Adat Jaman Proto Malaio

Meskipun penelahaan hukum adat sebetulnya dapat dimulai sebelum jaman kerajaan besar yang pernah jaya di Nusantara ini, keterbatasan sumber acuan dan fakta-fakta sejarah agaknya merupakan salah satu hal yang menyulitkan. Akibatnya, tidak banyak studi terhadap hukum adat yang dapat dilakukan.

Beberapa naskah kuno menggambarkan bahwa ada suatu masa yaitu *Proto Malaio* (Melayu Tua) dan *Deutoro Malaio* (Melayu Muda). Ajaran *Kong Hu Chu* seperti “hormatilah orang tua, setialah kepada keluarga dan pujilah roh leluhur”, atau “pemerintah adalah pelayan rakyat, dan bukanlah rakyat yang melayani pemerintah” adalah sebagian cerminan dari ajaran ini. Di kalangan masyarakat Melayu Tua nampaknya masih pada pemahaman “zat Kesaktian” seputar kehidupan dan jiwa yang bersifat gaib. Pada zaman itu kehidupan masyarakat berjalan mengikuti adat istiadat yang dipengaruhi oleh alam serba sakti. Sebagai dasar kepercayaan tatanan perilaku, ia tidak terletak pada alam kenyataan yang dapat dicapai dengan pancaindera, namun semata-mata hanya melalui anggapan. Menurut H.M. Yamin (Hilman Hadikusuma; 1978) kesaktian itu mempunyai sifat seperti:

a. Benda kesaktian

Kesaktian itu adalah benda halus yang dirasakan mengisi segala ruangan atau barang yang ada dengan mempunyai bermacam-macam nama, seperti “tu-ah”, “ra-tu”, “Tu-han”, dll;

b. Paduan kesaktian

Kesaktian ada yang lepas, terikat dan berpadu. Yang terlepas terdapat di gua, mata air, gunung, bukit, kawah kepundan, kuburan, singgasana, pohon beringin, candi, dll. Kesaktian yang lepas bebas dianggap bertubuh, dan hidup dengan nama seperti Sang Hyang Desa, Ratu Lara Kidul, Kraeng Lowe (Sulawesi Selatan), Panunggu Nagari (Minangkabau), dll. Kesaktian yang terikat terdapat pada benda dan bagian badan manusia seperti rambut, kepala, kuku, air ludah. Dalam keadaan berpadu zat kesaktian terikat pada barang pusaka, keris, tumbak, tumbuhan, batu-batu, dll. Paduan kesaktian menjelma dari atau kepada (dari orang kepada benda, dari benda kepada orang, dsb). Misalnya dikatakan Raja Tri Buwana turun dari Bukit Siguntang kemudian memerintah Sriwijaya;

c. Sari kesaktian

Apabila zat kesaktian itu paduannya sangat keras sehingga merupakan kesatuan, maka paduan kesaktian itu merupakan "sari kesaktian" yang menjelma dalam tubuh manusia dan disebut "semangat", "jiwa" (Sansekerta), "hawa" (Arab). Adakalanya seorang raja dihormati karena sari kesaktian yang ada padanya;

d. Sang hyang kesaktian

Suatu tenaga sakti yang menguasai seluruh kesaktian disebut sang hyang Kesaktian. Tuhan adalah sang hyang kesaktian. Raja yang kuar biasa kekuasaannya dianggap sang hyang kesaktian;

e. Pengantara kesaktian

Perubahan dalam keadaan zat kesaktian dilangsungkan dengan perantaraan orang, yaitu orang yang mempunyai kecakapan mengarahkan aliran sakti, mengumpul atau memadu dan atau memecahkan, memindahkan atau menghentikan aliran sakti itu. Orang-orang yang mempunyai kecakapan itu adalah berperanan

sebagai pengantara kesaktian dan disebut dukun, “datu” (Batak), “pinati” (Bugis), “walian” (Daya lama), “yogicwara” (Jawa lama).

Dengan penggambaran seperti di atas, dapat disimpulkan bahwa segala sesuatunya bersumber pada pusat kesaktian, rasa magi dan animisme. Kepercayaan animisme yang bersifat “fetisime”, yang menganggap bahwa segala yang ada di alam semesta ini serba berjiwa bahkan kekuatan jiwanya melebihi kekuatan manusia normal, maupun yang bersifat “spiritisme”, yang menganggap bahwa roh-roh leluhur itu selalu ada dan menyertai di sekeliling alam semesta sehingga dengan demikian harus kita lakukan pemujaan atau penghormatan secara samar-samar, masih dapat kita amati muncul pada berbagai acara ritual berbagai suku bangsa yang ada di Indonesia.

2. Hukum Adat Jaman Kerajaan Besar Nusantara

Kerajaan besar pertama yang banyak mewarnai perkembangan kemasyarakatan di nusantara ini adalah Sriwijaya. Kerajaan ini hidup selama sekitar 3 abad lamanya diawali dengan berkembangnya ajaran Agama Hindu dan Budha.

Di wilayah Kotaraja pengaruh dua agama ini berkembang secara maksimal, tetapi di daerah pedalaman nampaknya masih bertahan kebiasaan dan tradisi hukum adat yang tradisional yakni malaio Polynesia. Bukti tertulis tentang aktivitas hukum pada jaman ini masih bercampur secara sederhana dengan ketentuan agama, budaya, pemerintahan, pertanian dan sebagainya. Beberapa karya inskripsi (prasasti) yang menggambarkan perkembangan hukum di antaranya:

- a. Palas-Kalianda Lampung Selatan berangka tahun abad-7;
- b. Prasasti Raja Sanjaya th. 732 di Kedu Jawa Tengah beraksara Pallawa memuat aturan keagamaan, perekonomian dan pertambangan;

- c. Prasasti Raja Dewasimha th. 760 beraksara Jawa Kuno mengatur keagamaan dan kekaryaan;
- d. Prasasti raja Tulodong th. 784 di Kediri mengatur tentang hukum pertanahan dan pengairan;
- e. Prasasti Bulai Rakai Garung th. 860 mengatur tentang peradilan perkara perdata;
- f. Prasasti Kurunan th. 855 mengatur tentang transaksi tanah antara desa dengan rakyat guna melunasi hutang desa Parhyanan yang mewilayahi Kurunan;
- g. Prasasti Pereng th. 863 di Prambanan tentang penganugrahan tanah untuk keperluan keagamaan.

Runtuhnya kerajaan Sriwijaya, diikuti oleh perkembangan kerajaan besar lainnya yaitu Mataram. Masa kejayaan Mataram banyak diberitakan oleh bangsa Cina di antaranya berupa temuan prasasti:

- a. Prasasti Guntur th. 907 yang memberitakan tentang pelaksanaan peradilan oleh Samgat (Hakim);
- b. Prasasti Raja Tulodong th. 919 memuat jabatan pemerintahan, hak raja atas tanah, dan ganti rugi;
- c. Prasasti Mpu Sindok th. 919 di Solo yang memuat informasi tentang peradilan atas hutang-piutang istri yang meninggal tanpa seorangpun ahli waris;
- d. Prasasti Dharmawangsa th. 991 yang menuliskan adanya perintah raja untuk menyusun terjemahan aturan-aturan adat.

Jaman Mataram dilanjutkan oleh munculnya pemerintahan Raja Airlangga yang banyak meletakkan prinsip hukum kerajaan berupa:

- a. Penetapan lambang meterai kerajaan berupa kepala burung Garuda;
- b. Pembangunan daerah Perdikan dengan hak-hak istimewanya;
- c. Penetapan pajak penghasilan yang harus dibayar dan dipungut pemerintah pusat.

Setelah jatuh bangun dalam pemerintahan generasi Kartanegara dan Jayakatwang muncul pemerintahan Hayam Wuruk dan Mahapatih Gajah Mada. Beberapa karya yang muncul:

- a. Penataan majelis pemerintahan dengan dewan menteri;
- b. Pemerintahan juga dibantu oleh majelis agama;
- c. Penyelenggaraan pendaftaran dan penataan hukum tanah;
- d. Penetapan kitab hukum Kutaramanawa dan Syiwasyasana dalam hukum tata peradilan;
- e. Dalam memutus berbagai perkara didasarkan pada hukum adat setempat dengan mengindahkan hukum adat tertulis dari negara;
- f. Diberlakukannya kitab hukum Adigama, kitab ini sebagian besar bersandarkan hukum agama Hindu dan mempunyai pengaruh yang amat luas dalam pelaksanaan hukum tatanegara kerajaan;

Penataan konsep politik dan demi meningkatkan rasa keamanan pada jaman Majapahit oleh Mahapatih Gajah Mada generasi muda kerajaan dikelompokkan menjadi dua golongan besar:

- a. Darma Putera
Pemuda terlatih yang khusus bertugas sebagai petugas pengaman dan penjaga pusat kedudukan pemerintahan;
- b. Bhayangkara
Pemuda terlatih yang khusus bertugas sebagai petugas pengaman dan kehormatan negara.

Usaha penataan untuk memantapkan roda pemerintahan Gajah Mada membenahi struktur kerajaan dengan menambah 4 lembaga/badan baru yaitu:

- a. Sang Prabu
Sebagai kepala negara, Raja berkedudukan sebagai Sapta-Prabu, mempunyai kekuasaan mutlak dalam pengelolaan kerajaan, urusan rumah tangga kerajaan, suksesi, kedudukan putra mahkota dan militer;

- b. Mantri Katrini
Tiga maha menteri pembantu raja, yaitu Manteri Hino, Sirikan dan Manteri Halu;
- c. Panca Ring Wilwatikta
Lima serangkai yang terdiri dari empat departemen “Rakryan”, dan seorang “mahapatih” dipimpin langsung oleh Gajah Mada. Kegiatannya terkait bidang politik bersama dengan Matri Katrini;
- d. Darmajaksa
jabatan ini merupakan jabatan keagamaan sebagai wakil agama Budha dan Agama Syiwa;
- e. Saptapapati;
Upapati sebanyak 7 orang yang khusus menangani bidang agama dan kerokhanian.

Jatuhnya pemerintahan Majapahit diawali dengan masuk dan tersebarnya pengaruh Islam di tanah Jawa. Pengaruh ini mendominasi wajah perkembangan hukum adat dalam lingkup kerajaan. Salah satu kerajaan Islam yang dominan adalah kerajaan Mataram di bawah Sultan Agung. Peranan pemuka agama (Islam) menonjol dengan dibentuknya peradilan “Qisas” yang memberikan pertimbangan bagi Sultan untuk memutus perkara. Sementara di luar wilayah kerajaan (pedalaman) masih berlangsung sistem peradilan “Padu” yaitu penyelesaian perselisihan antara perseorangan oleh peradilan keluarga (peradilan desa) secara damai. Apabila menyangkut kepentingan umum kasusnya dapat dilimpahkan kepada Raja di Kotaraja. Bersamaan dengan perkembangan kerajaan Mataram Islam ini, di wilayah Cirebon dan Banten di wilayah Jawa Barat juga berkembang sistem peradilan:

- a. Peradilan Agama
Perkara bagi masyarakat dengan ancaman membahayakan keselamatan negara pada umumnya;
- b. Peradilan Drigama
Perkara khusus pelanggaran atas adat, dan perkara lain yang tidak termasuk materi peradilan Agama;

c. Peradilan Cilaga

Perkara khusus dalam lapangan perekonomian/perdagangan, jual-beli, hutang-piutang dll.

Masuknya penjajah ke Indonesia sedikit memiliki pengaruh dalam tataran politik perundang-undangan. Penjajah Belanda dan Inggris yang pernah menjajah Indonesia (sekedar untuk menyebut sebagian dari negara Barat), cenderung menata struktur peraturan perundangan dalam bentuk tertulis. Namun jauh sebelum mereka masuk ke Indonesia, adat dalam bentuk aturan kebiasaan yang bersanksi sudah ada lebih dahulu.

3. Hukum Adat Jaman Penjajahan

Ketika Portugis menduduki Spanyol tahun 1580, praktis jalur perolehan rempah-rempah Belanda terputus total. Akibatnya Belanda terpaksa harus berusaha menemukan jalur distribusi baru guna mencari pasokan rempah-rempah, pala, lada, kopi dan cengkeh.

Pencarian ini ternyata tidak sia-sia karena tahun 1589 satu armada Belanda berlabuh di pelabuhan Banten. Banyak saudagar yang menjual langsung hasil bumi secara barter dengan sistem perdangan bebas. Mulailah dilakukan inventarisasi terhadap daerah-daerah penghasil rempah-rempah dan hasil bumi lainnya. Armada-armada Belanda mulai didatangkan dengan tujuan semata-mata untuk berdagang diawali pembentukan V.O.C. (*Vereenigde Oost-Indiesche Compagnie*) tahun 1602 atas anjuran Van Oldenbarneveldt. Berdasarkan ijin *Staten General* di Batavia VOC diberikan "hak oktroi":

- a. Hak monopoli berniaga;
- b. Hak memiliki tanah tempat berdiam;
- c. Hak mendirikan benteng-benteng pertahanan;
- d. Hak untuk membuat perjanjian dengan raja-raja di Hindia;
- e. Hak untuk membentuk angkatan perang;
- f. Hak untuk melaksanakan kekuasaan kehakiman dan peradilan.

Sejak semula kehadiran V.O.C menjadi perdebatan karena statusnya sebagai lembaga dagang namun memiliki hak istimewa dalam lapangan politik, pemerintahan dan kewenangan militer. Dalam perkembangannya juga memiliki peranan yang berlebihan termasuk mencampuri tatanan penerapan hukum di wilayah Hindia Belanda. Hal ini nampak secara menjolok pada masa pemerintahan Gubernur J.P Coen setelah pendudukan Jayakarta dengan menggantinya menjadi *Batavia*. Dia membentuk dewan khusus yang secara terpisah mengurus masalah politisi dan peradilan. Struktur keanggotaannya mempergunakan perwakilan berimbang antara pegawai V.O.C. dan penduduk warga Batavia keturunan Cina. Dasar hukumnya mempergunakan *Plakat V.O.C.*

Dari sisi hukum, sikap nyata V.O.C. terhadap pengadilan asli dapat dikemukakan beberapa hal sebagai berikut:

- a. Sikapnya selalu tidak tetap, karena ia tidak berkentingan terhadap pengadilan asli;
- b. V.O.C. tidak suka ambil pusing terhadap pengadilan asli, bukan karena dianggap baik, tetapi dikarenakan tidak mau banyak dibebani pekerjaan-pekerjaan administrasi;
- c. Terhadap bangunan-bangunan asli, V.O.C. bersikap atas sendi *opportuneits politiek* artinya hanya tergantung pada adanya kebutuhan;
- d. V.O.C. hanya mencampuri penyelesaian perkara pidana, karena ia memerlukan adanya ketentraman umum di dalam masyarakat hal mana dapat dilihat pada Pepakem Cirebon;
- e. Terhadap hukum perdata baik di Jakarta maupun di daerah-daerah V.O.C membiarkan saja berlakunya hukum adat.

Lembaga V.O.C. mengalami beberapa kali perubahan baik menyangkut nama, peranan serta strukturnya. Akibat perang antara Inggris dan Belanda serta dibubarkannya V.O.C. yang diikuti dengan pencabutan hak Oktori, Pemerintah pusat Belanda menunjuk Gubernur

Jendral *Mr. Herman Willem Daendels* (1762-1818). Beberapa usaha yang dilakukannya antara lain:

- a. Memberlakukan secara tegas dan otoriter ketentuan dan penetapan Raja/Ratu Belanda secara tangan besi di wilayah bekas V.O.C. dahulu;
- b. Penetapan sistem pemerintahan secara tersentral dan pejabatnya adalah pegawai departemen;
- c. Pengerahan tenaga kerja paksa untuk pembangunan fasilitas yang besar manfaatnya khususnya pemerintahan Hindia Belanda (jalan raya Anyer-Panarukan);
- d. Perbaikan sistem peradilan sehingga memungkinkan kasus perdata rakyat diadili pada peradilan pribumi dengan ketentuan hukum adat mereka.

Menurut Daendels dalam hal penghukuman hukum adat memiliki berbagai kelemahan. Oleh karena itu Gubernur Jendral berhak mengubah sistem penghukuman menurut hukum pidana terhadap masyarakat adat ke dalam hukum pidana Eropah apabila:

- a. Perbuatan pidana yang dilakukan berakibat mengganggu kepentingan dan ketertiban umum;
- b. Perbuatan pidana yang dilakukan bila dituntut berdasar hukum pidana adat dapat mengakibatkan si pelaku dinyatakan bebas dari hukuman;
- c. Perbuatan pidana yang dituntut tidak cukup bukti sehingga dikhawatirkan si pelaku dapat dibebaskan.

Karya ilmiah yang berkaitan dengan hukum adat pada masa ini relatif tidak terlalu banyak. Kalaupun toh ada, sebagian di antaranya adalah bersifat laporan perjalanan sekedar di dalamnya mengungkap tentang catatan adat istiadat suatu daerah, misalnya R. Padttbrugge menulis tentang adat istiadat Minahasa dan perjalanannya ke Banda.

Pemerintah Belanda akhirnya digantikan oleh Inggris (1811-1816). Ketika Raffles menjadi Gubernur Jendral hal yang menonjol dilakukannya adalah memberikan keleluasaan terhadap berlakunya ketentuan hukum adat dalam lapangan hukum dan pengadilan pada umumnya. Namun demikian, Raffles memberikan suatu pembatasan asalkan ketentuan hukum adat tidak bertentangan dengan *the universal and acknowledged principles of natural justice* atau *the acknowledged principles of substantial justice*. Raffles sayangnya tidak memiliki pengetahuan yang mendalam tentang hukum adat. Sering kali ia menyamakan hukum agama identik dengan hukum adat. Menurutnya hukum adat itu belum sederajat dengan hukum Eropa, tetapi ia tetap baik diperlakukan terhadap orang pribumi dan tidak patut untuk orang Eropa.

Pemerintah Inggris hanya bertahan sampai tahun 1816. berakhirnya Perang Inggris – Belanda melalui *Conventie London* 13 Agustus 1814 memaksa Inggris menyerahkan semua daerah jajahan yang telah didudukinya kecuali wilayah “*Tanjung Pengharapan, Demarary, esse quebo dan Berbice*”.

Titik terang politik hukum adat baru tampak pada pemerintahan Belanda tahun 1848 ketika dimulainya pengkodifikasian sejumlah peraturan hukum melalui Panitia Scholten, di antaranya:

- a. *Algemeene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlands Indie* (AB) atau ketentuag Umum tentang Peraturan Perundangan di Hindia Belanda;
- b. *Burgerlijke Wetboek* (BW) atau Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP);
- c. *Wetboek van Koophandel* (WvK) atau Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD);
- d. *Reglement op de Rechterlijke Organisatie en het beleid de Justitie* (RO) atau Peraturan Susunan Pengadilan dan Kebijakanaksanaan Justitie ;

- e. Beberapa ketentuan tentang kejahatan yang dilakukan dalam keadaan pailit dan dalam keadaan nyata tidak mampu membayar, juga dalam hal *surseansi* pembayaran.

Peraturan tersebut di atas telah diundangkan dan dimuat dalam *Staatsblaad* (Lembaran Negara) Tahun 1847 Nomor 23. Hasil kerja panitia ini kemudian ditindaklanjuti oleh Mr. Wichers agar peraturan di atas dapat dilaksanakan. Tersusunlah beberapa peraturan pelaksanaan seperti:

- a. Peraturan Acara Pidana bagi *Raad van Justitie* di tanah Jawa dan bagi *Hoog Gerechtsho* (*Staatsblad* 1847 Nomor 40 jo. 1848 Nomor 63);
- b. Peraturan Acara Perdata bagi *Raad van Justitie* di tanah Jawa dan bagi *Hoog Gerechtsho* (*Staatsblad* 1847 Nomor 52 jo. 1849 Nomor 63);
- c. *Reglement op de Uitoefening van der politie, de Burgerlijke Rechtspleging en de strafvoredring onder de Indonesiers en de Vreemde Oosterlingen op Java en Madura* (*Staatsblad* 1848 Nomor 16 jo. 1848 Nomor 57). Sering disebut dengan *Herziene Indonesich Reglement* (H.I.R.) atau *Reglement* Indonesia yang Baru (R.I.B.);
- d. *Bijzondere Bepalingen ter verzekering der regelmatige Werking van de Nieuwe Wetgeving in de Bezittingen buiten Java en Madoera*;
- e. *Bepalingen tot Regeling van enige onderwerpen van strafwetgeving welke een dadelijke voorziening vereisen*;
- f. *Bepalingenomtrent de Invoering van en de Overgangtot de Nieuwe Wetgeving Staatsblad 1848 Nomor 10.*

Karena keragaman keberlakuan hukum khususnya yang berlaku bagi golongan Eropa, Pribumi dan Timur Asing, maka dalam lapangan hukum pidana dan tindak pelanggaran dibuat unifikasi (yaitu keberlakuan hukum yang seragam bagi seluruh warga negara dan rakyat). Usaha ini membuahkan hasil tahun 1915 dan baru dinyatakan berlaku tahun 1918

dengan Staatsblad 1915 Nomor 732, jis Staatsblad 1917 Nomor 497 dan Nomor. 645. Ketentuan dalam lapangan pidana ini disebut *Wetboek van Starfrecht* (WvS) atau dikenal juga dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Meskipun apabila diruntut sebetulnya aturan ini tidak lain adalah tiruan dari Belanda tahun 1881 dimana Belanda sendiri meniru dari Belgia.

Berdasar pencermatan di atas, tampak bahwa usaha-usaha yang dilakukan mengedepankan pola kodifikasi. Hukum adat sama sekali tidak tersangkut dalam usaha panitia-panitia yang di bentuk pada masa Hindia Belanda. Mengenai hukum Adat, yang dijadikan rujukan adalah Pasal 11 *Algemeene Bevalingen van Wetgeving* (disingkat A.B.) sbb:

“Kecuali dalam hal-hal orang pribumi atau orang-orang yang disamakan dengan mereka (orang Timur Asing) dengan sukarela mentaati (*vrijwillige onderwerping*) peraturan-peraturan hukum perdata dan hukum dagang Eropa, atau dalam hal-hal bahwa bagi mereka berlaku peraturan perundangan semacam itu, atau peraturan perundangan lain, maka hukum yang berlaku dan yang diperlakukan oleh hakim pribumi (*Inlandse rechter*) bagi mereka itu adalah *godsdiestige wetten, volkintellingen en gebruiken* asal saja tidak bertentangan dengan asas-asas keadilan yang diakui umum.

Bila dicermati dalam ketentuan Pasal 11 A.B. termuat pengakuan berlakunya hukum adat bagi golongan hukum bukan Eropa, kecuali:

- a. Sukarela mentaati peraturan-peraturan perdata dan hukum dagang yang berlaku bagi golongan hukum Eropa;
- b. Kebutuhan hukum mereka memerlukannya, tunduk pada hukum perdata dan hukum dagang bagi golongan hukum Eropa;
- c. Kebutuhan hukum mereka memerlukannya, tunduk pada hukum lain.

Akibat rumusan yang ditetapkan dalam ketentuan Pasal 11 A.B. di atas adalah:

a. Asas konkordansi

Asas kebersamaan keberlakuan aturan hukum, khususnya bagi golongan Eropa yakni berlaku hukum Perdata Barat sebagaimana yang berlaku di Belanda.

b. Asas dualisme

Asas yang memberlakukan hukum perdata barat atas dasar ketaatan secara sukarela, dan kemungkinan berlakunya hukum perdata adat yang berupa aturan keagamaan, kelembagaan rakyat dan kebiasaan mereka.

Silang pendapat penetapan azas kodifikasi dan unifikasi memunculkan perumusan Pasal 75 RR yang kemudian disempurnakan menjadi Pasal 131 IS berlaku sejak 1 Januari 1926:

“Dalam mengadakan ordonansi-ordonansi yang memuat hukum perdata dan dagang *pembuat ordonansi* akan memperhatikan sebagai berikut:

a. Bagi golongan Eropa berlaku hukum yang sama

b. Bagi golongan pribumi, golongan Timur Asing dan bagian-bagian dari padanya berlaku peraturan-peraturan hukum yang didasarkan atas agama-agama dan kebiasaan-kebiasaan mereka; namun dapat dikecualikan terhadap peraturan-peraturan tersebut dalam hal kepentingan umum atau kebutuhan sosial mereka memerlukan kekecualian itu. Dalam hal kebutuhan sosial mereka memerlukan, maka dapat ditetapkan bagi mereka hukum Eropa, jika perlu diadakan perubahan, maupun hukum yang berlaku bagi mereka dan golongan Eropa bersama-sama”

Menurut rumusan *Wet op de Staats inrichting van Nederlands Indie* disingkat *Indische Staatsregeling* (I.S.) Pasal 131 ayat 2 (b) tidak dirumuskan secara tegas mengenai hukum adat. Namun dinyatakan sebagai berikut:

“Dalam mengadakan ordonansi-ordonansi yang memuat hukum perdata dan dagang pembuat ordonansi akan memperhatikan bahwa:

(1)

(2) Bagi golongan orang Indonesia (asli), golongan timur asing dan bagian-bagiannya, berlaku peraturan hukum yang didasarkan atas agama-agama (*godsdiestige wetten*) dan kebiasaan mereka (*gewoonten samenhangende rechtsregelen*); tetapi terhadap peraturan-peraturan tersebut dapat dikecualikan apabila kepentingan umum atau keperluan sosial mereka memerlukan pengecualian itu. Jika kebutuhan sosial mereka memerlukan maka dapat ditetapkan bagi mereka hukum Eropa – jika perlu dengan perubahan – ataupun hukum yang berlaku bagi mereka dan golongan orang Eropa bersama-sama.

Dipergunakannya istilah undang-undang agama, hukum kebiasaan, dan lembaga-lembaga rakyat dalam berbagai peraturan di atas oleh karena pada masa itu sedang berkembang ajaran/teori *Receptio in Complexu* atau “penerimaan secara bulat” yang dikemukakan oleh Mr. L.W.C van Den Berg dan Salmon Keyzer tahun 1895. Secara garis besar menurut ajaran *receptio in complexu* dinyatakan bahwa hukum suatu masyarakat/golongan adalah resepsi atau identik dengan hukum agama yang dianut. Jadi hukum adat sesuatu golongan masyarakat adalah hasil penerimaan bulat dari hukum agama yang dianut oleh golongan masyarakat itu. Hukumnya orang Islam adalah agama Islam dan sebagainya, sejauh tidak dibuktikan lain.

Van Vollenhoven dan Snouck Hurgronje berkeberatan dengan identifikasi penggunaan istilah undang-undang agama ini. Menurut beliau adalah tidak etis penyebutan demikian, karena pada masyarakat tidak sepenuhnya benar bahwa masyarakat yang memeluk agama tertentu kemudian menerapkan seluruh ajaran agamanya diterima menjadi hukum adat. Meskipun dalam beberapa segi tidak dapat dipungkiri bahwa ada

resepsi/penyerapan dari hukum agama ke dalam bagian-bagian tertentu hukum adat. Pendapat menentang juga dikemukakan oleh Piepers. Ia mengemukakan bahwa inti hukum yang berlaku untuk orang Indonesia ialah adatnya. Ia menggunakan istilah *de grondtoon van het adat recht is de adat*. Jadi adat merupakan suatu hal yang esensi, sementara agama terutama Islam bersifat sebagai ketentuan tambahan. Van den Berg justru menyatakan sebaliknya, agama (Islam) lah yang utama, adat hanya sebagai tambahan.

Reglement of het beleid der Regering van Nederland Indie disingkat *Regerings Reglement* (RR) dalam terjemahannya berarti “Peraturan tentang Kebijaksanaan Pemerintahan di Hindia Belanda”, dapat disamakan dengan sebuah Undang-Undang Dasar. Terdapat banyak *Regerings Reglement* yang dibuat pada masa Hindia Belanda. Namun yang memiliki kaitan erat dengan eksistensi hukum adat adalah RR 1854 Pasal 75 (lama). Pencantuman kriteria “lama” oleh karena RR ini kemudian pernah dirubah. Meski demikian Pasal 75 RR 1854 ini tidak merumuskan mengenai hukum adat, namun dinyatakan sebagai berikut:

- a. Sepanjang mengenai golongan Eropa, pemberian keadilan dalam bidang keperdataan, begitu juga dalam bidang hukum pidana didasarkan kepada *verordening-verordening* umum, yang sejauh mungkin bersamaan bunyinya dengan undang-undang, yang berlaku di negeri Belanda;
- b. Gubernur Jenderal berhak untuk menyatakan berlaku aturan-aturan yang dipandang pantas, dari *verordening-verordening* tersebut bagi golongan Indonesia ataupun bagi bagian-bagian dari golongan itu; kalau perlu, aturan-aturan tersebut boleh diubah;
- c. Kecuali dalam hal-hal Gubernur Jenderal telah menerangkan berlaku bagi golongan orang Indonesia peraturan-peraturan hukum Eropa atau dalam hal-hal orang Indonesia dengan sukarela mentaati hukum perdata dan dagang yang berlaku bagi golongan orang Eropa, maka hakim Indonesia menjalankan

bagi mereka undang-undang agama, lembaga-lembaga golongan Indonesia, kebiasaan-kebiasaan golongan Indonesia, sepanjang hal-hal tersebut tidak bertentangan dengan asas-asas yang diakui umum tentang kepatutan dan keadilan;

- d. dan seterusnya;
- e. dan seterusnya;
- f. Dalam memberikan keadilan kepada golongan Indonesia para hakim mengambil asas-asas umum dan hukum perdata Eropa sebagai pedoman, manakala mereka harus memutus perkara, yang tidak diatur dalam undang-undang agama, lembaga-lembaga, dan adat kebiasaan Indonesia tersebut di atas.

Pada tanggal 9 Maret 1942 Pemerintah Belanda menyerah kepada Balatentara Jepang. Melalui Undang-Undang Nomor 1 KP Istimewa Maret 1943 yang kemudian dikeluarkan, menjadi dasar keberlakuan seluruh tatanan hukum yang semasa Hindia Belanda dinyatakan berlaku termasuk dasar pemberlakuan hukum adat. Meskipun kemudian yang nampak dalam perlakuan sehari-hari adalah hukum militer, hukum adat kenyataannya sama sekali tidak mendapat tempat.

Mendekati tahun 1945 nampak perubahan sikap pemerintah Jepang, yaitu diijinkannya bendera Merah Putih berkibar bersama-sama bendera Hinomaru termasuk pembentukan Panitia Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan dengan ketua Dr. Radjiman Wediodiningrat.

D. Hukum Adat dan Perundang-undangan Pasca Kemerdekaan

1. Hukum Adat dalam Undang-Undang Dasar 1945

Setelah Indonesia merdeka, dalam naskah asli UUD 1945 tidak ada pasal yang kaidah rumusannya menunjukkan pengertian hukum adat. Tidak juga terdapat istilah mengenai hukum adat, namun bila ditelaah

pasal-pasal nya dapat disimpulkan terdapat rumusan yang di dalamnya tersirat sebagai suatu nilai luhur dan jiwa hukum adat:

- a. Pembukaan
Memuat tentang unsur-unsur pandangan hidup Pancasila;
- b. Pasal 29 ayat (1)
Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa;
- c. Pasal 33 ayat (1)
Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar azas kekeluargaan;
- d. Pasal II Aturan Peralihan
Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini;
- e. Penjelasan Umum II
Untuk menyelidiki hukum dasar (*droit constitutionnelle*) suatu negara, tidak cukup hanya menyelidiki pasal-pasal Undang-Undang Dasarnya (*Loi constitutionnelle*) saja, tetapi harus menyelidiki juga bagaimana praktiknya dan bagaimana suasana kebatinannya.
- f. Penjelasan Umum IV
“Yang sangat penting dalam pemerintahan dan dalam hal hidupnya ialah semangat, semangat penyelenggara negara, semangat para pemimpin pemerintahan. Meskipun dibikin Undang-Undang Dasar yang menurut kata-katanya bersifat kekeluargaan, apabila semangat para penyelenggara, para pemimpin pemerintahan itu bersifat perseorangan, Undang-Undang Dasar tadi tentu tidak sempurna, akan tetapi jikalau semangat para penyelenggara pemerintahan baik, Undang-Undang Dasar itu tentu tidak akan merintang jalannya negara. Jadi yang paling penting ialah semangat”.

Berdasarkan rumusan di atas terlihat banyak muatan asas-asas hukum adat dalam UUD 1945. Pokok-pokok pikiran itu termaktub dalam

cita-cita hukum yang menguasai hukum dasar negara (*staats-fundamentalnorm*), yaitu Pancasila. Hal ini secara strategis dan nyata menampakkan bahwa telah terjadi pengukuhan dan pengakuan atas hukum adat yang tidak semata-mata sebagai hukum rakyat saja, yaitu hukum yang bersumberkan pada nilai budaya bangsa dan memancarkan nilai-nilai hukum masyarakat, namun lebih dari itu hukum adat sudah masuk pada tataran bagian dari *rechtsidee* dari Bangsa dan Republik Indonesia ini.

Badan-badan negara menurut ketentuan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 adalah lembaga-lembaga hukum yang ada sebelum maupun pada masa-masa kolonial, seperti badan peradilan gubernemen, pengadilan asli, pengadilan desa, dan pengadilan swapraja (meskipun dengan nama dan penyebutan yang disesuaikan dengan istilah pasca kemerdekaan). Sedangkan penyebutan peraturan-peraturan lain yang dimaksud di antaranya adalah Pasal 131 IS dan Pasal 163 yang mengatur tentang pemberlakuan hukum adat bagi kalangan bumi putera atau pribumi dan bagi bukan pribumi berlaku hukum mereka sendiri kecuali bagi golongan Eropa berlaku hukum perdata Eropa.

Pengakuan terhadap hukum adat baru muncul pada perubahan atau amandemen kedua UUD 1945 Pasal 18B ayat (2) yang bunyinya:

.....

(2) Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat serta hak-hak tradisonalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

Perubahan tata politik dengan digantikannya Undang-Undang Dasar dengan Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS). Pasal 146 ayat (1) rumusan hukum adat dinyatakan sebagai :

“Segala Keputusan Kehakiman harus berisi alasan-alasannya dan dalam perkara hukuman harus menyebut aturan-aturan undang-undang dan aturan-aturan hukum adat yang dijadikan dasar hukuman itu”.

Setelah RIS, akibat kondisi politik waktu itu pemerintah menetapkan UUDS 1950 karena bentuk negara RI juga mengalami perombakan. Berkaitan dengan keberlakuan hukum adat dirumuskan dalam UUDS 1950 sbb:

a. Pasal 25 ayat (2)

Perbedaan dalam kebutuhan masyarakat dan kebutuhan hukum golongan rakyat akan diperhatikan;

b. Pasal 102

Perintah kepada pembentuk undang-undang untuk mengatur sebagian besar lapangan-lapangan hukum ke dalam kitab-kitab hukum dengan pengecualiannya, jika ada, juga melalui undang-undang;

c. Pasal 104 ayat (1)

Segala keputusan pengadilan harus berisi alasan-alasan dan dalam perkara hukuman menyebut aturan-aturan undang-undang, dan aturan-aturan hukum adat yang dijadikan dasar hukuman itu.

2. Hukum Adat dalam Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951

Ketentuan mengenai hukum adat yang dapat terkait dalam undang-undang ini adalah yang berkaitan dengan Pasal 1 dan Pasal 5 sbb:

a. Pasal 1

Kecuali pengadilan desa seluruh badan pengadilan yang meliputi badan pengadilan gubernemen, badan pengadilan swapraja (*Zellbestuurechtspraak*) kecuali pengadilan agama jika pengadilan itu menurut hukum yang hidup merupakan suatu bagian dari pengadilan swapraja, dan pengadilan adat (*Inheemse rechtspraak in rechtsreeks bestuurd gebied*) kecuali

pengadilan agama jika pengadilan itu menurut hukum yang hidup merupakan suatu bagian tersendiri dari pengadilan adat yang telah dihapuskan.

b. Pasal 5 ayat (3) Sub b

Hukum materiil sipil dan untuk sementara waktu pun hukum materiil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh pengadilan adat, adat tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang-orang itu dengan pengertian:

- ... perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingannya dalam KUHP Sipil maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak terhukum....
- bahwa bilamana hukum adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui pidananya dengan kurungan atau denda..... maka dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi sepuluh tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukum adat yang menurut paham hakim tidak selaras lagi dengan zaman....
- bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum harus dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingannya dengan KUHP Sipil maka dianggap diancam dengan hukum yang sama dengan hukum bandingannya yang paling mirip dengan perbuatan itu.

Analisis yang dapat ditarik dari penetapan pasal-pasal di atas adalah bahwa pasal tersebut merupakan upaya untuk meniadakan badan-badan peradilan lain kecuali badan pengadilan umum, agama, dan pengadilan desa dus juga meniadakan hukum pidana adat berikut sanksinya dari struktur sistem hukum di Indonesia dan menggantinya

dengan model hukum tertulis (hukum perundang-undangan). Dengan demikian maka upaya penyelesaiannya pun melalui model peradilan umum.

3. Hukum Adat dalam Undang-Undang Pokok Agraria

Pada tanggal 24 September 1960 Pemerintah mengundangkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Tahun 1960 Nomor 104; Tambahan Lembaran Negara Nomor 2043). Undang-undang ini membuat unifikasi dalam lapangan hukum tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia seperti:

a. **Konsideran**

Bahwa berhubung dengan apa yang tersebut dalam pertimbangan-pertimbangan di atas perlu adanya hukum agraria nasional, yang berdasar atas hukum adat tentang tanah, yang sederhana dan menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia, dengan tidak mengabaikan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama.

b. **Pasal 2**

Negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat memiliki hak menguasai atas tanah-tanah yang berada di wilayah Republik Indonesia.

c. **Pasal 5**

Hukum Agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa.... Segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama.

Apabila dicermati, sesungguhnya undang-undang ini telah memberikan perubahan dan pergeseran yang sangat mendasar dalam struktur hak-hak istimewa masyarakat adat (hak ulayat, hak pertuanan, hak purba atau *beschikkingsrecht* dll). Pasal ini menggeser kuasa atas hak ulayat dan menjadikannya tidak lagi absolut, tetapi hanya berupa

pelimpahan hak dan pelimpahan kewenangan dari negara sebagai penguasa tertinggi. Hal ini dipertegas lagi dalam rumusan Pasal 3 UUPA:

“.... 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 yang lebih tinggi”.

Bila dilihat dalam penjelasannya dinyatakan bahwa tidaklah dapat dibenarkan jika dalam alam bernegara dewasa ini suatu masyarakat hukum masih mempertahankan isi dan pelaksanaan hak ulayatnya secara mutlak, seakan-akan ia terlepas dari hubungan dengan masyarakat hukum dan daerah-daerah lainnya.

Terlepas dari berbagai kekurangan dan kelemahan pasal-pasal dalam undang-undang pokok agraria ini, patut dibanggakan oleh karena undang-undang ini menempatkan kedudukan hukum adat sebagai dasar hukum agraria meskipun ada batasan yaitu sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional/negara serta peraturan-peraturan lainnya.

4. Hukum Adat dalam Undang-Undang Pokok Kekuasaan Kehakiman

Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (diamandemen oleh UU Nomor 35 Tahun 1999) menggantikan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1964 antara lain memuat landasan hukum pemberlakuan hukum adat dalam hal:

a. Pasal 3 ayat (1)

Semua peradilan di seluruh wilayah Republik Indonesia adalah Peradilan Negara dan ditetapkan dengan undang-undang.

b. Pasal 6 ayat (2)

Tiada seorang juapun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat pembuktian yang sah menurut undang-

undang mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggungjawab, telah bersalah atas perbuatan yang dituduhkan kepadanya.

c. Pasal 14 ayat (1)

Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili sesuatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

d. Pasal 23 ayat (1)

Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan itu, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

e. Pasal 27 ayat (1)

Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

f. Penjelasan umum Bagian 7

Penegasan, bahwa peradilan adalah peradilan Negara, dimaksud untuk menutup semua kemungkinan adanya atau akan diadakannya lagi Peradilan Swapraja atau Peradilan Adat yang dilakukan oleh bukan Pengadilan Negara. Ketentuan ini sekali-kali tidak bermaksud untuk mengingkari hukum tidak tertulis, melainkan hanya akan mengalihkan perkembangan dan penerapan hukum itu kepada Peradilan Negara. Dengan ketentuan bahwa Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai Hukum yang hidup dengan mengintegrasikan diri di dalam masyarakat telah terjamin sepenuhnya bahwa perkembangan dan peneterapan hukum tidak tertulis akan berjalan secara wajar. Hukum tidak tertulis yang diterapkan/diselenggarakan oleh Pengadilan Swapraja dan Peradilan Adat adalah Hukum Adat.

Bila dianalisis rumusan pasal-pasal tersebut beberapa masalah berkaitan dengan esensi hukum adat dan lembaga adat kemasyarakatan dapat dinyatakan sbb:

- a. Menghapus semua lembaga/badan peradilan termasuk pengadilan desa sebagaimana diatur dalam ketentuan Undang-Undang No 1 Darurat 1951;
- b. Hakim dalam memutuskan perkara-perkara pidana wajib mempergunakan dasar alat pembuktian yang sah hanya sesuai dengan ketentuan undang-undang. Jadi apabila ada alat bukti yang tidak sesuai dengan undang-undang yang sah, dapat dikesampingkan keberadaannya. Adapun alat bukti yang sah berdasar Kitab Undang-Undang Nomor 8 tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana hanya berupa keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk bagi hakim dan keterangan terdakwa;
- c. Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum. Pencari keadilan datang padanya untuk memohon keadilan. Andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis, maka ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai seorang yang bijaksana dan bertanggungjawab penuh pada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa dan negara. Dengan demikian termasuk hukum tidak tertulis disini adalah hukum adat ada, namun penegasan pasal ini justru menimbulkan kesan bahwa di Indonesia dalam sistem hukumnya terdapat ketentuan "hukum yang jelas" dan "hukum yang tidak jelas" (H.R Otje Salman Soemadiningrat; 2001);
- d. Terdapat dua hal prinsip yang diaturnya yaitu (a) alasan dasar dalam penjatuhan putusan penghukuman dan (2) ketentuan-ketentuan yuridis yang menjadi dasar untuk mengadili/memutuskan perkara. Jadi hakim memiliki kebebasan menjatuhkan putusan atas dasar pertimbangan kepada hukum tertulis, hukum kebiasaan maupun hukum adat. Anehnya, ketika

dikaitkan dengan ketentuan Pasal 197 ayat (1) KUHAP khususnya point d dan f. kedua point ini bertolak belakang dengan Pasal 23 ayat (1) sebab bila ditelaah, tampak bahwa KUHAP memisahkan kriteria pertimbangan hukum dan putusan hukum. Bagi hakim dalam pertimbangannya boleh berlandaskan kepada hukum tidak tertulis, namun penjatuhan putusan hakim tetap harus mengacu kepada pasal-pasal hukum tertulis. Dengan demikian jelas, bahwa tidak ada peluang bagi hukum adat dijadikan sebagai dasar putusan hakim;

- e. Hakim wajib menggunakan seluruh kemampuannya berdasarkan tugas dan wewenangnya agar memahami nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat. Namun bila ditelaah pada bagian penjelasan pasal ini, dinyatakan bahwa hakim itu merupakan perumus dan penggali nilai-nilai hukum yang hidup di kalangan rakyat. Jadi memang benar putusan hakim harus digali dari tatanan hukum dan moralitas masyarakat yang hidup, namun untuk menjadikannya hukum harus dirumuskan dan diberi daya ikat melalui putusan hakim. Di sinilah letak *ambigiutas* berikutnya undang-undang ini. Penjelasan ini sepertinya kental dipengaruhi oleh pendapat Ter Haar almarhum yang pada masanya menyatakan bahwa hukum adat itu seyogyanya merupakan putusan hakim (melalui ungkapan *Beslissingen leer-nya*) atau “ajaran keputusan”.

5. Hukum Adat dalam Undang-Undang Pokok Perkawinan

Secara konseptual, perkawinan di kalangan masyarakat adat memiliki posisi yang sangat strategis. Perkawinan juga memuat posisi magis religius karena umumnya perkawinan juga dilakukan melalui tahap upacara keagamaan. Ia tidak saja merupakan korelasi hubungan kontraktual antara para pihak yang melakukan hubungan perkawinan, tetapi juga mengikat pihak ketiga seperti keluarga mempelai wanita dengan keluarga mempelai laki-laki bahkan lebih dari pada itu karena

perkawinan juga mengikat struktur masyarakat di mana kedua mempelai berasal.

Pemerintah dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat Tanggal 2 Januari 1974 telah mengundang Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 (LN 1974 Nomor 1 Tambahan Lembaran Negara 3019) tentang Ketentuan Pokok Perkawinan. Secara sosiologis, peraturan ini baru berlaku satu tahun kemudian sejak diundangkan oleh Menteri Sekretaris Negara dalam Lembaran Negara. Undang-undang perkawinan baru ini lebih berat penekannya pada ketentuan yang bersifat administratif semata berkaitan dengan kewenangan pejabat negara dan pengadilan seperti misalnya wajib ada pencatatan perkawinan, pembatalan perkawinan, pencegahan perkawinan, ketentuan pidana terhadap kekurangan berkas persyaratan perkawinan dan unsur pidana para pihak yang menggelapkan asal-usul diri dan perkawinannya yang lain (bila ada). Undang-undang ini pun cenderung bersifat unifikasi hukum. Ketentuan lain berkait dengan upacara perkawinan yang pada umumnya diakui dan masih dilakukan oleh warga masyarakat dan para pihak sepenuhnya secara batin dikembalikan kepada mereka tanpa campur tangan negara/pemerintah.

Sayangnya tidak ada pencantuman secara tegas kaidah hukum adat dalam lapangan hukum perkawinan menurut undang-undang ini. Meskipun secara tidak tegas dicantumkan, namun bila diamati beberapa ketentuan Undang-Undang Pokok Perkawinan ini yang memuat dasar azasi setara hukum adat di antaranya:

a. Pasal 2 ayat (1)

Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.

b. Pasal 37

Bila perkawinan putus karena perceraian, maka harta bersama yang diperoleh selama perkawinan diatur menurut hukumnya masing-masing;

c. Pasal 41

Ibu/Bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan memberi keputusannya.

Undang-Undang Pokok Perkawinan memberi peluang pemberlakuan hukum adat, salah satunya pada penjelasan Pasal 37:

“yang dimaksud dengan “hukumnya” masing-masing ialah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya”.

Sayangnya tidak dijelaskan secara mendetail mengenai mekanisme, format dan batas-batas pemberlakuan hukum adat itu sendiri mengingat ragam hukum adat yang ada pada berbagai masyarakat suku bangsa Indonesia.

6. Hukum Adat dalam Undang-Undang Pemerintahan Daerah

Pasal 118 I.S mengatur tentang dibiarkannya penduduk asli dibiarkan hidup di bawah langsung dari kepala-kepalanya sendiri. Pengaturan lebih lanjut oleh Pemerintah Belanda ditetapkan melalui *Inlandsche Gemeente Ordonantie Buitengewesten* (IGOB) LN 1938 Nomor 490 yang dinyatakan berlaku sejak 1 Januari 1938 Nomor 361. Nama dan jenis dari persekutuan masyarakat asli ini adalah Persekutuan Bumi Putera. Persekutuan masyarakat asli ini di Jawa dan Bali disebut Desa sedangkan di luar itu seperti di Sumatera Selatan, Palembang dan sekitarnya disebut Marga, di eks Karesidenan Bangka Belitung disebut Haminte atau Kenegerian, di Minangkabau disebut Nagari.

Setelah Indonesia merdeka, dalam rumusan Undang-Undang Dasar 1945 ketentuan mengenai pemerintahan daerah diatur dalam BAB VI tentang Pemerintah Daerah Pasal 18 sbb:

“Pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil, dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-

undang, dengan memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara, dan hak-hak asal-usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa”.

Ketentuan yang mengatur tentang pemerintahan daerah yang terbaru adalah Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah. Undang-undang ini landasan pertimbangannya:

- a. Sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia menurut Undang-Undang dasar 1945 memberikan keleluasaan kepada Daerah untuk menyelenggarakan otonomi daerah;
- b. Dalam penyelenggaraan otonomi daerah, dipandang perlu untuk lebih menekankan pada prinsip-prinsip demokrasi, peran serta masyarakat, pemerataan dan keadilan, serta memperhatikan potensi dari keanekaragaman daerah;
- c. Dalam menghadapi perkembangan keadaan, baik di dalam maupun di luar negeri, serta tantangan global, dipandang perlu menyelenggarakan otonomi daerah dengan memberikan kewenangan yang luas, nyata dan bertanggung jawab kepada daerah secara proporsional, yang diwujudkan dengan peraturan, pembagian dan pemanfaatan sumber daya nasional, serta perimbangan keuangan Pusat dan Daerah, sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi, peran serta masyarakat, pemerataan, dan keadilan, serta potensi dan keanekaragaman Daerah yang dilaksanakan dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- d. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan di Daerah (Lembaran Negara Tahun 1974 Nomor 38; Tambahan Lembaran Negara Nomor 3037) tidak sesuai lagi dengan prinsip-prinsip penyelenggaraan Otonomi Daerah dan perkembangan keadaan, sehingga perlu diganti;
- e. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa (lembaran Negara Tahun 1979 Nomor 56; Tambahan Lembaran Negara Nomor 3153) yang menyeragamkan nama,

bentuk, susunan, dan kedudukan Pemerintahan Desa, tidak sesuai lagi dengan jiwa Undang-Undang Dasar 1945, dan perlunya mengakui hak asal usul Daerah yang bersifat istimewa, sehingga perlu diganti.

Pengakuan undang-undang ini (tersurat, Pen.) tentang eksistensi masyarakat hukum adat antara lain tertuang dalam:

a. Penjelasan umum

Desa berdasarkan undang-undang ini adalah desa atau yang disebut dengan nama lain sebagai suatu kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai susunan asli berdasarkan hak asal-usul yang bersifat istimewa, sebagaimana dimaksud dalam penjelasan Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945. landasan pemikiran dalam pengaturan mengenai Pemerintahan Desa adalah keanekaragaman, partisipasi, otonomi asli, demokratisasi, dan pemberdayaan masyarakat;

b. Pasal 1 butir o

Desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut Desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat yang diakui dalam sistem Pemerintahan Nasional dan berada di Daerah Kabupaten.

c. Pasal 1 butir i

Daerah otonom, selanjutnya disebut Daerah, adalah kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai batas daerah tertentu berwenang mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat dalam ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia;

d. Pasal 104

Badan Perwakilan Desa atau yang disebut dengan nama lain berfungsi mengayomi adat istiadat, membuat Peraturan Desa, menampung dan menyalurkan aspirasi masyarakat, serta

melakukan pengawasan terhadap penyelenggaraan Pemerintahan Desa.

7. Hukum Adat dalam Seminar Hukum Adat 1975 di Yogyakarta

Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional Yogyakarta 15 - 17 Januari 1975 oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) dengan Universitas Gajah Mada menyimpulkan:

- a. Hukum adat adalah hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia yang di sana-sini mengandung unsur-unsur agama;
- b. Penggunaan konsepsi-konsepsi dan azas-azas hukum dari hukum adat untuk dirumuskan dalam norma-norma hukum yang memenuhi kebutuhan masyarakat;
- c. Penggunaan lembaga-lembaga hukum adat yang dimodernisir dan disesuaikan dengan kebutuhan zaman;
- d. Memasukkan konsep-konsep dan azas-azas hukum adat ke dalam lembaga-lembaga hukum baru;
- e. Di dalam pembinaan hukum harta kekayaan nasional hukum adat merupakan salah satu unsur, sedangkan di dalam pembinaan hukum kekeluargaan dan hukum kewarisan nasional, hukum adat merupakan intinya. Melalui terbentuknya hukum nasional yang jelas-jelas bersumberkan kepada hukum adat, berarti kedudukan dan peranan hukum adat itu telah terserap di dalam hukum nasional.

Rumusan mengenai hukum adat dalam seminar ini tampaknya mendekati pengertian yang telah diberikan oleh Soepomo di mana hukum adat itu adalah sama dengan hukum kebiasaan dalam arti yang luas. Dengan demikian kedudukan hukum adat merupakan salah satu sumber penting untuk memperoleh bahan-bahan bagi pembangunan hukum nasional yang menuju kepada unifikasi hukum dan yang terutama akan dilakukan melalui pembuatan peraturan-peraturan perundangan dengan

tidak mengabaikan tumbuh dan berkembangnya hukum kebiasaan dan pengadilan dalam pembinaan hukum.

Berkaitan dengan bagaimanakah kedudukan hukum adat kelak kemudian hari, sebelumnya dalam Pidato Dies Natalis di Universitas Gadjah Mada Yogyakarta 17 Maret 1947 Soepomo menegaskan:

- a. Bahwa dalam lapangan hidup kekeluargaan, hukum adat masih akan menguasai masyarakat Indonesia;
- b. Bahwa hukum pidana dari sesuatu negara wajib sesuai dengan corak dan sifat-sifat bangsanya atau masyarakat itu sendiri. Oleh karena itu, maka hukum adat pidana akan memberi bahan-bahan yang sangat berharga dalam pembentukan KUHPidana baru untuk negara kita;
- c. Bahwa hukum adat sebagai hukum kebiasaan yang tak tertulis akan tetap menjadi sumber hukum baru dalam hal-hal yang belum/tidak ditetapkan oleh undang-undang.

Memperhatikan bunyi rumusan seminar di Yogyakarta, Hilman Hadikusuma (1980) menyatakan bahwa yang perlu mendapat perhatian bukan saja hukum adat yang hidup di dalam berbagai lingkungan masyarakat hukum adat asli, tetapi juga hukum adat atau hukum kebiasaan yang hidup di dalam lingkungan masyarakat modern termasuk perbuatan hukum atau putusan-putusan di lembaga-lembaga kenegaraan dan keputusan hukum yang wujudnya bukan peraturan legislatif. Dengan kata lain bukan hasil keputusan musyawarah atau mufakat yang dilahirkan dalam bentuk perundang-undangan negara, tetapi hasil putusan musyawarah atau mufakat yang berlaku tidak dalam bentuk perundang-undangan negara.

Setelah terjadinya perkembangan masyarakat Indonesia, sistem kodifikasi telah diintrodusir dalam keseluruhan lapangan hukum, muncul pertanyaan mengenai bagaimanakah kedudukan hukum adat itu dalam kehidupan masyarakat Indonesia, kedudukan dalam rangka

pembangunan hukum Indonesia saat ini, serta bagaimanakah perspektifnya dalam pembangunan bidang hukum di masa mendatang? Mencermati rentang perjalanan sejarahnya yang panjang mengenai batasan adat dan hukum adat di atas, mengapa diperlukan waktu sangat panjang hanya untuk mencari pemahaman dalam mengenal hukum adat?

Terdapat sekurang-kurangnya 4 faktor dasar yang berperan dalam proses perkembangan hukum adat yaitu:

a. Unsur *magis religius*

Sebagaimana umumnya berbagai bangsa di muka bumi yang kental aroma kepercayaannya terhadap sesuatu yang gaib, fenomena inipun merasuki pola pikir masyarakat hukum adat. Berbagai bidang kajian pada mulanya selalu terbentur cara pandang bahwa melakukan kajian keilmuan berkait dengan pemujaan leluhur, kepercayaan terhadap alam supra natural, takut azab, dan lain sebagainya;

b. Unsur kekuasaan

Pola-pola kekuasaan lain di luar struktur masyarakat baku, seperti kekuasaan raja-raja dan berbagai kuasa yang cenderung secara “politik” mendominasi sehingga kajian hukum adat menjadi terhambat;

c. Hubungan sosial kemasyarakatan

Hubungan dengan orang-orang atau kekuasaan “asing” misalnya penjajah Belanda, sehingga seolah-olah meminggirkan kesempatan kajian terhadap hukum adat dan memaksakan sistem hukum barat/hukum yang cenderung tertulis;

d. Kondisi alam dan daya dukung lain

Kondisi alam dan watak umum suku bangsa/masyarakat hukum adat yang secara umum masih dilingkupi pola patrimonial/kepemimpinan yang tunggal sehingga unsur ketaatannya kepada pemimpin menjadi dominan.