

PENGANTAR PERBANDINGAN SISTEM HUKUM

(Civil Law, Common Law, dan Hukum Adat)

PENGANTAR PERBANDINGAN SISTEM HUKUM

(Civil Law, Common Law, dan Hukum Adat)

Penulis :

Dr. Djoni Sumardi Gozali, S.H., M.Hum

Editor :

Dr. Ifrani, S.H., M.H.

Dr. H. M. Erham Amin, S.H., M.H



Katalog Dalam Terbitan (KDT)

PENGANTAR PERBANDINGAN SISTEM HUKUM
(Civil Law, Common Law, dan Hukum Adat)

© Dr. Djoni Sumardi Gozali, S.H., M.Hum

Editor :

Dr. Ifrani, S.H., M.H.

Dr. H. M. Erham Amin, S.H., M.H

Hak cipta dilindungi oleh undang-undang. All Rights Reserved
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi
buku ini tanpa izin tertulis dari Penerbit

—Bandung: 2020

XIII+195 hal.; 150x230 mm

ISBN:

Cetakan I: Desember 2018

Diterbitkan oleh

Penerbit Nusa Media

Tergabung dalam IKAPI (Ikatan Penerbit Indonesia)

PO Box 137 Ujungberung, Bandung

Disain cover: Nusamed Studio

Tata Letak: Nusamed Studio

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur dipanjatkan ke hadirat Tuhan Yang Maha Esa, karena berkat rahmat-NYA penulis dapat menyelesaikan buku yang sederhana ini. Buku ini berjudul PENGANTAR PERBANDINGAN SISTEM HUKUM (Civil Law, Common Law, dan Hukum Adat), terdiri dari tiga bab, yaitu Bab I memuat tentang istilah perbandingan hukum; pendapat-pendapat para pakar tentang perbandingan hukum; kedudukan perbandingan hukum baik sebagai ilmu maupun sebagai metode penelitian; tujuan dan manfaat mempelajari perbandingan hukum; kemudian mengenai ruang lingkup perbandingan hukum; dan sejarah singkat perbandingan hukum. Selanjutnya pada Bab II dipaparkan tentang Keluarga Hukum, yang berisi tentang pengertian keluarga hukum; tolok ukur pembagian keluarga hukum; pembagian keluarga hukum; tentang beberapa keluarga hukum; dan sejarah singkat pertumbuhan hukum Civil Law, Common Law, dan Hukum Adat. Pada Bab III berisi tentang karakteristik keluarga hukum Civil Law, Common Law, dan Hukum Adat.

Dengan terbitnya buku ini diharapkan dapat memenuhi keperluan literatur perbandingan sistem hukum bagi mahasiswa Fakultas Hukum, yang sangat diperlukan dalam

memahami dan mendalami berbagai sistem hukum di dunia, khususnya sistem hukum Civil Law, Common Law dan Hukum Adat. Studi perbandingan sistem hukum ini sebenarnya sudah lama dilakukan, namun sejalan dengan semakin terbukanya dan semakin maraknya hubungan-hubungan antar bangsa yang berlainan sistem hukumnya, maka kebutuhan akan studi perbandingan sistem hukum ini semakin disadari kehadirannya. Semoga kehadiran buku ini memenuhi sebagian keinginan itu. Memang buku ini hanya mengungkapkan sebagian kecil saja dari studi perbandingan hukum yang sangat luas dan banyak seginya itu. Pada kesempatan ini buku ini hanya menyajikan perbandingan secara umum, belum sampai pada perbandingan khusus yang menyangkut lembaga-lembaga tertentu dalam sistem hukum yang berbeda itu. Waktu yang akan datang tentu buku ini akan dilengkapi dengan perbandingan khusus tersebut, dan semoga keinginan itu terwujud pada penerbitan berikut.

Dengan selesainya penulisan buku ini, penulis ingin mengenang dan mengucapkan terima kasih yang setinggi-tingginya kepada almarhum **Prof. H. Hamdhany Tenggara, S.H.**, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat, yang semasa hidupnya telah membimbing dan merupakan panutan bagi penulis ketika beliau menjadi dosen dalam mata kuliah Hukum Perdata dan Perbandingan Hukum Perdata. Beliau pula yang pertama kali bersedia menerima penulis sebagai asisten beliau dalam mata kuliah Hukum Perdata dan Perbandingan Hukum Perdata di Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat, sampai beliau meninggal dunia.

Secara khusus ucapan terima kasih penulis sampaikan kepada istri penulis **Ir. Melania, MP, MM**, dan saudara-saudara penulis, **Ir. Eddi S. Gozali, Ir. Miki S. Gozali** dan keluarga, dan **Diki S. Gozali, S.H.** dan keluarga yang telah memberikan bantuan baik moril maupun materiil, sehingga penulis dapat menyelesaikan penulisan buku ini.

Ucapan terima kasih juga penulis sampaikan kepada semua pihak yang tidak dapat disebutkan satu per satu atas segala dorongan semangat maupun bantuan moril maupun materiil sampai selesainya buku ini. Kepada Penerbit Nusa Media penulis sampaikan ucapan terima kasih atas bantuannya sehingga tulisan ini dapat diterbitkan dalam bentuk buku.

Akhirnya semoga buku ini memberikan manfaat kepada semua pihak yang memerlukannya, semoga Tuhan Yang Maha Esa memberikan balasan yang setimpal atas segala bantuannya, amin.

Banjarmasin, Desember 2018

Penulis

Dr. Djoni Sumardi Gozali, S.H., M.Hum

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR.....	V
DAFTAR ISI.....	IX
DAFTAR SKEMA	XIII

BAB I

ISTILAH, PENDAPAT, KEDUDUKAN, TUJUAN DAN MANFAAT, LINGKUP, DAN SEJARAH SINGKAT PERBAN-

DINGAN HUKUM.....	1
A. Istilah Perbandingan Hukum.....	1
B. Pendapat Tentang Perbandingan Hukum	1
C. Perbandingan Hukum Sebagai Metode dan Ilmu.....	10
1. Perbandingan Hukum Sebagai Metode	11
2. Perbandingan Hukum Sebagai Ilmu	15
D. Tujuan dan Manfaat Perbandingan Hukum	17
E. Lingkup Perbandingan Hukum	21
F. Penyebab adanya Persamaan dan Perbedaan Dalam Sistem Hukum.....	23
G. Sejarah Singkat Perbandingan Hukum	31
1. Sebelum Abad 19.....	31
2. Abad 19.....	32
3. Akhir Abad 19/ Awal Abad 20	34
4. Masa sekarang.....	36

BAB II

KELUARGA HUKUM	39
A. Pengertian Keluarga Hukum	39
B. Tolok Ukur Pembagian Keluarga Hukum	39
C. Pembagian Keluarga Hukum.....	41
D. Keluarga Hukum Yang Besar	43
1. Hukum Civil Law/ /Romawi Jermania/Eropa Kontinental	43
2. Hukum Common Law/Anglo Saxon/Anglo American	45
3. Hukum Sosialis	47
4. Hukum Agama/Kepercayaan.....	48
5. Hukum Adat	48
E. Sejarah Singkat Pertumbuhan Hukum Civil Law/ Romawi Jerman/ Eropa Kontinental dan Hukum Common Law/Anglo Saxon/Anglo American, serta Hukum Adat	54
1. Hukum Civil Law/Romawi Jerman/Eropa Kontinental	54
2. Hukum Common Law/Anglo Saxon/Anglo American.....	64
a. Sebelum Penaklukan Oleh Bangsa Normandia Di Tahun 1066.	64
b. Masa Pembentukan Common Law Dari Tahun 1066 Sampai ke Penggabungan Tudors Tahun 1485.....	65
c. Masa Pengembangan “Kaidah Equity” Dari Tahun 1485 Sampai 1832.	67
d. Periode Modern Common Law Dari Tahun 1832 Sampai Sekarang.....	70

3. Hukum Adat.....	74
a. Sejarah Perkembangan Ilmu Hukum Adat.....	75
b. Sejarah Politik Hukum Adat.....	99
1. Masa Kompeni (VOC);	99
2. Masa Pemerintahan Gubernur Jenderal Daendels (1808-1811);	102
3. Masa Pemerintahan Inggris: Letnan Gubernur Raffles (1811-1816);.....	104
4. Masa 1816-1848;	106
5. Masa 1848-1928;.....	108
6. Masa 1928-1945;.....	111
7. Masa 1945 sampai sekarang.	112

BAB III

KARAKTERISTIK KELUARGA HUKUM *CIVIL LAW*

DAN *COMMON LAW* SERTA HUKUM ADAT 123

A. Karakteristik Civil Law/Romawi Jerman/Eropa

Kontinental 123

B. Karakteristik Common Law/Anglo

Saxon/Anglo American..... 137

C. Karakteristik Hukum Adat 152

DAFTAR PUSTAKA..... 189

TENTANG PENULIS 195

DAFTAR SKEMA

SKEMA I

Pembagian Ilmu Hukum 16

SKEMA II

Keluarga Hukum Civil Law/Romawi Germania/
Eropa Kontinental..... 136

SKEMA III

Keluarga Hukum Common Law/ Anglo Saxon/
Anglo American..... 151

BAB I

ISTILAH, PENDAPAT, KEDUDUKAN, TUJUAN DAN MANFAAT, LINGKUP, DAN SEJARAH SINGKAT PERBANDINGAN HUKUM

A. Istilah Perbandingan Hukum

Istilah Perbandingan Hukum, dalam bahasa Inggris disebut *Comparative Law*, dalam bahasa Jerman disebut *Rechtsvergleichung* atau *Vergeleichende Rechtslehre*, dalam bahasa Belanda disebut *Rechtsvergelijking*, dan dalam bahasa Perancis disebut *Droit Compare*.¹

B. Pendapat Tentang Perbandingan Hukum

Menurut **Adolf F. Schnitzer** dalam bukunya *Vergleichende Rechtslehre* (1945) : *Die Vergleichung hat sich als besonderer Zweig in Rechtswissenschaft ers im XIX Jahrhundert entwickelt* (Perbandingan itu baru pada abad ke 19 berkembang sebagai cabang khusus dari ilmu hukum).² Lebih lanjut disebutkan pula olehnya bahwa untuk sampai pada hal tersebut harus dicapai tingkatan tertentu lebih dulu dalam berfikir pada umumnya dan dalam pemikiran di bidang hukum pada khususnya.³

Rudolf B. Schlesinger dalam bukunya *Comparative Law*

1 Soedarto, *Perbandingan Hukum Pidana (Hukum Pidana Inggris)*, catatan kuliah, dikeluarkan oleh Badan Penyediaan Bahan Kuliah Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1981, h. 1.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

(1959) menyatakan bahwa: *Comparative Law* merupakan metode penyelidikan dengan tujuan untuk memperoleh pengetahuan yang lebih dalam tentang bahan hukum tertentu.⁴ Selanjutnya dikatakannya bahwa: “*Comparative Law*” bukanlah suatu perangkat dan azas-azas hukum, bukan suatu cabang hukum (*is not a body of rules and principle*). Lebih jauh dikatakan pula bahwa: *Comparative Law is the technique of dealing with actual foreign law element of a legal problem* (suatu cara menggarap unsur asing yang aktual dalam suatu masalah hukum).⁵

Dalam bukunya “*Comparative Law*” (1949), **Gutteridge** menyatakan bahwa: perbandingan hukum tidak lain daripada suatu metoda, yaitu metoda perbandingan yang dapat dipergunakan dalam semua cabang hukum (hukum tata negara, hukum pidana dan hukum perdata).⁶

Pendapat yang lain tentang Perbandingan Hukum dikemukakan oleh **Ole Lando** dalam bukunya “*The Contribution of Comparative Law to Law Reform by International Organizations*,” (1977) sebagaimana dikutip **Soerjono Soekanto** yang menyebutkan bahwa: “*Comparative Law is the national legal system and their comparison.*”⁷ Pada bagian lain tulisannya itu Ole Lando mengatakan bahwa perbandingan hukum mencakup “*analysis and a comparison of the law.*”⁸

Sementara itu **George Winterton** dalam bukunya yang

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 Romli Atmasasmita, *Asas-Asas Perbandingan Hukum Pidana*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1989, h. 20.

7 Soerjono Soekanto, *Perbandingan Hukum*, Alumni, Bandung, 1979, h. 26.

8 *Ibid.*

berjudul “Comparative Law Teaching” (1975) sebagaimana dikutip **Romli Atmasasmita**, mengemukakan bahwa “Comparative Law” adalah suatu metode yang membandingkan sistem-sistem hukum dan perbandingan tersebut menghasilkan data sistem hukum yang diperbandingkan.⁹

Hessel E. Yntema mengemukakan bahwa: “Comparative law is simply another name for legal science and an integral part of the more comprehensive universal of social science, or like other branches of science it has a universal humanistic outlook: it contemplates that while technique may vary, the problem of justice are basically the same in time and space throughout the world.”¹⁰

Pengertian perbandingan hukum dirumuskan oleh **A.E. Orucu** dalam bukunya “Method and Object of Comparative Law” yakni perbandingan hukum atau comparative law: “ a legal discipline aiming at ascertaining similarities and differences and finding out relationships between various legal system, their essence and style, looking at comparable legal institution and concepts and trying to determine solution to certain problems in these systems with a definite goal in mind, such as law reform, unification etc.” (terjemahan Romli Atmasasmita: “perbandingan hukum merupakan suatu disiplin hukum yang bertujuan menemukan persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan serta menemukan pula hubungan-hubungan erat antara pelbagai sistem-sistem hukum, melihat perbandingan lembaga-lembaga hukum dan konsep-konsep

9 Romli Atmasasmita, *Op.Cit*, h. 19.

10 *Ibid.* h. 19-20.

serta mencoba menentukan suatu penyelesaian atas masalah-masalah tertentu dalam sistem-sistem hukum dimaksud, dengan tujuan seperti pembaharuan hukum, unifikasi, dan lain-lain”).¹¹

Rumusan pengertian perbandingan hukum juga diberikan oleh **Konrad Zweigert** dan **Heinz Kotz**. Dalam bukunya yang berjudul “Einführung in die Rechtsvergleichung auf den Gebiete des Privatrechts” (1969), pengertian perbandingan hukum dirumuskan sebagai berikut: “the comparison of the spirit and style of different legal system or of comparable legal institutions or of the solution of comparable legal problems in different system” (terjemahan Romli Atmasasmita: “perbandingan atas jiwa dan gaya atau dinamika pelbagai sistem hukum yang berbeda-beda atau lembaga-lembaga hukum yang dapat diperbandingkan atau penyelesaian masalah-masalah hukum yang dapat diperbandingkan dalam sistem-sistem hukum yang berbeda-beda”).¹²

Dengan menggunakan pendekatan hukum sebagai gejala kemasyarakatan, **L.J. van Apeldoorn** dalam bukunya berjudul “Inleiding tot de Studie van het Nederlandsch Recht” (1966) mengemukakan bahwa: “Ilmu-ilmu hukum juga bertujuan untuk menjelaskan hubungan antara gejala-gejala hukum dengan gejala sosial lainnya. Untuk mencapai tujuannya, maka dipergunakan metode sosiologis, sejarah dan perbandingan hukum.”¹³

Menurut **W.L.G. Lemaire** dalam bukunya “Het Recht in Indonesie” (1952): “Di dalam ilmu-ilmu hukum,

11 *Ibid.*, h. 25.

12 *Ibid.*, h. 24.

13 Soerjono Soekanto, *Op.Cit.*, h. 26.

perbandingan hukum sebagai suatu cabang ilmu pengetahuan (yang juga mempergunakan metode perbandingan), antara lain mempunyai ruang lingkup, sebagai berikut: “(De inhoud der) rechtsnormen, hun overeenkomstigheig en hun verschillende – oorzaken van van een en ander – hun gemeenschappelijke origine...” (terjemahan Soerjono Soekanto: (“Isi dari) kaedah-kaedah hukum, persamaan dan perbedaannya – sebab-sebabnya – dasar kemasyarakatannya”).¹⁴

Sudarto mengemukakan bahwa berdasarkan pendapat **Adolf F. Schnitzer** dan **Rudolf D. Schlesinger** yang telah disebutkan di atas, maka menurutnya istilah yang paling tepat untuk digunakan adalah perbandingan hukum dan bukan hukum perbandingan.¹⁵ Pada bagian lain tulisannya, **Soedarto** menegaskan kembali bahwa perbandingan hukum adalah merupakan cabang dari ilmu hukum, dan oleh karena itu lebih tepat menggunakan istilah “Perbandingan Hukum” daripada istilah “Hukum Perbandingan.”¹⁶

Dalam bukunya yang berjudul “Perbandingan Hukum” (1979), **Soerjono Soekanto** menjelaskan pembagian ilmu hukum sebagai ilmu pengetahuan yang majemuk, yang terdiri atas ilmu kenyataan (“*taatsachenwissenschaft*” atau “*seinwissenschaft*”) dan ilmu kaedah dan ilmu pengertian (“*normwissenschaft*” atau “*sollenwissenschaft*”). Ilmu kenyataan mencakup sosiologi hukum, antropologi hukum, psikologi hukum, sejarah hukum, dan perbandingan hukum.¹⁷

14 *Ibid.*, h. 14.

15 Soedarto, *Loc.Cit.*

16 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 21.

17 Soerjono Soekanto, *Op.Cit.*, h.9.

Menurut **Sunaryati Hartono** dalam bukunya “*Capita Selecta Perbandingan Hukum*” (1982), menyatakan: “Perbandingan hukum adalah suatu metode penyelidikan, bukan suatu cabang ilmu hukum, sebagaimana seringkali menjadi anggapan sementara orang.”¹⁸ Namun demikian pada bagian lain tulisannya ia menjelaskan:¹⁹

Dari pengalaman saya semenjak tahun 1960 ternyata, bahwa Perbandingan Hukum itu memang terutama suatu metode penelitian, yang dapat digunakan untuk tujuan praktis, tetapi juga untuk pengembangan Ilmu Hukum secara teoritis. Akan tetapi sebagaimana juga lain-lain *metode penelitian*, Perbandingan Hukum itu harus dilakukan dengan cara-cara dan landasan-landasan pemikiran yang tertentu, sehingga akhirnya memang timbul suatu *disiplin hukum* yang mandiri.

Lebih lanjut **Sunaryati Hartono** menjelaskan bahwa:²⁰

“Jika kita sudah lama menggunakan metode perbandingan hukum, yaitu dibidang Hukum Antar Golongan. Tetapi kini perbandingan hukum tidak hanya dipakai dalam bidang-bidang ilmu hukum yang menyangkut lebih dari satu sistim hukum seperti Hukum Perdata Internasional dan Hukum Antar Golongan. Sebab kini metode perbandingan hukum juga dipakai dalam pembahasan hukum pidana, hukum konstitusional, hukum perburuhan, hukum tanah, hukum internasional; pendeknya kini metode perbandingan hukum telah dipakai disegala bidang

18 Sunaryati Hartono, *Capita Selecta Perbandingan Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, h.1.

19 *Ibid.*, h. 26.

20 *Ibid.*, h. 2-3.

hukum untuk memperluas pengetahuan hukum kita.”

Subekti dalam bukunya “Perbandingan Hukum Perdata” mengemukakan: “Dalam mempelajari perbandingan hukum, kita tidak semata-mata ingin mengetahui perbedaan-perbedaan itu, tetapi yang penting adalah untuk mengetahui sebab-sebab adanya perbedaan-perbedaan tersebut. Untuk itu kita perlu mengetahui latar belakang dari peraturan-peraturan hukum yang kita jumpai.”²¹ Lebih lanjut ia menjelaskan persamaan-persamaan yang terdapat dalam berbagai sistem hukum, seperti dalam hukum waris dan masalah itikad baik, yang pada akhirnya ia mengatakan: “Oleh karena peraturan hukum merupakan refleksi dari pada keadaan masyarakat, maka pelajaran perbandingan hukum itu mempunyai banyak persamaan dengan apa yang dinamakan sosiologi hukum.”²²

Dengan mengutip pendapat Gutteridge, **Sardjono** mengemukakan: “Pengertian hukum seperti halnya dalam perkataan hukum dagang atau hukum pidana berarti satu kumpulan norma-norma yang mengatur tingkah laku manusia dalam masyarakat. Perbandingan hukum bukanlah hukum dalam arti demikian. Pada hakekatnya perbandingan hukum merupakan suatu metode penelitian yang dilakukan dengan jalan membandingkan sistem hukum yang satu dengan sistem hukum yang lain.”²³ Pada bagian lain tulisannya disebutkan pula:²⁴

21 Subekti, *Perbandingan Hukum Perdata*, Pradya Paramita, Jakarta, 1983, h. 8.

22 *Ibid.*

23 Sardjono, *Materi Kuliah Perbandingan Hukum Perdata*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1985, h. 1.

24 *Ibid.*, h. 2.

Perbandingan hukum sebagai ilmu pengetahuan disamping meneliti ada/tidaknya persamaan atau perbedaan juga menyelidiki sebab-sebabnya, yang menjadi back ground dari pada persamaan atau perbedaan-perbedaan tersebut, pengetahuan akan back ground yang dimaksud akan memberikan kepada kita pengertian yang lebih mendalam dan lebih luas mengenai intisari, perkembangan suatu sistem hukum tertentu beserta lembaga-lembaga hukumnya.

Sudargo Gautama dalam bukunya “Hukum Perdata Internasional Indonesia” jilid 1 cetakan ke 4 (1979), mengemukakan pandangannya tentang hubungan antara Hukum Perdata Internasional dengan Perbandingan Hukum. Menurutnya antara Hukum Perdata Internasional dan Perbandingan Hukum (*Rechtvergleichung, Comparative Law, Rechtsvergelijking*) terdapat hubungan tertentu. Hubungan kedua cabang ilmu hukum ini adalah penting. Hukum Perdata Internasional hanya dapat bekerja dengan baik bilamana disertai dan dibantu oleh Perbandingan Hukum.²⁵ Pada bagian lain tulisannya tersebut, dikemukakan pula perbedaan antara Hukum Perdata Internasional (HPI) dan Perbandingan Hukum, yang sekaligus memperlihatkan lingkup perbandingan hukum, sebagai berikut:²⁶

- a. HPI hanya berkenaan dengan hal-hal hukum perdata dan dari bidang hukum perdata pun HPI ini hanya memperhatikan bagian yang memperlihatkan unsur-unsur asing. Tidak demikian dengan Perbandingan

25 Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid 1 cetakan ke 4, Alumni, Bandung, 1979, h. 93.

26 *Ibid.*, h. 93-94.

Hukum. Bahan pembahasan dari Perbandingan Hukum ini setiap hubungan hukum. Baik hubungan-hubungan hukum publik maupun hubungan-hubungan hukum perdata dapat dijadikan bahan perbandingan. Juga dapat dijadikan bahan perbandingan baik hukum nasional maupun hukum internasional dari pada negara-negara bersangkutan.

- b. Perbandingan Hukum tidak mempunyai tugas untuk memilih hukum yang harus diperlakukan (choice of law) seperti HPI. Perbandingan Hukum bukanlah “Rechtstoepassingsrecht,” hanya membandingkan antara stelsel hukum dari berbagai negara.

Satjipto Rahardjo dalam bukunya “Ilmu Hukum” (1986) menjelaskan penggunaan studi yang bersifat perbandingan pada anthropologi hukum, sosiologi hukum, maupun perbandingan hukum. Menurut Satjipto Rahardjo, perbandingan hukum merupakan kegiatan dalam arti membanding-bandingkan *sistem hukum positif* dari bangsa yang satu dengan bangsa yang lain.²⁷ Lebih lanjut ia mengatakan di samping perbandingan hukum dapat dilakukan terhadap sistem-sistem hukum yang berasal dari negara yang berlain-lainan, perbandingan juga dapat dilakukan di dalam satu negara saja, khususnya suatu negara yang hukumnya bersifat majemuk. Bahkan menurutnya perbandingan dapat pula dilakukan terhadap sistem-sistem hukum yang mempunyai taraf kepositipan yang berbeda, seperti antara hukum negara dan hukum di sektor swasta (dalam lingkungan perusahaan).²⁸

27 Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1986, h. 330.

28 *Ibid.*, h. 131-132.

Dalam bukunya “Asas-Asas Perbandingan Hukum Pidana,” **Romli Atmasasmita** ketika berbicara tentang perbandingan hukum secara umum dan secara khusus perbandingan hukum pidana, mengemukakan bahwa titik berat pembahasan adalah dari segi perbandingannya, bukan dari sudut segi hukumnya dalam arti mempelajari hukum pidana dari sudut perbandingan. Oleh karena itu menurut Romli Atmasasmita, pengertian istilah “Perbandingan hukum pidana” atau “Comparative Law” adalah merupakan suatu ilmu pengetahuan yang mempelajari secara sistematis tentang hukum pidana dari dua atau lebih sistem Hukum dengan mempergunakan metoda perbandingan.²⁹

C. Perbandingan Hukum Sebagai Metode dan Ilmu

Dari beberapa pendapat tentang Perbandingan Hukum sebagaimana telah dikemukakan di atas, maka terlihat perbedaan sudut pandang dalam melihat Perbandingan Hukum. Ada yang melihat Perbandingan Hukum hanya sebagai metode penelitian saja. Di samping itu ada pula yang melihatnya sebagai suatu bidang Ilmu Hukum. Dikalangan para ahli hukum sendiri sering mempertanyakan kedudukan perbandingan hukum itu apakah “Comparative Law” merupakan suatu teori metoda atau “method theory” atau merupakan “the social science theory.”³⁰ Para penganut teori metoda melihat perbandingan hukum atau “Comparative Law” merupakan metoda umum dari suatu perbandingan dan penelitian perbandingan yang dapat

29 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h.21-22.

30 *Ibid.*, h. 20.

diterapkan dalam bidang hukum.³¹ Menurut Sunaryati Hartono, pada umumnya terdapat dua paham tentang Perbandingan Hukum, ada yang menganggapnya sebagai suatu metode penelitian belaka, seperti **Gutteridge** dan kebanyakan sarjana hukum Anglo-Amerika. Tetapi ada juga yang menganggapnya sebagai suatu bidang Ilmu Hukum yang mandiri.³² Di samping **Gutteridge**, yang termasuk berpandangan Perbandingan Hukum merupakan metode penelitian saja antara lain adalah **Rudof B. Schlesinger**, **George Winterton**. Sedangkan yang berpandangan Perbandingan Hukum merupakan suatu bidang Ilmu Hukum antara lain adalah **Adolf F. Schnitzer**, **L.J. van Apeldoorn**, **W.L.G. Lemaire** Dari Indonesia umumnya berpandangan perbandingan hukum merupakan suatu bidang ilmu hukum seperti antara lain adalah **Soedarto**, **Satjipto Rahardjo** dan **Romli Atmasasmita**. Di samping kedua pandangan tersebut, sebenarnya ada juga yang berpandangan Perbandingan Hukum merupakan metode penelitian dan sekaligus juga bidang Ilmu Hukum, seperti pandangan **Sunaryati Hartono** dan **Soerjono Soekanto**.

1. Perbandingan Hukum Sebagai Metode

Menurut **Soerjono Soekanto**, secara sederhana perbandingan diartikan sebagai suatu kegiatan untuk mengadakan identifikasi terhadap persamaan dan/atau perbedaan antara dua gejala tertentu atau lebih.³³ **Romli Atmasasmita** berpendapat bahwa: “secara sosiologis dapat

31 *Ibid.*

32 Sunaryati Hartono, *Loc.Cit.*

33 Soerjono Soekanto, *Op.Cit.*, h. 10

dikatakan bahwa “Perbandingan” adalah suatu kegiatan untuk mengadakan identifikasi terhadap persamaan atau perbedaan antara dua gejala (sosial) tertentu atau lebih.”³⁴ Pendapat serupa dikemukakan **Sunaryati Hartono**, menurutnya membanding-bandingkan berarti mencari persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan dari dua obyek atau lebih.³⁵ Lebih lanjut **Sunaryati Hartono** menjelaskan, bahwa: “Jika terdapat titik persamaan barulah akan dapat dicari perbedaan-perbedaannya. Mencari titik-titik persamaan dinamakan *menggolongkan dalam genus*. Kalau dua hal sudah ditentukan termasuk dalam genus yang sama barulah dapat dicari perbedaan-perbedaannya yang ada antara kedua hal yang dibandingkan itu untuk *digolongkan dalam species*.”³⁶ Menurutnya di dalam lapangan hukum mencari golongan genus dan species ini disebut mencari kualifikasi atau *klasifikasi*.³⁷

Mengenai objek perbandingan hukum, para ahli hukum berbeda pandangan. Ada pandangan yang menganggap perbandingan antara hukum dan lembaga-lembaga hukum dari berbagai negara yang masih dalam satu sistem atau keluarga hukum yang sama termasuk ke dalam objek kajian perbandingan hukum, seperti yang dikemukakan oleh **Gutteridge** bahwa: “perbandingan sistem-sistem hukum dari dunia “Common Law” adalah merupakan subjek pembahasan suatu “Comparative Law.” Sebaliknya **Schlessinger** berpandangan bahwa: “karena “Common Law” pada hakekatnya sama dimana-mana (di

34 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 19.

35 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 6.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

negara penganut “Common Law”), maka perbandingan antara sistem hukum “Common Law” di negara-negara penganutnya yang berbeda-beda bukan merupakan perbandingan hukum.”³⁸ Demikian pula pandangan yang melihat studi perbandingan hukum tidak lain adalah studi tentang hukum asing, karena beranjak dari pemahaman bahwa studi perbandingan hukum dilakukan melalui cara mempelajari hukum di luar hukum yang berlaku bagi pelaku studi tersebut. Menurut **Satjipto Rahardjo**, mengumpulkan bahan-bahan yang berasal dari hukum asing tidak sama dengan melakukan perbandingan hukum.³⁹ Lebih lanjut ia mengemukakan bahwa untuk dapat dikatakan terjadi studi perbandingan hukum, jika bahan-bahan yang dikumpulkan dari hukum asing itu mengarah kepada keinginan tertentu antara lain seperti:⁴⁰

1. Menunjukkan perbedaan dan persamaan yang ada di antara sistem hukum atau bidang-bidang hukum yang dipelajari.
2. Menjelaskan mengapa terjadi persamaan atau perbedaan yang demikian itu, faktor-faktor apa yang menyebabkannya.
3. Memberikan penilaian terhadap masing-masing sistem yang digunakan.
4. Memikirkan kemungkinan-kemungkinan apa yang bisa ditarik sebagai kelanjutan dari hasil-hasil studi perbandingan yang telah dilakukan. Misalnya saja orang bisa mengajukan gagasan tentang adanya suatu *Universalrechtsgeschiehte*, suatu sejarah hukum yang

38 . Romli Atmasasmita, *Loc. Cit*

39 Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.*, h. 331.

40 *Ibid.*

bersifat universal (Lemaire, 1952:30).

5. Merumuskan kecenderungan-kecenderungan yang umum pada perkembangan hukum, termasuk di dalamnya irama dan keteraturan yang dapat dilihat pada perkembangan hukum tersebut.
6. Salah satu segi yang penting dari studi perbandingan ini adalah kemungkinan untuk menemukan azas-azas umum yang didapat sebagai hasil dari pelacakan yang dilakukan dengan cara membandingkan tersebut.

Sunaryati Hartono mengemukakan, di samping sebagai suatu metode penelitian, perbandingan hukum juga dapat dipandang sebagai suatu *metode pendidikan hukum*.⁴¹ Melalui dan menggunakan metode pendidikan Perbandingan Hukum dapat menjelaskan:⁴²

- a. mengapa berbagai macam sistem hukum masih juga mungkin menunjukkan persamaan-persamaan;
- b. hal-hal apa yang (mungkin) menyebabkan persamaan dan/atau perbedaan dalam dua sistem hukum yang berlainan;
- c. bahwa di dalam sistem hukum yang sama pun akan dapat ditemukan perbedaan-perbedaan setempat;
- d. bahwa suatu sistem hukum tidak selamanya menunjukkan ciri-ciri yang sama, akan tetapi mungkin saja mengalami perubahan fundamental dari masa ke masa;
- e. bahwa cara untuk menyelesaikan satu masalah hukum yang sama ada bermacam-macam, sehingga di dalam Hukum tidak berlaku dalil satu jawaban untuk satu

41 Sunaryati Hartono, *Loc.Cit.*

42 *Ibid.*

- masalah/pertanyaan;
- f. bahwa tidak mungkin orang menyusun suatu sistem hukum yang sempurna, yang akan berlaku untuk selama-lamanya;
 - g. dan lain-lain.

2. Perbandingan Hukum Sebagai Ilmu

Disiplin Hukum yang diartikan sebagai suatu sistem ajaran tentang hukum, memandang hukum sebagai norma dalam arti melihat hukum sebagai sesuatu yang dicitakan, dan memandang hukum sebagai kenyataan (perilaku atau sikap tindak) dalam arti melihat hukum sebagai suatu realitas.⁴³ Salah satu segi dalam disiplin hukum tersebut mencakup ilmu hukum, yang menurut **Soerjono Soekanto** memiliki tiga ragam di dalamnya, yaitu ilmu hukum tentang kaidah hukum, ilmu tentang pengertian pokok dalam hukum, yang masuk dalam Dogmatik Hukum, dan ilmu tentang kenyataan hukum. Ilmu kaedah dan ilmu pengertian ini termasuk dalam lingkup yang dinamakan “*normwissenschaft*” atau “*sollenwissenschaft*” sedangkan Ilmu kenyataan (“*tatsachenwissenschaft*” atau “*seinwissenschaft*”) terdiri dari, sosiologi hukum, antropologi hukum, psikologi hukum, sejarah hukum, dan perbandingan hukum.⁴⁴ Untuk jelasnya kedudukan Perbandingan Hukum dalam Disiplin Hukum dapat dilihat pada skema dari **Soerjono Soekanto** berikut ini:⁴⁵

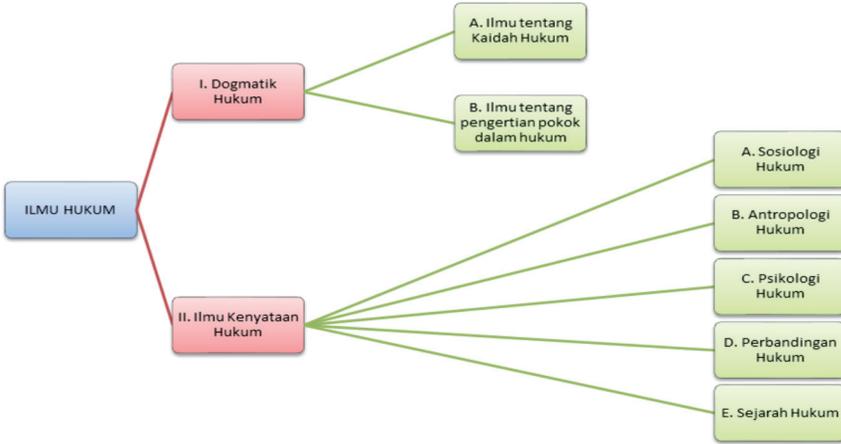
43 Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif*, Rajawali, Jakarta, 1985, h. 2.

44 *Ibid.*, h. 3.

45 *Ibid.*, h. 5.

SKEMA I

Pembagian Ilmu Hukum



Van Apeldoorn mengemukakan tentang ilmu pengetahuan perbandingan hukum dengan menyatakan bahwa: “ Hukum berbeda menurut tempat dan waktu, akan tetapi tak ada hukum sesuatu waktu, sesuatu bangsa atau sesuatu negara yang berdiri sendiri. Perbandingan hukum menyatakan, bahwa di samping perbedaan banyak juga terdapat persamaan antara hukum pelbagai bangsa. Ilmu pengetahuan perbandingan hukum, tentunya tak puas dengan pencatatan belaka dari perbedaan dan persamaan, melainkan juga mencari keterangannya.”⁴⁶

Menurut **Purnadi Purbacaraka** dan **Soerjono Soekanto** Perbandingan Hukum merupakan cabang ilmu pengetahuan yang memperbandingkan sistim-sistim hukum yang berlaku di dalam satu atau beberapa masyarakat.⁴⁷ **Kusumadi Pudjosewojo** menjelaskan tentang ilmu pengetahuan per-

46 L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, h. 434.

47 Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, h. 11.

bandingan hukum yang menunjukkan persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan dalam tata-hukum-tata-hukum bangsa-bangsa di dunia.⁴⁸

D. Tujuan dan Manfaat Perbandingan Hukum

Menurut **Romli Atmasasmita**, tujuan perbandingan hukum dapat dibedakan berdasarkan asal usul dan perkembangannya.⁴⁹ Di lihat dari sudut teori hukum alam, tujuan perbandingan hukum adalah membandingkan sistem-sistem hukum untuk dapat melihat persamaan dan perbedaannya dalam rangka mengembangkan hukum alam itu sendiri. Namun jika dilihat dari sudut pragmatis, tujuan perbandingan hukum adalah tidak semata-mata mencari persamaan dan perbedaan, namun lebih kepada mengadakan pembaharuan hukum. Di samping itu dilihat dari segi fungsional, maka perbandingan hukum bertujuan untuk menemukan jawaban atas problem-problem hukum yang nyata dan sama.⁵⁰

Atas dasar ketiga sudut pandang tujuan pengajaran perbandingan hukum tersebut yang telah diuraikannya diatas, maka **Romli Atmasasmita** merinci lebih lanjut tujuan perbandingan hukum, yaitu:⁵¹

1. Tujuan praktis

Tujuan yang bersifat praktis sangat bermanfaat

48 Kusumadi Pudjosewojo, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1983, h. 14-15.

49 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 28.

50 *Ibid.*, h. 28-29

51 *Ibid.*, h. 29-31.

untuk para ahli hukum yang menangani perjanjian-perjanjian internasional.

2. Tujuan sosiologis

Tujuan yang bersifat sosiologis adalah mengobservasi suatu ilmu hukum secara umum; ia menyelidiki hukum dalam arti ilmu pengetahuan. Perbandingan hukum oleh ahli sosiologi hukum pada dewasa ini dipergunakan sebagai metoda untuk mempelajari dan mendalami sistem-sistem hukum di dunia dengan maksud membangun asas-asas umum sehubungan dengan peranan hukum dalam masyarakat.

3. Tujuan politis

Tujuan yang bersifat politis dari perbandingan hukum dimaksud adalah mempelajari perbandingan hukum untuk mempertahankan "status quo". Tujuan yang bersifat politis tidak ada sama sekali menyangkut tujuan untuk mengadakan perubahan-perubahan mendasar pada negara-negara yang sedang berkembang.

4. Tujuan pedagogis

Tujuan yang bersifat pedagogis dari perbandingan hukum dimaksud adalah:

1. untuk memperluas wawasan mahasiswa sehingga mereka dapat berpikir secara "interdisiplin";
2. untuk memperoleh input bagi pembaharuan dan pembentukan Hukum Nasional di masa yang akan datang.

Di samping tujuan yang telah disebutkan di atas ini, **Romli Atmasasmita** dengan mengutip pendapat beberapa pakar asing (**March, Merryman, Kozolchyk, Yntema,**

Schlessinger. A.E. Orucu) mengemukakan tujuan studi analisis perbandingan hukum sebagai berikut:⁵²

1. Pembaharuan hukum dan pengembangan kebijakan-kebijakan atau law reform and developing policy;
2. Sebagai sarana penelitian untuk mencapai suatu teori hukum yang bersifat universal atau a tool research to reach of universal theory of law;
3. Sebagai bantuan untuk praktek dalam hubungan internasional atau an aid to international practice of the law;
4. Unifikasi dan harmonisasi (hukum) atau international and harmonization – common core research;
5. Suatu alat bantu dalam peradilan atau a gap filling device in law courts.

Sunaryati Hartono mengatakan, membanding-bandingkan hukum dimaksudkan untuk keperluan atau kebutuhan ilmiah dan untuk keperluan atau kebutuhan praktis. Untuk kebutuhan ilmiah, dengan membanding-bandingkan berbagai-bagai sistem hukum, maka akan terpenuhi kebutuhan dalam mendapatkan persamaan dan perbedaan. Dengan demikian pengetahuan tentang hukum dan lembaga-lembaga dalam sistem-sistem hukum yang dibandingkan itu akan semakin luas.⁵³ Sedangkan untuk kebutuhan praktis, perbandingan hukum:⁵⁴

- a. membantu pembentukan hukum nasional dalam arti seluas-luasnya;
- b. membantu pembuatan perjanjian-perjanjian internasional dan perjanjian-perjanjian dibidang hukum per-

52 *Ibid.*, h. 31.

53 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 3-4.

54 *Ibid.*, h. 7-19.

data internasional;

- c. perbandingan hukum itu dapat pula menghindari persengketaan dan salah faham internasional.

Mengenai manfaat atau kegunaan mempelajari perbandingan hukum, **Soedarto** mengemukakan manfaat yang bersifat umum dari mempelajari hukum asing adalah:⁵⁵

- a. memberi kepuasan bagi orang yang berhasrat ingin tahu yang bersifat ilmiah;
- b. memperdalam pengertian tentang pranata masyarakat dan kebudayaan sendiri;
- c. membawa sikap kritis terhadap sistem hukum sendiri.

Pada bagian lain tulisannya, **Soedarto** mengungkapkan kegunaan mempelajari perbandingan hukum sebagai berikut:⁵⁶

1. Unifikasi hukum.
2. Harmonisasi hukum.
3. Mencegah adanya chauvinisme hukum nasional (secara negatif) dan menempuh kerja sama internasional (secara positif).
4. Memahami hukum asing (contoh, pasal 5 ayat 1 sub ke 2 KUHP).
5. Untuk pembaharuan hukum nasional.

Pendapat yang tidak jauh berbeda tentang kegunaan perbandingan hukum disampaikan oleh **Tahir Tungadi**, dalam makalahnya “Apakah Pentingnya Mempelajari Perbandingan Hukum,” mengemukakan kegunaan perbandingan hukum adalah:⁵⁷

55 Soedarto, *Op.Cit.*, h. 3-4.

56 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 34.

57 Tahir Tungadi, “*Apakah Pentingnya Mempelajari Perbandingan Hukum*,”

- a. Unifikasi hukum
- b. Harmonisasi hukum
- c. Pembaharuan hukum
- d. Penentuan azas-azas umum dari pada hukum
- e. Ilmu bantu Hukum Perdata Internasional
- f. Pendidikan penasehat yuridis.

E. Lingkup Perbandingan Hukum

Soerjono Soekanto membagi cabang-cabang perbandingan hukum menjadi:⁵⁸

1. Descriptive comparative law

Descriptive comparative law merupakan suatu studi yang bertujuan untuk mengumpulkan bahan-bahan tentang sistem hukum pelbagai masyarakat (atau bagian masyarakat), dengan penekanan pada analisis deskriptif yang didasarkan pada lembaga-lembaga hukum.

2. Comparative history of law

Comparative history of law berkaitan erat dengan sejarah hukum, sosiologi hukum, antropologi hukum dan filsafat hukum. Dengan mengutip **Edouard Lambert**, menurut Soerjono Soekanto ruang lingkup comparative history of law adalah: “...to bring out through the establishment of a universal history of law the rhythms or natural laws of the succession of social phenomena which direct the evolution of legal institutions.”

3. Comparative legislation atau comparative jurisprudence

makalah tanpa tahun.

58 Soerjono Soekanto, *Perbandingan Hukum*, Op.Cit., h. 52-53.

Juga dengan mengutip **Edouard Lambert**, Soerjono Soekanto mengemukakan, Comparative legislation atau comparative jurisprudence bertitik tolak pada: “...the effort to define the common trunk on which present national doctrines of law are destined to graft themselves as a result both of the development of the study of law as a social science and of the awakening of an international legal consciousness.”

Sardjono membagi lingkup perbandingan hukum atas:

1. Perbandingan Hukum Umum dan Perbandingan Hukum Khusus.⁵⁹

Perbandingan Hukum Umum: membandingkan sistem hukum (secara keseluruhan) yang satu dengan sistem hukum (secara keseluruhan) yang lain;

Perbandingan Hukum Khusus: membandingkan lembaga hukum (legal institution) dari sistem hukum yang satu dengan lembaga hukum yang kurang lebih sama dari sistem hukum yang lain.

2. Perbandingan Hukum Horisontal dan Perbandingan Hukum Vertikal.⁶⁰

Perbandingan Hukum Horisontal: membandingkan sistem hukum (secara keseluruhan) atau lembaga hukum dari satu sistem hukum yang satu dengan sistem hukum (secara keseluruhan) atau lembaga hukum dari sistem hukum yang lain dalam kurun waktu yang sama;

Perbandingan Hukum Vertikal: membandingkan keadaan sistem hukum atau lembaga hukum tertentu

59 Sardjono, *Loc.Cit.*

60 *Ibid.*, h. 2.

pada masa tertentu dengan keadaan sistem hukum atau lembaga hukum tersebut pada suatu masa yang lain (dalam kurun waktu yang berbeda).

3. **Descriptive Comparative Law dan Applied Comparative Law.**⁶¹

Descriptive Comparative Law: mengumpulkan dan meluruskan atau memberikan ilustrasi deskriptif data tentang sistem-sistem hukum atau lembaga-lembaga hukum yang dibandingkan, mencari persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan tanpa menganalisisnya lebih lanjut;

Applied Comparative Law: mengumpulkan dan melukiskan data tentang sistem-sistem hukum atau lembaga-lembaga hukum yang dibandingkan, mencari persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaannya dan menganalisis lebih lanjut hasil perbandingan deskriptif ini untuk mencapai suatu tujuan atau kepentingan tertentu dalam memecahkan suatu masalah yang dihadapi.

F. Penyebab adanya Persamaan dan Perbedaan Dalam Sistem Hukum

Sebab-sebab adanya **persamaan-persamaan** dalam sistem-sistem hukum di dunia adalah:

1. **Kebutuhan masyarakat yang bersifat universal;**

Menurut **Soebekti**, persamaan-persamaan berbagai hal dalam sistem hukum antara lain disebabkan karena rasa hukum dan keadilan mengenai hal tersebut

61 *Ibid.*, h. 8.

dimana-mana sama. Dicontohkan dalam hukum waris, jika yang meninggal mempunyai anak, maka anak ini menutup ahliwaris-ahliwaris lainnya. Demikian pula, dimana-mana dijumpai peraturan-peraturan yang melindungi orang-orang yang beritikad baik.⁶² **Sardjono** mengemukakan contoh kebutuhan yang bersifat universal itu antara lain yang ditimbulkan oleh sifat kemanusiaan seseorang seperti sifat manusia yang senantiasa membutuhkan orang lain dalam hidupnya, sifat manusia yang ingin hidup terus karena itu akan membela diri terhadap setiap serangan yang dilakukan terhadapnya.⁶³ Hal yang serupa disampaikan pula oleh **Sunaryati Hartono**, bahwa antara dua sistem hukum mungkin terdapat persamaan-persamaan karena adanya kebutuhan yang universal yang disebabkan oleh sifat kemanusiaan (biopsychologis), misalnya: semua orang harus makan; semua orang makan dengan tangan; semua orang ingin hidup terus, dan karenanya akan membela diri apabila diserang; semua orang membutuhkan manusia lain (zoon politikon), dan sebagainya.⁶⁴

2. **Persamaan pola politik dan kebudayaan;**

Adanya pola kebudayaan antar dua negara yang bersamaan, misalnya ada persamaan antara hukum adat Indonesia dengan hukum adat Malaysia karena adanya pola kebudayaan yang sama disebabkan karena seketurunan.⁶⁵ Demikian pula dengan negara-negara

62 Soebekti, *Loc.Cit.*

63 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 4.

64 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 4.

65 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 3.

yang sama pola politiknya, dan negara-negara dengan ideologi yang sama.

3. Adanya pertukaran atau pengoperan kebudayaan antar bangsa;

Pengoperan dapat berupa pengoperan sistem hukum secara keseluruhan, seperti sistem hukum Romawi yang dioper di berbagai negara di Eropa Barat. Code Civil des Francais (disebut juga Code Napoleon) yang banyak memuat unsur-unsur hukum Romawi ini kemudian diberlakukan di Belgia. Demikian pula BW Belanda (dan tentu juga BW yang berlaku di Indonesia) karena bersumber dari Code Civil Perancis, maka banyak terdapat unsur-unsur hukum Romawi.⁶⁶

4. Sejarah pertumbuhan dan perkembangan hukum yang sama;

Persamaan dalam hukum beberapa negara atau dalam sistem hukum juga disebabkan karena sejarah pertumbuhan hukumnya yang sama, seperti antara Hukum Adat dengan hukum Anglo Saxon yang keduanya bersumber pada kebiasaan-kebiasaan dan keputusan kepala adat/hakim.⁶⁷

5. Infiltrasi ketentuan-ketentuan hukum dan/atau lembaga-lembaga hukum dan buah pikiran tentang hukum.

Persamaan-persamaan dalam hukum atau sistem hukum antar negara yang berbeda dapat pula disebabkan karena infiltrasi dari ketentuan-ketentuan hukum, lembaga-lembaga hukum, dan buah pikiran

66 *Ibid.*

67 Sunaryati Hartono, *Loc.Cit.*

tentang hukum dari negara asing ke dalam perundang-undangan, peradilan dan literatur hukum negara tersebut. **Sunaryati Hartono** dengan mengutip **Gustav Radbruch** dalam buku “Der Geist des Englischen Recht” mengemukakan bahwa meski hukum Romawi tidak berlaku di Inggris, tapi banyak pula sarjana-sarjana hukum Inggris yang mempelajari hukum Romawi, dengan maksud agar supaya mereka dapat menemukan jiwa dan ratio dari peraturan hukum tersebut, karena dengan menemukan inti dan kekuasaan dari pada keadilan itu mereka dapat menilai hukumnya sendiri dengan lebih tepat.⁶⁸

6. **Pertautan sejarah;**

Antara dua sistem hukum atau lebih bisa menunjukkan persamaan-persamaan karena pertautan sejarah, misalnya hukum Indonesia karena pertautan sejarah memeperlihatkan persamaannya dengan hukum Belanda. Negara-negara yang pernah dijajah oleh negara-negara dengan sistem hukum Eropa Kontinental maka ada kecenderungan juga menggunakan sistem hukum Eropa Kontinental. Demikian juga negara-negara yang pernah dijajah oleh negara-negara dengan sistem Anglo Saxon, maka juga cenderung mengikuti bersistem hukum Anglo Saxon.

Sebab-sebab adanya **perbedaan-perbedaan** antara sistem-sistem hukum di dunia adalah:

1. **Keadaan tanah, iklim dan suasana;**

Menurut **Sunaryati Hartono**, kebutuhan-kebutuhan

68 *Ibid.*, h. 7.

yang universal (sama) akan menimbulkan cara-cara/peraturan-peraturan yang sama pula, dan sebaliknya kebutuhan-kebutuhan yang khusus, yang berdasarkan pada perbedaan suasana dan sejarah menimbulkan cara-cara yang berbeda pula.⁶⁹ Lebih lanjut ia menjelaskan kebutuhan yang khusus itu disebabkan oleh lingkungan dan suasananya yang khusus, masyarakatnya, jenis kelaminnya, dan lain-lain, sehingga pengaturannya juga menjadi berbeda, seperti keperluan kain wool yang merupakan keperluan utama bagi orang Eropa yang benuanya beriklim dingin, tentu berbeda jika dibandingkan bagi orang Indonesia yang negaranya beriklim tropis. Demikian pula keperluan benda-benda tertentu bagi orang yang tinggal di desa berbeda dengan di kota. Pengaturan mengenai tanah juga berbeda antara negara kepulauan dengan negara daratan, antara negara daratan yang luas dengan negara daratan yang kecil.

2. **Cara berpikir, pandangan hidup, dan karakter suatu bangsa;**

Subekti mengemukakan, cara berpikir, pandangan hidup dan sifat (karakter) suatu bangsa tercermin dalam kebudayaan dan hukumnya.⁷⁰ Menurutnya cara berpikir dan pandangan hidup yang berbeda juga melahirkan pengaturan yang berbeda. Sebagai contoh dikemukakanya perbandingan perbedaan cara berpikir orang Barat dan orang Indonesia. Orang Barat digambarkan berpikir abstrak, analitis, sistematis, sedangkan cara berpikir orang Indonesia digambarkan

⁶⁹ *Ibid.*, h. 2.

⁷⁰ Subekti, *Op.Cit.*, h. 9.

sebagai konkrit dan riil. Sedangkan pandangan hidup orang Barat digambarkan sebagai individualistis, liberal, dan materialistis. Sementara pandangan hidup orang Indonesia digambarkan lebih menutamakan kepentingan keluarga besar dan hidup dalam alam yang meliputi suasana magis-metaphysis.⁷¹ Oleh karena itu terdapat perbedaan antara BW dengan Hukum Adat dalam mengatur yang namanya perjanjian. Dalam Hukum Perdata Barat dibedakan antara perikatan (verbintenit) yang abstrak dan perjanjian (overeenkomst) yang konkrit.⁷² Berlainan dengan BW yang menyebutkan perjanjian jual beli, tukar menukar, sewa menyewa, Hukum Adat menamakan perjanjian dengan menyebutkan sebagai suatu penyerahan barang dengan cara macam-macam. Jual beli adalah penyerahan barang untuk selama-lamanya dengan menerima harga berupa uang tunai; tukar menukar adalah penyerahan barang untuk selama-lamanya dengan menerima barang lain; sedangkan sewa menyewa adalah penyerahan barang untuk sementara waktu dengan menerima pada tiap waktu tertentu sejumlah uang.⁷³ Sedangkan menurut BW, jual beli sebagai perjanjian obligatoir yang baru memberikan hak kepada pembeli untuk meminta diserahkan sesuatu barang.⁷⁴

Mengenai perbedaan sifat atau karakter suatu bangsa, **Subekti** mencontohkan antara Belanda

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*, h. 10.

73 Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, Sumur Bandung, Bandung, 1981, h. 34.

74 Subekti, *Loc. Cit.*

dengan Jerman dalam mengatur tentang “noodweer” (membela diri). Dalam KUHP (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana) yang berasal dari Belanda, ketentuan membela diri ini intinya adalah seseorang tidak dapat dihukum, jika melakukan tindak pidana karena terpaksa untuk membela diri terhadap serangan yang secara langsung mengancam jiwanya. Artinya jika orang yang bersangkutan masih bisa lari untuk menghindarkan diri dari serangan tersebut, maka undang-undang menghendaki hal tersebut. Namun dalam ketentuan undang-undang hukum pidana Jerman, seseorang dibebaskan dari tuntutan hukum jika yang bersangkutan membela diri terhadap suatu serangan, baik terpaksa atau tidak terpaksa.⁷⁵ Perbedaan pengaturan antara hukum pidana Belanda dengan Jerman ini disebabkan sifat atau karakter bangsa Belanda berbeda dengan bangsa Jerman. Rakyat Belanda digambarkan memiliki sifat “burgerlijk” artinya menyukai pola kehidupan sederhana dan tenteram, yang berbeda dengan rakyat Jerman yang memiliki sifat militer atau keperwiraan.⁷⁶

3. Sejarah pertumbuhan dan perkembangan hukum yang berbeda;

Hukum di negara-negara yang termasuk keluarga hukum Eropa Kontinental, pokok pikiran, pengertian-pengertian hukum, dan prinsip-prinsip hukumnya berasal dari hukum Romawi.⁷⁷ Hukum Romawi yang tumbuh dan berkembang di daratan Eropa, dikembangkan oleh kalangan universitas, dalam perkembangan berhasil

⁷⁵ *Ibid.*, h. 9.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Sardjono, *Op.Cit.*, h. 20.

menguasai daerah-daerah luas di luar daratan Eropah, baik karena penjajahan maupun karena diresepsi oleh bangsa-bangsa lain.⁷⁸ Berbeda dengan negara-negara Eropa Kontinental pada umumnya, Inggris tidak meresepsi hukum Romawi, karena sejak abad ke lima belas dan enam belas Inggris sudah memiliki garis dan metode-metode perkembangannya sendiri.⁷⁹ Negara-negara yang perkembangan hukumnya mencontoh hukum Inggris dimasukkan dalam keluarga hukum Common Law, yang merupakan hukum yang pada awalnya diciptakan dan dikembangkan oleh badan-badan peradilan.⁸⁰ Dengan demikian terdapat perbedaan antara negara-negara yang hukumnya termasuk keluarga hukum Eropa Kontinental dengan negara-negara yang termasuk keluarga hukum Common Law, karena perkembangan dan pertumbuhannya hukumnya berbeda.

4. Perbedaan pola politik dan kebudayaan;

Sebagai contoh dikemukakan dalam hal pengaturan tentang kepemilikan atas suatu benda. Amerika Serikat yang berfaham liberalisme mengutamakan kebebasan pribadi perorangan dalam masyarakat dibandingkan dengan kepentingan masyarakat, sehingga lebih memberikan perlindungan terhadap hak milik pribadi. Sebaliknya Vietnam yang berfaham sosialisme-komunisme lebih mengutamakan kepentingan masyarakat atau kepentingan umum dibandingkan dengan kepentingan pribadi perorangan, sehingga membatasi

78 *Ibid.*

79 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 81.

80 Sardjono, *Loc.Cit.*

kebebasan hak milik pribadi.⁸¹ Konsekuensi lebih lanjut pandangan tersebut, maka dalam pengaturan ganti kerugian dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum juga terdapat perbedaan. Di Amerika Serikat, penetapan ganti kerugian dalam pengadaan tanah didasarkan pada *agreement* antara negara dengan pemilik property, yang dilandasi asas kebebasan berkontrak sebagai manifestasi dari faham individualisme-leberalisme. Di Vietnam peran negara sangat menentukan dalam menetapkan ada tidaknya pengadaan tanah dan penentuan harga tanah dalam menetapkan besarnya ganti kerugian, sebagai cermin dari faham sosialisme-komunisme.⁸²

G. Sejarah Singkat Perbandingan Hukum

1. Sebelum Abad 19

Dalam kurun waktu sebelum abad 19 ini Perbandingan Hukum dipergunakan untuk mempelajari sistem masyarakat tertentu. Meski telah dilakukan perbandingan dalam beberapa sistem hukum, namun pada masa ini belum dapat dikatakan telah dilakukan penelitian dengan cara perbandingan, karena belum dilakukan secara berencana, sistematis dan berkelanjutan dengan maksud mencapai tujuan tertentu. Penelitian perbandingan masa ini belum dilakukan berencana, hanya bersifat insidental jika ada keperluan tertentu.⁸³

81 Djoni Sumardi Gozali, *Hukum Pengadaan Tanah, Asas Kesepakatan dalam Pengadaan Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum*, UII Press, Yogyakarta, 2018, h. 173-174.

82 *Ibid.*

83 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 13.

Hal ini terlihat dari yang dilakukan **Aristoteles** (384-322 SM) dengan penggunaan Perbandingan Hukum dalam mempelajari 153 Konstitusi Yunani dan kota-kota lainnya.⁸⁴ Juga yang dilakukan **Solon** (640-558 SM) yang mempelajari hukum Athena⁸⁵ - Undang-Undang dari Solon (laws of Solon) atau Undang-Undang dua belas meja (laws of the XII tables).⁸⁶ Demikian pula pada abad pertengahan dilakukan studi perbandingan hukum Kanonik dan hukum Romawi, hukum Kanonik dan Common Law,⁸⁷ dan studi perbandingan hukum kebiasaan yang berkembang di daratan Eropa dalam usaha-usaha merumuskan asas-asas hukum pokok yang bersifat umum dari hukum kebiasaan di Perancis (common customary private law/droit commun coutumier) dan di Jerman (deutsches privatrecht).⁸⁸ Meski telah dilakukan perbandingan hukum, namun demikian perbandingan hukum pada masa ini masih diakui sebagai suatu metode saja.

2. Abad 19

Awal abad 19 ini tokoh-tokoh yang tertarik menekuni Comparative Law hanya berkisar pada **Montesquieu** (Perancis), **Holt** dan **Mansfield** (Inggris), **Von Feurbach**, **Thibaut** dan **Gans** (Jerman).⁸⁹ Pada masa ini Perbandingan Hukum mulai dikenal dalam kaitannya dengan sejarah hukum, filsafat hukum dan teori

84 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 22.

85 *Ibid.*

86 Sardjono, *Loc.Cit.*

87 Romli Atmasasmita, *Loc.Cit.*

88 *Ibid.*, h.22-23.

89 *Ibid.*, h. 25.

hukum umum. **Montesquieu** (1689-1755) mempelajari perkembangan hukum dari sudut sejarah dan falsafah peradaban manusia. Bapak Perbandingan Hukum ini berhasil menciptakan suatu asas-asas umum yang berlaku bagi suatu pemerintahan yang baik melalui perbandingan hukum.⁹⁰ Oleh karena Montesquieu dipengaruhi tokoh aliran Sejarah Hukum **Frederich Karl Von Savigny**, maka menurutnya “the rule of law” itu tidak boleh dipandang sebagai suatu yang abstrak, tetapi harus dipandang sebagai suatu kenyataan yang memiliki latar belakang sejarah dan lingkungan dimana hukum itu berfungsi.⁹¹ Menurut **Romli Atmasasmita**: “berbeda dengan pendapat aliran hukum alam yang mengatakan bahwa hukum itu sama menurut waktu dan tempat, oleh karena manusia dianggap memiliki akal yang sama, maka menurut aliran sejarah hukum bahwa hukum sebagai buatan manusia di tiap tempat dan waktu tidak sama, oleh karena hukum itu timbul dan berkembang bersama-sama masyarakat.”⁹² Atas dasar itu menurutnya: “antara perbandingan hukum dan sejarah hukum berkaitan berkaitan erat satu sama lain.” Bahkan menurutnya lebih jauh lagi terjadi pula hubungan antara perbandingan hukum, sejarah hukum dan sosiologi hukum.⁹³ Upaya pengembangan perbandingan hukum ini kemudian diteruskan oleh **Sir Henry Maine** (1822-1888) di Inggris dan **Josep Kohler** (1849-1919) di Jerman. Sejalan dengan upaya tersebut

90 *Ibid.*, h. 23.

91 *Ibid.*, h. 25.

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*

pada tahun 1813 dibentuk Comparative legislation di College de France di Perancis, dan tahun 1896 didirikan “historical and comparative jurisprudence” di Oxford.⁹⁴ Pada awalnya baik perbandingan hukum, sejarah hukum maupun sosiologi hukum hanyalah merupakan suatu metode yang bertujuan untuk menjelaskan hubungan antara gejala-gejala hukum dengan gejala-gejala sosial lainnya. Dalam perkembangannya baik perbandingan hukum, sejarah hukum, maupun sosiologi masing-masing telah menjadi cabang ilmu pengetahuan hukum yang berdiri sendiri tapi saling berkaitan. Khusus perbandingan hukum kemudian dikenal sebagai salah satu bagian penting dalam studi ilmu hukum dan istilah Comparative Law (droit compare) dan penggunaannya telah diterima baik dan diakui oleh para ahli.

3. Akhir Abad 19/ Awal Abad 20

Perkembangan perbandingan hukum sebagai ilmu pengetahuan baru jelas nampak pada akhir abad 19 dan permulaan abad 20. Meski pada masa ini perbandingan hukum dilihat sebagai sejarah umum atau sejarah universal dari hukum, seperti yang dikemukakan **Joseph Kohler** yang menganggap istilah “Universale Rechtsgeschichte” adalah sama dengan “Vergleichende Rechtswissenschaft.” Demikian pula **Sir Frederic Pollock** menganggap tidak ada perbedaan antara “historical jurisprudence” dan “Comparative jurisprudence” yang keduanya berarti sejarah umum dari hukum (the general history of law).⁹⁵ Namun demikian pada masa

94 *Ibid.*, h. 23.

95 *Ibid.*, h. 26.

ini tumbuh pemikiran yang memandang perbandingan hukum sebagai ilmu pengetahuan yang berdiri sendiri. Pada waktu itu tumbuh suatu keperluan untuk berubah kepada prinsip universalisme pada semua cabang ilmu pengetahuan termasuk ilmu pengetahuan hukum, setelah sekian waktu prinsip nasionalisme menguasai alam pikiran.⁹⁶ Di Perancis masa itu terdapat dua gagasan pemikiran yaitu kodifikasi dan universalisme. Gagasan Kodifikasi menghendaki usaha menghimpun semua hukum dalam suatu bidang hukum tertentu dalam sebuah Kitab Undang-Undang, sedangkan gagasan universalisme menghendaki diberlakukannya nilai-nilai yang bersifat universal dimana-mana di dunia.⁹⁷ Gagasan kodifikasi dan universalisme memunculkan usaha bangsa-bangsa di Eropa dan Amerika Latin membuat kodifikasi yang berpedoman pada kodifikasi Perancis.⁹⁸ Dalam usaha seperti ini diperlukan penelitian perbandingan hukum, karena dengan mempelajari perbandingan hukum akan menghasilkan bahan-bahan hukum yang baru, yang tidak didapat jika hanya mempelajari hukum nasional.⁹⁹ Sejalan dengan usaha-usaha tersebut, pada tahun 1900 diadakan kongres pertama mengenai ilmu perbandingan hukum di Paris, tahun 1903 di Lyon Perancis didirikan Institut de Droit Compare, dan tahun 1924 di Geneve didirikan Academie Internationale du Droit Compare. Perkembangan perbandingan hukum sebagai suatu ilmu baru yang

96 Sardjono, *Loc.Cit.*

97 *Ibid.*

98 *Ibid.*, h. 14.

99 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 26-27.

berdiri sendiri diakui pada akhir abad 19 dan awal abad 20 ini. Sejak inilah perbandingan hukum baik mengenai metode dan tujuannya dipelajari secara sistematis. Setelah perang dunia ke-II, perkembangan baru dalam hubungan antar negara yang saling memerlukan dan saling ketergantungan yang mendorong negara-negara di seluruh dunia mempelajari cara pengaturan kehidupan masing-masing baik dalam bidang sosial, ekonomi, budaya, dan lain-lain termasuk tentunya mempelajari sistem hukumnya masing-masing dibandingkan sistem hukum nasionalnya. Keadaan seperti ini membawa perubahan luas lingkup perbandingan, yang dulunya terbatas mengacu kepada sistem hukum kontinental yang berkiblat ke hukum Romawi, sekarang juga ke sistem hukum Anglo Saxon, sistem hukum sosialis dan lain-lain.

4. Masa sekarang

Pada masa sekarang, perbandingan hukum dipandang dari pendekatan yang bersifat fungsional. Pendekatan fungsional menempatkan pelbagai sistem hukum hanya dapat diperbandingkan selama sistem-sistem hukum itu berfungsi untuk menyelesaikan problem-problem sosial yang sama atau memenuhi kebutuhan hukum yang sama. Pendekatan fungsional dilakukan dengan menggunakan metode yang kritis, realistik, dan tidak dogmatik.¹⁰⁰ Menurut **Tahir Tungadi**: "kritis karena perbandingan hukum sekarang tidak mementingkan perbedaan-perbedaan atau persamaan-persamaan dari berbagai tata hukum (legal

100 Tahir Tungadi, *Loc. Cit.*

orders) semata-mata sebagai fakta, akan tetapi yang dipentingkan ialah “the fitness, the practicability, the justice, and the why of legal solution to given problems.” Realistis karena perbandingan hukum bukan saja meneliti perundang-undangan, keputusan pengadilan dan doktrin semata, melainkan juga “All the real motives, which rule the world: the etical, the psychological, the economic, and those of legislative policy.” Tidak dogmatis, karena perbandingan hukum tidak hendak terkekang dalam kekakuan dogma-dogma seperti sering terjadi pada tiap tata hukum. Meski dogma mempunyai fungsi sistematisasi, akan tetapi dogma dapat mengaburkan dan menyerongkan (distort) pandangan dalam menemukan “better legal solutions.”

101

A. Pengertian Keluarga Hukum

Setiap negara mempunyai sistem hukum nasional masing-masing, bahkan negara yang berbentuk federasi, di dalamnya terdapat lebih dari satu sistem hukum. Demikian pula negara yang majemuk terdapat pluralisme hukum, dimana negara tersebut mempunyai lebih dari satu sistem hukum di dalamnya, seperti Indonesia di lapangan hukum perdata terdapat hukum Barat, hukum Adat, dan hukum Islam. Sistem-sistem hukum nasional negara-negara di dunia dikelompokkan atau diklasifikasikan ke dalam sistem hukum yang besar yang memperlihatkan ciri-ciri yang sama yang oleh **Rene David** (ahli perbandingan hukum Perancis) dikatakan merupakan suatu tipe sistem hukum tertentu yang disebutnya **familles de droit** (keluarga hukum).¹⁰² Dalam bahasa Inggris perbandingan hukum disebut **legal family**, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut **rechts familie**.

B. Tolok Ukur Pembagian Keluarga Hukum

Mengenai tolok ukur yang dipergunakan untuk menentukan hukum-hukum nasional negara-negara di dunia termasuk dalam keluarga hukum tertentu ternyata terdapat

102 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 16.

perbedaan pandangan di antara para pakar perbandingan hukum seperti yang terlihat dari pendapat **Rene David** dan **John C. Brierly** dalam bukunya yang berjudul “Major Legal System In The World Today” (1985) yang menyebutkan bahwa sangat sulit untuk membuat tolok ukur pembagian keluarga hukum.¹⁰³ Meski demikian menurut mereka tolok ukur yang dapat dijadikan dasar patokan atau landasaan adalah keadaan geografi, budaya masyarakat dan adat kebiasaan atau pandangan hidup suatu bangsa.¹⁰⁴ Pada tulisannya yang lain **Rene David** sendiri mengemukakan pula bahwa yang dapat dipergunakan sebagai ukuran untuk melakukan klasifikasi hukum-hukum nasional termasuk ke dalam keluarga hukum tertentu adalah teknik atau metode dari sistem hukum, prinsip falsafah, politik dan ekonomi yang mendasari sistem hukum itu.¹⁰⁵ Sementara itu pendapat lain dikemukakan oleh **Konrad Zweigert** dan **Heinz Kotz** dalam buku yang berjudul “Einführung in Die Rechtsvergleichung auf den Gebiete des Privat Rechts,” yang menyebutkan tolok ukur yang dapat dipergunakan sebagai kriteria klasifikasi adalah style dari suatu sistem hukum atau kelompok sistem hukum yang menyangkut asal usul, perkembangan historis, cara pemikiran hukum yang spesifik, lembaga hukum yang berkarakteristik, sumber hukum, dan ideologi.¹⁰⁶

103 Romli Atmasasmita, *Loc.Cit.*

104 *Ibid.*

105 Sardjono, *Loc.Cit.*

106 *Ibid.*, h. 16-17.

C. Pembagian Keluarga Hukum

Marc Ancel membagi keluarga hukum menjadi lima, yaitu:¹⁰⁷

1. Sistem Eropa Kontinental dan Amerika Latin (system of civil law);
2. Sistem Anglo America (Common Law);
3. Sistem Timur Tengah (Irak, Yordania, Saudi Arabia, dsb.);
4. Sistem Timur Jauh (Cina, Jepang);
5. Sistem dari negara-negara sosialis.

Adolf F. Schnitzer membagi sistem hukum dalam lima kelompok menurut daerahnya, yaitu:

1. Daerah Roman (Romanisches Gebiet): Perancis, Italia, Ibero-Amerika, Benelux (Belgia, Nederland, Luxemburg), Yunani;
2. Daerah Germania (Germanisches Gebiet): Jerman, negara-negara Alpia (Swiss, Liechtenstein, Austria), negara-negara Nordia (Denmark, Norwegia, Islandia, Swedia, Finlandia), negara-negara Baltik;
3. Daerah Slavia (Schlawische Gebiet): URSS, Polandia, Tzeko-Slovakia, Yugoslavia, Albania, Bulgaria, Rumania, Hongaria;
4. Anglo Amerika: Britania Raya dan Persemakmuran (Great Britain dan Commonwealth), USA, Cuba, Puerto Rico;
5. Negara-negara Afro Asia.

Di samping itu **Adolf F. Schnitzer** juga menyebut Hukum Agama: Hukum Yahudi, Hukum Kristen, dan Hukum

107 Soedarto, *Op.Cit.*, h. 3.

Islam.¹⁰⁸

Konrad Zweigert dan **Heinz Kotz** membagi keluarga hukum menjadi:¹⁰⁹

1. Keluarga Hukum Romawi;
2. Keluarga Hukum Jerman;
3. Keluarga Hukum Skandinavia;
4. Keluarga Hukum Common Law;
5. Keluarga Hukum Sosialis;
6. Keluarga Hukum Timur Jauh;
7. Keluarga Hukum Islam;
8. Keluarga Hukum Hindu.

Rene David dan **John Bierly** membagi keluarga-keluarga hukum sebagai berikut:¹¹⁰

1. Keluarga Hukum Romawi Jerman (Romano – Germanic Family);
2. Keluarga Hukum Common Law (Common Law Family);
3. Keluarga Hukum Sosialis (Family of the socialist law);
4. Keluarga Hukum Agama/Tradisi (Family of the Religions and Traditional law).

Christian Hertel membagi keluarga hukum (dalam kepustakaan Belanda dan Jerman lebih umum dikenal sebagai *Rechtskreis* atau rumpun hukum) sebagai berikut:¹¹¹

1. Rumpun *Common Law*;
2. Rumpun hukum Romano-Germanik, yaitu yang semula bersandar pada *Corpus Iuris Civilis* Romawi dan kemudian pada *Code Napoleon* Prancis;

108 *Ibid.*

109 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 18.

110 Romli Atmasasmita, *Loc.Cit.*

111 Budiono Kusumohamidjojo, *Perbandingan Hukum Kontrak (Comparative Contract Law)*, Mandar Maju, Bandung, 2015, h. 16.

3. Rumpun hukum German (yaitu yang berlaku di kalangan etnik yang berbahasa Jerman);
4. Rumpun hukum negara-negara Komunis (yang pernah ada maupun yang masih ada);
5. Rumpun hukum lainnya yang terpaut dengan rumpun Romano-Germanik terutama di Asia Timur;
6. Rumpun hukum Skandinavia/Nordik yang membaurkan rumpun Common Law dan rumpun Romano-Germanik;
7. Rumpun hukum Islam (yang mempengaruhi sistem hukum di sejumlah Negara Timur Tengah, Afrika Utara dan Asia).

Di samping pembagian yang telah disebutkan di atas, Christian Hertel juga mengakui hukum adat seperti yang diamatinya di Afrika (customary law atau African Law).¹¹²

D. Keluarga Hukum Yang Besar

1. Hukum Civil Law/ /Romawi Jermania/Eropa Kontinental

Sistem-sistem hukum di negara-negara yang termasuk dalam keluarga hukum ini dan ilmu pengetahuan yang mempelajari sistem-sistem hukum tersebut, pokok pikiran, pengertian-pengertian, dan prinsip-prinsip hukumnya pada dasarnya berlandaskan hukum Romawi.¹¹³ Hukum Romawi yang tumbuh dan berkembang di daratan Eropa (Eropa Kontinental) dikembangkan oleh kalangan perguruan-perguruan tinggi di daratan Eropa. Sistem yang dianut oleh negara-negara Eropa kontinental yang didasarkan

¹¹² *Ibid.*, h. 17.

¹¹³ Sardjono, *Op.Cit.*, h. 19.

atas hukum Romawi disebut sebagai *sistem civil law*.¹¹⁴ Menurut **Peter Mahmud Marzuki**, disebut *sistem hukum civil*, karena hukum Romawi pada mulanya bersumber kepada karya agung Kaisar Iustinianus yaitu *Corpus Iuris Civilis*,¹¹⁵ yang naskahnya terdiri dari empat bagian, yaitu *Caudex*, *Novellae*, *Instituti*, dan *Digesta*. *Caudex* berisi aturan-aturan dan putusan-putusan yang dibuat oleh para kaisar sebelum Iustinianus, *Novellae*, berisi aturan-aturan hukum yang diundangkan oleh Kaisar Iustinianus sendiri, *Instituti*, adalah suatu buku ajar kecil yang dimaksudkan untuk pengantar bagi mereka yang baru belajar hukum, sedangkan *Gigesta*, adalah merupakan sekumpulan besar pendapat para yuris Romawi mengenai ribuan proposisi hukum yang berkaitan dengan ruang lingkup yang saat ini disebut sebagai hukum perdata, hukum pidana, hukum tata negara, dan cabang-cabang hukum yang mengatur warga negara Romawi.¹¹⁶ Menurut **Peter Mahmud Marzuki**, dilihat dari isinya, maka dari keempat naskah tersebut yang paling penting adalah *Digesta* atau yang juga sering disebut *Pandectae*.¹¹⁷ Timbul dan berkembangnya *sistem civil law* ini sejalan dengan perkembangan kekaisaran Romawi. Eropa Barat dikuasai oleh Romawi selama empat ratus tahun sampai kekaisaran Romawi Barat itu runtuh. Meski kekaisaran Romawi Barat ini runtuh, namun kekuasaan kekaisaran Romawi masih berlanjut di bagian Timur dengan ibu kota Konstantinopel.¹¹⁸ Pada masa kekuasaan di

114 Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2009, h. 262.

115 *Ibid.*

116 *Ibid.*, h. 22.

117 *Ibid.*

118 *Ibid.*, h. 264.

Romawi Timur inilah Kaisar Iustinianus menyusun *Corpus Iuris Civilis* yang terdiri dari *Caudex*, *Novellae*, *Instituti*, dan *Digesta*. Oleh karena sistem *civil law* ini dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental, maka *sistem civil law* ini juga dikenal sebagai sistem *kontinental*.

Sistem *Civil Law* ini kemudian diresepsi pertama kali oleh Italia, kemudian Jerman, Perancis, dan Belanda, dan negara-negara di daratan Eropa lainnya. Untuk memperingati jasa usaha-usaha bersama yang dilakukan oleh kalangan universitas di negara-negara Latin dan Jerman dalam mengembangkan ilmu pengetahuan hukum dan hukum di daratan Eropa, maka menurut **Rene David** sistem *Civil Law* ini disebut juga sistem Romawi Jerman.¹¹⁹

Dalam perkembangan selanjutnya sistem *Civil Law* ini berhasil menguasai daerah-daerah luas di luar daratan Eropa, baik sebagai akibat penjajahan maupun hasil resepsi oleh bangsa-bangsa lain. Resepsi sistem hukum *Civil Law* ini kadang tidak meliputi seluruh bidang hukum, terutama pada bangsa-bangsa yang telah memiliki kebudayaan yang tinggi, sehingga di samping hukum *Civil Law*, berlaku juga hukum asli dan lembaga-lembaga hukumnya. Di samping itu kebudayaan dan alam pikiran mempengaruhi penerapan sistem hukum *Civil Law* yang diresepsi tersebut.¹²⁰

2. Hukum Common Law/Anglo Saxon/Anglo American

Sistem-sistem hukum di negara-negara yang termasuk keluarga hukum ini pada dasarnya perkembangan hukumnya mencontoh hukum Inggris. Sistem hukum ini lahir di Inggris

119 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 19.

120 *Ibid.*

yang merupakan hasil perkembangan hukum yang timbul dari kegiatan badan-badan peradilan yang dikembangkan oleh para praktisi dan proseduralis sejak berabad-abad yang silam sejak kedatangan bangsa Normandia di Inggris. Di samping *Common Law*, kemudian dalam abad ke-13 timbul apa yang sekarang dikenal sistem hukum *Equity*. Oleh karena sistem hukum yang dikembangkan di Inggris didasarkan atas hukum asli rakyat Inggris, maka disebut sistem *common law*.¹²¹ Sistem *Common Law* ini dianut oleh suku Anglika dan Saksa yang mendiami sebagian besar Inggris, karena itu sistem ini disebut juga sistem *Anglo Saxon*.¹²² Keluarga hukum *Common Law* ini meliputi selain hukum Inggris, juga meliputi hukum-hukum yang berlaku di negara-negara berbahasa Inggris yang merupakan bekas jajahan Inggris. Meski merupakan negara bekas jajahan Inggris, sistem hukum di Amerika Serikat berbeda dengan sistem hukum yang berlaku di Inggris, meski keduanya masih dalam lingkup sistem *Common Law*. Menurut **Peter Mahmud Marzuki**, perkembangan politik, ekonomi, dan teknologi yang terjadi di Amerika Serikat lebih pesat dari yang terjadi di Inggris, sehingga terjadi transaksi dengan negara-negara lain yang menggunakan banyak hukum Amerika Serikat. Oleh karena itu menurutnya, sistem *Common Law* pada saat ini lazim disebut sebagai sistem *Anglo American*.¹²³

Sama seperti sistem hukum *Civil Law*, sistem hukum *Common Law* ini dalam perkembangannya juga banyak mempengaruhi sistem-sistem hukum di banyak negara,

121 Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.*, h. 262.

122 *Ibid.*

123 *Ibid.*

baik karena penjajahan maupun kerana diresepsi oleh bangsa-bangsa lain. Meskipun banyak mendapat pengaruh dari sistem *Common Law*, namun karena keadaan dan kebutuhan masyarakat, kebudayaan, dan hukum asli berpengaruh pada perkembangan sistem *Common Law* di negara-negara tersebut. Oleh karena itu resepsi hukum *Common Law* ini sering kali terjadi tidak bersifat menyeluruh, sehingga perkembangan sistem *Common Law* di luar Inggris tidak selalu mengikuti hukum Inggris, dan pengaruhnya tidak selalu sama.¹²⁴

3. Hukum Sosialis

Sistem-sistem hukum di negara-negara yang termasuk keluarga hukum sosialis ini pada dasarnya adalah sistem-sistem hukum yang menganut konsep-konsep hukum yang dijiwai oleh ajaran Marxis (Marxisme).¹²⁵ Hukum di negara-negara sosialis ini terutama dimaksudkan untuk membangun dan menunjang terciptanya suatu masyarakat baru sesuai dengan ajaran Marxis, yang berlainan dengan keadaan masyarakat sebelumnya.¹²⁶ Faktor ekonomi merupakan faktor utama dan menentukan kehidupan bangsa dan negara, sehingga segala sesuatunya harus tunduk pada pemerintah yang bertugas memimpin proses transformasi dari susunan masyarakat lama ke arah terciptanya masyarakat baru, dijiwai ajaran Marxis yang menganut kolektivisme dalam bentuk yang mutlak.¹²⁷

Keluarga hukum sosialis ini berasal dari hukum Uni

124 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 20-21.

125 *Ibid.*, h. 21

126 *Ibid.*

127 *Ibid.*, h. 22.

Sovyet (sekarang Rusia) yang mulai berkembang sejak tahun 1917, pada saat terjadinya revolusi oktober yang mengakhiri pemerintahan kerajaan Rusia. Sistem hukum sosialis ini kemudian berkembang ke negara-negara lain yang menganut sistem politik dan ekonomi yang sama yang disebut negara Demokrasi Rakyat, baik itu di Eropa maupun di Asia.¹²⁸

4. Hukum Agama/Kepercayaan

Sistem hukum ini mengatur hubungan antara manusia atas dasar ajaran agama. Hukum Agama terutama memberi pengaturan tentang kewajiban-kewajiban orang sebagai manusia yang baik, berbudi luhur dalam hubungan dengan sesama manusia dan sebagai manusia yang taqwa kepada Tuhan.¹²⁹ Di antara sistem-sistem hukum ini yang penting adalah sistem hukum yang berdasarkan Agama Islam, yang konsep dan sumber hukumnya berasal dari ajaran Agama Islam.¹³⁰

Di beberapa negara, baik yang menganut sistem Civil Law, maupun yang menganut sistem Common Law, pada bidang-bidang tertentu seperti hukum perkawinan, hukum orang, hukum keluarga, dan hukum waris pengaturannya merujuk pada hukum Islam.¹³¹

5. Hukum Adat

Istilah “hukum adat” adalah terjemahan dari istilah

128 *Ibid.*

129 *Ibid.*

130 *Ibid.*

131 *Ibid.*, h. 23.

dalam bahasa Belanda “adatrecht”.¹³² Orang yang pertama menggunakan istilah “adatrecht” adalah **Snouck Hurgronje**,¹³³ yang kemudian istilah “adatrecht” ini dikutip dan dipakai oleh **van Vollenhoven** sebagai istilah teknis yuridis.¹³⁴ Sebelumnya, untuk menyatakan hukum adat dipergunakan istilah-istilah yang berbeda, seperti yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan Hindia Belanda, yaitu: dalam Pasal 11 AB digunakan istilah “goesdientige wetten, volksinstellingen en gebuiken;” dalam Pasal 75 ayat 3 redaksi lama RR digunakan istilah “godsdienstige wetten, instellingen en gebruiken;” dalam Pasal 128 ayat 4 IS (sebelumnya Pasal 71 ayat 3 RR 1854 digunakan istilah “instellingen des volks;” dalam Pasal 131 ayat 2 sub b IS (= Pasal 75 ayat 2 sub redaksi baru RR 1854, yang mengganti Pasal 75 ayat 3 redaksi lama RR 1854) digunakan istilah “met hunne godsdiensten en gewooten samenhangende rechtsregelen;” dan dalam Pasal 78 ayat 2 RR 1854 (= Pasal 134) digunakan istilah “godsdienstige wetten en oude herkomsten.”¹³⁵ Kemudian istilah “godsdienstige wetten en oude herkomsten” ini oleh Stb. 1929 No. 221 Jo No. 487 diganti dengan istilah “adatrecht.”¹³⁶ Dari istilah-istilah tersebut, ternyata “hukum adat” disamakan dengan undang-undang agama, lembaga rakyat, kebiasaan, lembaga asli, dan sebagainya.¹³⁷ Kekeliruan menyamakan hukum adat dengan undang-undang agama atau hukum agama disebabkan oleh pengaruh pendapat **van den Berg**

132 Bushar Muhammad, *Asas-asas Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1978, h. 9.

133 Soekanto, *Meninjau Hukum Adat Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1981, h. 52.

134 Bushar Muhammad, *Loc.Cit.*

135 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 118.

136 *Ibid.*

137 Bushar Muhammad, *Op.Cit.*, h. 10.

yang mengemukakan teori *receptio in complex*. Toeri ini menyatakan bahwa hukum suatu golongan masyarakat adalah hasil penerimaan sepenuhnya dari hukum agama yang dianut oleh golongan masyarakat itu. Dengan demikian hukum adat disamakan dengan hukum agama Islam.¹³⁸ Menurut **van Vollenhoven** memang dalam hukum adat ada anasir agama, tetapi anasir itu tidak merupakan bagian besar dari hukum adat.¹³⁹ Memang menurut **Sunaryati Hartono**, karena pengenalan bangsa Indonesia dengan agama Islam dan sebagian besar memeluk agama Islam, maka hukum adat juga meresepsi unsur-unsur hukum Islam, terutama dalam dibidang hukum kekeluargaan.¹⁴⁰ Pada bagian lain tulisannya, van Vollenhoven sebagaimana dikutip Sunaryati Hartono, menegaskan bahwa istilah “*adatrecht*” harus dibedakan dengan “*inlandsch recht*” dan “*inheemsch recht*.” “*Inlandsch recht*” lebih luas dari pada hukum adat, karena mencakup hukum adat dan hukum tertulis yang diadakan oleh pemerintah Belanda bagi golongan bumi putera, sedangkan “*inheemsch recht*” lebih sempit, karena hanya memuat sebagian dari hukum adat, yaitu hukum adat dikurangi unsur-unsur agama.¹⁴¹ Dengan demikian “*Inlandsch recht*” merupakan bagian dari yang disebut “*het recht van Nederladsch-Indie*.” Jadi “*het recht van Nederlandsch-Indie*,” terdiri dari: *pertama*, hukum yang berlaku bagi orang-orang Eropa, dan yang dipersamakan dengan mereka; *kedua*, hukum yang berlaku bagi orang-orang Timur Asing (*vreemde oosterlingen recht*); dan

138 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 119.

139 *Ibid.*

140 *Ibid.*, h. 120.

141 *Ibid.*, h. 123.

ketiga, hukum yang berlaku bagi orang-orang Indonesia asli (dahulu Bumi Putera).¹⁴² Atas dasar pembagian van Vollenhoven tersebut, maka menurut **Sunaryati Hartono**:¹⁴³

Hukum adat pada asal mulanya tidaklah lain dari pada hukum yang berlaku bagi penduduk “asli” Indonesia (Indonesian inhabitants), sebelum kedatangan orang-orang asing (yaitu baik orang-orang Timur Asing, maupun orang-orang Eropa) di tanah air kita. Yaitu hukum yang memenuhi kebutuhan manusia Indonesia, dari masa ke masa, sampai saat didirikannya kerajaan-kerajaan Islam di Indonesia dan unsur-unsur agama diresepsikan kedalam hukum Adat setempat, menurut kebutuhan yang dirasakan oleh penduduk setempat-setempat itu pula.

Menurut **Bushar Muhammad**: “Hukum Adat adalah hukum yang mengatur tingkah laku manusia Indonesia dalam hubungan satu sama lain, baik yang merupakan keseluruhan kelaziman, kebiasaan dan kesusilaan yang benar-benar hidup di masyarakat adat karena dianut dan dipertahankan oleh anggota-anggota masyarakat itu...”¹⁴⁴ Sedangkan menurut **Sunaryati Hartono**: “Hukum Adat ialah bagian dari pada tata hukum Indonesia yang tumbuh dan terjadi sebagai akibat pola kebudayaan dan kebutuhan masyarakat yang hidup di kepulauan Indonesia. Kaidah-kaidah tersebut ditaati oleh anggota-anggota masyarakat berbagai-bagai persekutuan hukum yang ada di wilayah kepulauan Indonesia kita ini dan merupakan

142 *Ibid.*

143 *Ibid.*, h. 124.

144 Bushar Muhammad, *Pengantar Hukum Adat*, Balai Buku Ichtiar, Jakarta, 1961, h. 30.

hukum pada waktu bangsa-bangsa asing (termasuk Belanda) menginjakkan kakinya di muka bumi kita ini.”¹⁴⁵ Selanjutnya menurutnya, “sebagai hukum yang berlaku, sudah tentu hukum Adat itu telah mengalami dan terus akan mengalami perubahan, sesuai dengan perubahan zaman, pengalaman-pengalaman sejarah dan kebutuhan-kebutuhan masyarakat dari zaman ke zaman.”¹⁴⁶ Sementara itu dalam Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional yang diadakan pada tanggal 15 – 17 Januari 1976 di Yogyakarta, dirumuskan pengertian hukum Adat adalah sebagai Hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia, yang disana-sini mengandung unsur agama. Hukum Adat adalah merupakan hukum yang tidak tertulis akan tetapi didukung oleh “rasa ketaatan” dan “kepatuhan” yang luar biasa daripada masyarakat dimana hukum itu berlaku.¹⁴⁷ Oleh karena itu menurut **Surojo Wignjodipuro** sebagaimana dikutip Abdurrahman bahwa: “Hukum Adat senantiasa tumbuh dari suatu kebutuhan hidup yang nyata, cara hidup dan pandangan hidup, yang keseluruhannya merupakan kebudayaan masyarakat tempat Hukum Adat itu berlaku.”¹⁴⁸ Lebih lanjut ditegaskannya pula bahwa: “Hukum Adat Indonesia tidak hanya bersemayam dalam hati nurani orang Indonesia yang Warga Negara Republik Indonesia disegala penjuru Nusantara kita, tetapi tersebar luas sampai ke gugusan kepulauan Philipina dan Taiwan di sebelah utara, di pulau Malagasi (Madagaskar) dan berbatas

145 Sunaryati Hartono, *Op.Cit*, h. 119.

146 *Ibid*.

147 Abdurrahman, *Kedudukan Hukum Adat Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Alumni, Bandung, 1978, h. 48.

148 *Ibid*., h. 51.

di sebelah timur sampai di kepulauan Paska, dianut dan dipertahankan oleh orang Indonesia yang termasuk golongan Indonesia dalam arti etnis.”¹⁴⁹

Meski hukum Adat bersifat sangat tradisionil dalam arti sangat terikat oleh tradisi-tradisi lama yang diwariskan oleh nenek moyang, namun bukan berarti serta merta dapat disimpulkan tidak berubah. Hal ini ditegaskan oleh **Mohammad Koesnoe**, ketika menyampaikan uraian tentang sifat-sifat Hukum Adat dalam kuliahnya sebagai Guru Besar Universitas Katholik Nijmegen di Negeri Belanda tahun 1968/1969, mengatakan bahwa: “Hukum Adat itu berubah-ubah selaras dengan perkembangan masyarakat dan rakyat, karena sebagai pernyataan rasa keadilan dan kepatutan rakyat, perkembangan Hukum Adat sejalan dan secepat dengan perkembangan kehidupan rakyat dalam masyarakat.”¹⁵⁰

Berbagai pendapat yang dikemukakan oleh pakar hukum Adat menunjukkan corak, sifat dan ciri hukum Adat, seperti: tidak tertulis, tradisionil, dinamis, plastisch, religio magis, komunal, kontan, konkrit, dan lain-lain.¹⁵¹ Oleh karena itu hukum Adat sebagai “Hukum Indonesia” yang mempunyai corak, sifat, dan ciri yang khas tersendiri yang berbeda dengan sistem hukum yang dianut di negara Barat. Dalam hubungan dengan sifat dan ciri khas Hukum Adat ini **Mohammad Koesnoe** menyebut Hukum Adat adalah salah satu type Hukum yang ada di dunia yang mempunyai konsep dan unsur-unsur tersendiri yang berbeda dengan

149 *Ibid.*

150 *Ibid.*, h. 53.

151 Mengenai ciri-ciri dan sifat-sifat Hukum Adat akan diuraikan lebih lanjut dan lengkap dalam bagian Karakteristik Hukum Adat.

sistem hukum yang lain.¹⁵²

E. Sejarah Singkat Pertumbuhan Hukum Civil Law/Romawi Jerman/ Eropa Kontinental dan Hukum Common Law/Anglo Saxon/Anglo American, serta Hukum Adat

1. Hukum Civil Law/Romawi Jerman/Eropa Kontinental

Berdasarkan sejarahnya hukum Civil Law/Romawi Jerman/ Eropa Kontinental bersumber dari Hukum Romawi Kuno. Pada awalnya di negara-negara Eropa Kontinental itu berlaku hukum kebiasaan yang merupakan hukum asli mereka masing-masing, seperti di Perancis dikenal hukum kebiasaan yang dinamakan “droit de coutumes” dan di Belanda dikenal dengan “gewoonte recht.”¹⁵³ Pengaruh Hukum Romawi ini terjadi ketika Romawi menguasai Eropa Barat dan Eropa Tenggara melalui penjajahan. Meski pada mulanya di negara-negara jajahan tersebut masih berlaku hukum kebiasaan masing-masing, namun dalam perkembangannya Hukum Romawi diresepsi karena dipandang lebih sempurna, karena sejak abad pertama di kota Roma terdapat para ahli hukum terkenal pada masa itu seperti **Gajus, Papianus, Ulpianus, Paulus, dan Modestius** yang menciptakan sistem hukum negara Romawi.¹⁵⁴ Bahkan pada zaman kaisar **Theodosius II** dikeluarkan peraturan bahwa hakim terikat pada doktrin dari lima orang ahli hukum

152 Mohammad Koesnoe, “Hukum Adat Sebagai Salah Satu Type Hukum Didunia”, dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selekta Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof.Dr. H. Moh. Koesnoe, S.H.*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002, h. 189.

153 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 107.

154 *Ibid.*

terkenal tersebut.¹⁵⁵ Pada abad ke 6 Masehi atas perintah kaisar **Justianus**, hukum Romawi dikodifikasi kedalam sebuah kitab *Corpus Iuris Cililis*.¹⁵⁶ Menurut Sunaryati Hartono, resepsi Hukum Romawi ke dalam hukum Eropah Barat disebabkan oleh beberapa faktor, yaitu:¹⁵⁷

- 1) Mulai Abad Pertengahan banyak mahasiswa-mahasiswa dari Eropa Barat dan Utara belajar di Universitas-universitas di Itali dan Perancis Selatan (dimana Itali merupakan pusat kebudayaan Eropa).
Pada zaman ini yang dipelajari oleh ahli hukum hanya hukum Romawi. Setelah tiba ditengah airnya, maka kalau ada persoalan, hukum Romawilah yang dipergunakan, jika hukumnya sendiri tidak dapat memberi penyelesaian, bahkan ada kalanya jika hukumnya sendiri dapat dipergunakan, mereka sengaja tidak memakainya.
- 2) Adanya kepercayaan pada hukum alam yang azasi, yang dianggap sebagai suatu hukum yang sempurna dan berlaku bagi setiap tempat dan waktu (zaman). Oleh karena itu mereka yang menerima hukum alam itu tidak dapat melepaskan dirinya dari hukum Romawi yang telah dipelajarinya di negara Itali dan Perancis Selatan, maka biasanya mereka menyamakan hukum alam itu dengan hukum Romawi.

Sebenarnya Sistem Hukum Romawi Jerman ini mengalami masa-masa penggodogkan pada abad ke-12 dan ke-13, dan mulai muncul pada abad ke-13. Sejak kemunculannya

155 Mohammad Roesmali, *Seluk Beluk Hukum*, Diktat Kuliah Pengantar Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Lamdung Mangkurat, Banjarmasin 1976, h. 76.

156 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 107-108.

157 *Ibid.*, h. 108.

ini, sistem hukum Romawi Jerman ini mengalami perkembangan secara evolusi. Selama masa evolusi ini, sistem hukum ini mengalami penyempurnaan dengan menyesuaikan keperluan masyarakat yang berkembang, sehingga hukum Romawi Jerman ini banyak dipengaruhi unsur yang datang dari luar hukum Romawi itu sendiri. Oleh karena itu menurut **Satjipto Rahardjo**, tidak dapat disamakan begitu saja sistem hukum Romawi Jerman ini dengan hukum Romawi, meski hukum Romawi Jerman ini merupakan kelanjutan hukum Romawi.¹⁵⁸

Dalam sejarah tercatat pada masa abad ke-14 sampai abad ke-17 terjadi masa dimana dikenal sebagai masa kebangkitan kembali atau yang juga dikenal *Renaissance* yang berpengaruh pada perkembangan hukum Romawi saat itu. Pada masa-masa itu terjadi kebangkitan untuk mempelajari kembali kebudayaan kuno, kebudayaan Yunani dan Romawi. Abad ke-14 merupakan era *post glossator* yang melakukan gerakan penjernihan terhadap hukum Romawi yaitu menempatkan hukum Romawi dalam hubungannya dengan perkembangan masyarakat saat itu, dengan membuang hal-hal yang dianggap tidak cocok lagi dengan perkembangan yang terjadi.¹⁵⁹ Di satu sisi, bagi hukum Romawi sendiri, kegiatan yang dilakukan tersebut dianggap telah banyak merusak hukum Romawi, karena para *post glossator* melakukan perubahan terhadap hukum Romawi, dengan tidak memakai metode yang dipakai para ahli hukum Romawi. Meski hukum Romawi saat itu dipakai namun hanya digunakan untuk menemukan peraturan yang

158 Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.*, h. 293.

159 *Ibid.*

dicocokkan dengan keperluan perkembangan masyarakat pada saat itu.¹⁶⁰ Dengan demikian hukum Romawi yang diajarkan di universitas makin jauh dari yang aslinya. Di sisi lain hukum Romawi yang berkembang tersebut diarahkan untuk dapat menghadapi perkembangan zaman, dilanjutkan dan disempurnakan dalam rangka membuat hukum yang lebih lengkap. Hukum Romawi yang dimaksud telah berubah menjadi hukum Romawi yang dapat diterapkan pada perkembangan baru, yaitu hukum Romawi yang telah dimodernisasi (*usus modernus Pandectarum*).¹⁶¹

Kebangkitan pengkajian Hukum Romawi juga terjadi di universitas-universitas dan sebagai bahan ajar untuk pengajaran hukum terdiri dari hukum Romawi dan hukum Gereja (*Cannon Law*).¹⁶² Peranan universitas sangat besar dalam pengkajian hukum Romawi, sehingga menjadi hukum yang dimodernisasi untuk menghadapi perkembangan zaman. Di universitas-universitas, mahasiswa tidak hanya diajarkan kemahiran dalam menguasai teknik-teknik hukum, tapi juga dilatih untuk dapat merumuskan hakekat keadilan. Demikian juga diajarkan suatu hukum yang ideal yang berada di atas hukum lokal.¹⁶³ Dalam pengkajian-pengkajian yang dilakukan oleh universitas ini didominasi pemikiran mazhab Hukum Alam yang memberikan banyak pengaruh dalam perombakan dan penyempurnaan Hukum Romawi. Mazhab Hukum Alam ini merajai pemikiran di universitas-universitas pada abad ke-17 dan abad ke-18 dengan menekankan pada faktor manusia dan penggunaan

160 *Ibid.*, h. 294.

161 *Ibid.*

162 *Ibid.*, h. 293.

163 *Ibid.*, h. 294-295

akal (rasio).¹⁶⁴ Mazhab Hukum Alam ini menempatkan manusia pada pusat permasalahan dan merupakan tolok ukur segala yang dilakukan di dunia. Akal manusia dipandang sebagai satu-satunya sarana menentukan peraturan yang adil atau hukum yang berlaku.¹⁶⁵ Mazhab Hukum Alam mengembangkan sistematisasi hukum atas dasar penggunaan peristilahan dan pemikiran logis dan aksiomatis. Kecenderungan pemikiran logis dan aksiomatis serta hukum yang dibuat secara sadar oleh manusia merupakan salah satu ciri dari sistem Hukum Romawi Jerman ini.¹⁶⁶

Resepsi hukum Romawi pertama sekali dilakukan oleh kota-kota di **Italia**, baru kemudian seluruh Eropa Barat melakukan hal yang serupa.¹⁶⁷ Menurut **Peter Mahmud Marzuki**, resepsi atas hukum Romawi oleh Italia terjadi lebih awal disebabkan oleh karena kebutuhan akan studi hukum yang bergengsi, kebutuhan terhadap hakim-hakim dan pejabat yang terlatih di masyarakat yang sedang tumbuh, dan sebagian besar mahasiswa Bologna adalah orang-orang Italia.¹⁶⁸ Dengan adanya resepsi ini, maka *Corpus Iuris Civilis* diajarkan di universitas dan diterapkan di pengadilan.

Resepsi hukum Romawi di **Jerman** terjadi pada akhir abad pertengahan, dan resepsinya bersifat total. Adapun penyebab terjadinya resepsi hukum Romawi oleh Jerman ini menurut Peter Mahmud Marzuki disebabkan beberapa faktor, yaitu:¹⁶⁹

164 *Ibid.*, h. 295-296.

165 *Ibid.*, h. 296.

166 *Ibid.*

167 Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.*, h. 269.

168 *Ibid.*, h. 270.

169 *Ibid.*, h. 271-272.

Pertama, tidak adanya unifikasi hukum di Jerman dan tidak memadainya hukum Jerman yang beraneka ragam mendorong untuk resepsi hukum Romawi. *Kedua*, tidak adanya hukum tertulis sulit untuk mendapatkan aturan yang pasti. *Ketiga*, tidak adanya hukum tertulis dipandang sebagai suatu penyebab utama tidak sistematis dan tidak terstruktur secara rasional hukum Jerman. *Keempat*, terfragmentasinya tertib hukum menyebabkan tidak terciptanya profesi hukum yang kuat dengan pengetahuan yang luas. *Kelima*, sumber daya manusia yang terlatih di bidang hukum semakin dibutuhkan untuk menggantikan para administrator kerajaan yang tidak terlatih dan mereka yang dapat direkrut sebagai tenaga-tenaga terlatih tidak lain adalah para mahasiswa yang mengenyam pendidikan hukum Romawi dari universitas-universitas di Italia.

Hukum Romawi yang diresepsi tidak hanya *Corpus Iuris Civilis*, tapi juga produk-produk para *Glossator*¹⁷⁰ dan *Commentator*¹⁷¹. Meski demikian resepsi hukum Romawi

170 Tugas *glossator* terutama adalah mempelajari makna *Corpu Iuris Civilis*. Para *glossator* adalah para dosen di Fakultas Hukum Universitas Bologna. Dosen membaca dan mengoreksi bahasa teks yang ditulis tangan dan para mahasiswa menyimak salinan naskah dengan sesekali membetulkan jika memang dosen membuat kesalahan. Oleh karena teks yang dibaca itu sangat sukar dipahami, teks itu perlu dijelaskan. Oleh karena itulah, setelah membaca teks itu dosen lalu melakukan *glossir*, yaitu memberi keterangan kata demi kata dan baris demi baris. Mereka memberi ilustrasi mengenai makna dari suatu paragraph tertentu (Baca Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, h. 23).

171 Pada abad XIII, *glossator* digantikan oleh *commentator* yang bekerja atas dasar-dasar yang diletakkan oleh para *glossator*. Mereka selangkah lebih maju dengan melakukan *glossir* bukan terhadap setiap teks satu persatu dan mempersiapkan komentar yang sistematis terhadap masalah-masalah hukum. Mereka tidak mengabaikan hukum yang ada, tetapi membuat sintesis dengan hukum yang ada tersebut dan dengan demikian mereka memberikan sumbangan dalam mengantarkan mempraktikkan hukum yang tertuang di dalam *Corpus Iuris Civilis* (Baca Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, h. 24).

di Jerman tidaklah sama, semakin ke utara semakin kuat masih mempertahankan hukum Jerman, bahkan sampai abad ke-15 ada beberapa kota yang masih mempertahankan sistem hukum Jerman.¹⁷²

Negara yang juga meresepsi hukum Romawi adalah **Perancis**. Di Perancis, sebelum dilakukan unifikasi hukum oleh Napoleon Bonaparte berlaku hukum Germania dan hukum Romawi. Di bagian utara dan tengah berlaku hukum lokal (*pays de droit coutumier*) yang hukum kebiasaan Perancis kuno yang tumbuh sebagai hukum lokal yang berasal dari hukum Germania. Sedangkan bagian selatan berlaku hukum Romawi (*pays de droit eerit*) yang telah mengalami kodifikasi dalam Corpus Iuris Civilis.¹⁷³ Hukum perkawinan diseluruh Perancis berlaku hukum Kanonik (*Codex Iuris Canonici*) yang ditetapkan oleh Gereja Katholik Roma.¹⁷⁴ Tidak adanya kesatuan hukum di Perancis ini terjadi dalam waktu yang lama sampai munculnya aliran-aliran yang memunculkan kesadaran pentingnya kesatuan hukum diseluruh Perancis pada bagian kedua abad ke-17. Desakan diadakannya kesatuan hukum datang dari parlemen di provinsi-provinsi di Perancis, dan juga dari para pakar terkemuka seperti **Charles Doumolin, Jean Domat, Robert Joseph Pothier, dan Francois Bourjon**.¹⁷⁵ Sampai akhir abad ke-17 dan bagian pertama abad ke-18 keinginan untuk menyatukan hukum yang berlaku di seluruh Perancis belum terwujud. Meski demikian dalam kurun waktu tersebut Raja Louis XV membuat tiga ordonansi, yaitu *Ordonance*

172 *Ibid.*

173 Sunaryati Hartono, *Loc.Cit.*

174 *Ibid.*, h. 109.

175 *Ibid.*

sur les donations (1731), *Ordonance sur les testament* (1735), dan *Ordonance sur les substitutions fideicommissaries* (1747). Usaha kodifikasi hukum perdata di Perancis baru terwujud setelah Revolusi Perancis (1789-1795), setelah Napoleon Bonaparte membentuk panitia untuk membuat kodifikasi pada tanggal 12 Agustus 1800, yang beranggotakan **Portalis, Trouchet, Bigot de Preameneu, dan Malleville**.¹⁷⁶ Sumber kodifikasi tersebut berasal dari:¹⁷⁷

- a. Hukum Romawi yang digali dari hasil karya sarjana-sarjana terkenal Perancis seperti **Dumolin, Domat, dan Porthier**;
- b. Hukum kebiasaan Perancis, khususnya hukum kebiasaan daerah Paris;
- c. *Ordonnance sur les donations, Ordonnance sur les testament, dan Ordonnance sur les substitutions fideicommissaries*;
- d. Hukum Intermediare, yakni hukum yang ditetapkan di Perancis sejak permulaan Revolusi Perancis sampai dengan Code Civil terbentuk.

Kodifikasi hukum perdata Perancis ini selesai dan dinyatakan berlaku pada tanggal 21 Maret 1804 dan diberi nama *Code Civil des Francais*. Setelah mengalami sedikit perubahan, pada tahun 1807 diundangkan dengan nama *Code Napoleon*, yang kemudian disebut lagi dengan nama *Code Civil des Francais*.¹⁷⁸

Sebagai daerah jajahan Perancis pada waktu itu (1806-1813), *Code Civil Francais* setelah dilakukan penyesuaian

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Riduan Syahrani, *Seluk Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 2004, h. 13-14.

¹⁷⁸ *Ibid.*, h. 14.

dinyatakan berlaku di **Belanda** pada tahun 1811. Baru setelah Belanda merdeka tahun 1813 dilakukan usaha membuat kodifikasi hukum dengan membentuk panitia yang bertugas membuat rancangan kodifikasi hukum perdata yang diketuai oleh **J.M. Kemper**.¹⁷⁹ Pada tahun 1816 rancangan kodifikasi tersebut selesai dikerjakan dan disampaikan kepada raja. Rancangan kodifikasi ini ditentang keras oleh para ahli hukum bangsa Belgia (saat itu Belanda dan Belgia merupakan satu negara), karena rancangan tersebut disusun berdasarkan hukum Belanda kuno, sementara para ahli hukum bangsa Belgia menginginkan disusun berdasarkan Code Civil Perancis.¹⁸⁰ Setelah mengalami sedikit perubahan, rancangan ini yang dikenal dengan nama "*ontwerp Kemper*" (Rencana Kemper) pada tanggal 22 November 1820 disampaikan ke parlemen Belanda (*Tweede Kamer*). Di lembaga perwakilan rakyat Belanda ini Rencana Kemper ini mendapat tantangan yang hebat dari anggota-anggota perwakilan bangsa Belgia yang merupakan wakil dari bagian selatan Belanda, terutama dari Ketua Pengadilan Tinggi kota Luik, **Nicolai**.¹⁸¹ Tahun 1821 Rencana Kemper ini ditolak oleh perwakilan rakyat Belanda, dan setelah Kemper meninggal dunia tahun 1824, pimpinan rencana kodifikasi ini diserahkan kepada Nicolai. Ditangan Nicolai ini keinginan sarjana-sarjana hukum dari selatan Belanda (Belgia) terakomodasi. Hal ini terlihat dari rancangan kodifikasi yang sebagian besar berasal dari Code Civil Perancis, dan hanya beberapa bagian kecil yang masih mempertahankan hukum Belanda

179 *Ibid*

180 *Ibid*.

181 *Ibid.*, h. 15.

kuno. Oleh karena itu kodifikasi hukum perdata Belanda itu disebut sebagai ciplakan dari Code Civil Perancis.¹⁸² Penyusunan kodifikasi ini dimulai dari 1822 sampai 1826, bagian per bagian dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata ini dikerjakan dan rampung seluruhnya pada tahun 1829. Pemberlakuan kodifikasi hukum perdata Belanda ini mengalami keterlambatan dari semula ditetapkan berlaku tanggal 1 Februari 1831 bergeser menjadi tanggal 1 Oktober 1838. Tertunda berlakunya kodifikasi ini disebabkan karena terjadi pemberontakan di bagian selatan Belanda (1830-1839) yang mengakibatkan terpisahnya Belanda dan Belgia. Oleh karena itu pada bulan Januari 1831 dikeluarkan *Koninklijk Besluit* yang isinya menyatakan menunda berlakunya kodifikasi hukum perdata tersebut. Kemudian menyusul *Koninklijk Besluit* yang menunjuk komisi perbaikan karena dipandang kodifikasi yang disusun tersebut kurang memperhatikan pikiran-pikiran hukum dari bagian utara Belanda. Setelah mengalami sedikit perubahan, maka melalui *Koninklijk Besluit* tanggal 10 April 1838 (*Stb.* 138 Nomor 12) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda dinyatakan berlaku mulai tanggal 1 Oktober 1838.¹⁸³ Pada waktu yang bersamaan dinyatakan pula berlaku *Wetboek van Koophandel (WvK)*, *Burgerlijk Rechtsvordering (BRv)*, sementara itu *Wetboek van Strafrecht (WvS)* diberlakukan belakangan.¹⁸⁴

Perkembangan hukum dagang dipengaruhi oleh lahirnya kota-kota di Eropa Barat sebagai pusat perdagangan internasional, khususnya di Perancis Selatan dan Itali. Tidak

182 *Ibid.*

183 *Ibid.*, h. 16.

184 *Ibid.*, h. 15.

seperti hukum perdata Perancis, yang banyak meresepsi hukum Romawi, hukum dagangnya tidak demikian.¹⁸⁵ Hukum Romawi tidak dapat menyelesaikan persoalan-persoalan yang timbul dalam dunia perdagangan yang waktu itu lebih modern. Oleh karena itu dibuat peraturan hukum baru, yang seiring dengan waktu berkembang menjadi himpunan peraturan yang berdiri sendiri, yang dinamakan hukum dagang, yang menjadi hukum yang berlaku bagi para pedagang.¹⁸⁶ Para pedagang merupakan kelas yang tertutup yang dinamakan *gilde*.¹⁸⁷ Pada awalnya, hukum dagang bersifat kedaerahan, kemudian dibuat *Ordonance du Commerce* (1673) yang mengatur hukum dagang, dan *Ordonance de la Marine* (1681) yang mengatur hukum perniagaan laut. Setelah revolusi Perancis, *gilde* dihapus, namun pemisahan hukum dagang dengan hukum perdata masih terus berlanjut. Tahun 1807 dibuat *Code de Commerce* yang bahan dasarnya berasal dari *Ordonance de la Marine* dan *Ordonance du Commerce*.¹⁸⁸

2. Hukum Common Law/Anglo Saxon/Anglo American

Rene David dan **John C. Brierly** membuat periodisasi Common Law ke dalam tahapan sebagai berikut:

a. Sebelum Penaklukan Oleh Bangsa Normandia Di Tahun 1066.

Sebelum, hingga dan selama beberapa waktu setelah penaklukan bangsa Normandia yang dipimpin oleh **William the Conqueror**, keadaan di Inggris ini penduduknya sedikit,

185 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 111.

186 *Ibid.*

187 *Ibid.*

188 *Ibid.*

perkampungannya terpisah-pisah jauh satu sama lain dan transportasi/perjalanan sulit. Pada masa ini berlaku hukum setempat karena masing-masing daerah mempunyai hukum kebiasaan sendiri, dan setiap masyarakat di masing-masing daerah tersebut mempunyai badan pengadilannya sendiri dan hukum yang diterapkan adalah hukum kebiasaan setempat (*Customary Law*).¹⁸⁹

b. Masa Pembentukan Common Law Dari Tahun 1066 Sampai ke Penggabungan Tudors Tahun 1485.

Pada masa ini berlangsung pembentukan Common Law, yaitu masa dimana terjadi penerapan sistem hukum ini secara luas dengan mengenyampingkan hukum-hukum setempat yang berlaku lokal. Pengaruh penaklukan bangsa Normandia terhadap hukum di Inggris adalah di satu sisi hukum kebiasaan setempat masih tetap diakui, karena William the Conqueror berjanji memelihara hak-hak dan hukum kebiasaan setempat. Pada sisi lain pada waktu yang sama pemerintahan orang Normandia membangun pemerintahan pusat yang kuat dan secara perlahan-lahan pengawasan pemerintah pusat terhadap pelaksanaan hukum terus meningkat yang mengakibatkan kemunduran pengadilan-pengadilan setempat.¹⁹⁰ Dua abad setelah penaklukan bangsa Normandia tersebut, di Inggris terjadi unifikasi hukum baik dalam bidang administrasi maupun dalam hukum harta kekayaan, khususnya tanah diseluruh

189 Abdulkadir Muhammad (Penterjemah), *Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1980, h. 4. (Judul aslinya adalah *Business Law*, edisi 1978, tulisan S.B. Marsh dan J. Soulsby, penerbit McGraw-Hill Book Company (UK) Limited).

190 *Ibid.*, h. 5.

wilayah kerajaan Inggeris dianggap sebagai milik raja.¹⁹¹

Pada masa itu sistem pemerintahan bersifat feodalistis. Raja memegang pemerintahan di pusat, sementara wilayah negara dibagi-bagi dalam beberapa bagian yang masing-masing diperintah oleh seorang Lord. Lord diakui sebagai pemilik atas tanah dan penduduk yang berada dalam wilayah kekuasaannya berstatus sebagai penyewa tanah. Hubungan antara Raja dan Lord merupakan hubungan ke-taatan dengan sistem “upeti.” Kekuasaan Lord luar biasa besar, sehingga dapat membentuk pengadilan sendiri (*manorial court*) dan hukum yang dipakai ditetapkan sendiri oleh Lord di samping hukum kebiasaan setempat (*costomary law*).¹⁹²

Sementara itu Pengadilan-pengadilan pusat yang bersidang secara tetap di Westminster (*The Court of Westminster*) atau *The Royal Court of Justice* mengalami perkembangan dengan adanya panitia-panitia khusus dari Dewan Penasehat Raja (*King’s Council*) dipercayakan untuk memeriksa sengketa hukum. Pada saat yang bersamaan, hakim-hakim kerajaan dikirim ke seluruh negeri dalam rangka pengawasan lebih dekat terhadap pelaksanaan peradilan. Sidang-sidang para hakim ini dikenal sebagai “Assizes.”¹⁹³ Lembaga-lembaga baru, khususnya hakim-hakim keliling yang dikirim ke seluruh negeri ini membawa perubahan yang sangat penting dalam hukum, yaitu terjadinya unifikasi melalui kebiasaan-kebiasaan setempat yang beragam tersebut. Keadaan ini dibantu pula oleh raja yang membuat peraturan-peraturan hukum baru yang

191 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 98.

192 *Ibid.*

193 Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, h. 5.

berlaku secara nasional, seperti pada masa Raja Henry II. Di samping itu peran pengadilan-pengadilan permanen yang mempunyai wilayah kerja seluruh negeri mempunyai andil terciptanya unifikasi hukum.¹⁹⁴

Pada masa pemerintahan Raja Henry II telah ditetapkan hal-hal antara lain: *pertama*, untuk kepastian hukum dibuat kitab dalam bahasa latin yang menguraikan hukum Inggeris pada waktu itu oleh Glanvill (chief justiciar dari raja Henry II) dengan judul “De Legibus Angliae”; *kedua*, diintrodusirnya *sistem writ*¹⁹⁵dalam sistem hukum Inggeris; *ketiga*, pengadilan-pengadilan yang dibentuk oleh para Lord yang menggunakan hukum kebiasaan setempat disentralisasi kedalam *royal court* dan hukum yang digunakan tidak lagi hukum kebiasaan setempat, tetapi sudah menggunakan *common law* yang merupakan unifikasi dari hukum kebiasaan yang sudah dinyatakan dalam putusan hakim.¹⁹⁶

Dengan demikian, kebiasaan-kebiasaan setempat yang berbeda itu secara berangsur-angsur digantikan oleh suatu kumpulan-peraturan yang diberlakukan di seluruh Inggris, yang akhirnya dikenal sebagai Common Law.

c. Masa Pengembangan “Kaidah Equity” Dari Tahun 1485 Sampai 1832.

Pada priode ini berkembang sistem kaedah lain yang

194 *Ibid.*

195 *Writ* adalah surat perintah dari raja kepada tergugat untuk membuktikan bahwa alasan-alasan yang dikemukakan oleh penggugat mengapa ialah yang berhak, adalah tidak benar (Sunaryati Hartono, *Capita Selecta Perbandingan Hukum*, Alumni Bandung, 1982, h. 99).

196 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 99.

disebut *Equity*. Sistem *Equity* ini berkembang disamping *Common Law* dengan fungsi melengkapi dan pada hal-hal tertentu mengoreksi *Common Law*. Munculnya sistem *Equity* ini dapat dijelaskan sebagai berikut: Pada awalnya hukum yang dipergunakan di Royal Court adalah common law yang bersumber dari *Jurisprudensi* dan sistem *writ*.¹⁹⁷ *Writ* berupa formulir-formulir yang terbatas untuk perkara-perkara tertentu dengan prosedur yang rumit. Orang yang mengajukan suatu perkara harus memasukkan ke dalam suatu jalur yurisdiksi yang disebut aksi *super casum*, sehingga menjadi sah perkara yang diajukan dan dapat diperiksa.¹⁹⁸ Dalam perkembangannya aksi *super casum* ini menjadi semakin terperinci, sehingga memunculkan jalur-jalur yurisdiksi seperti aksi-aksi *assumpsit*, *deceit*, *trover*, *negligence* dan lain-lain. Setiap *writ* melekat prosedur yang khusus yang harus dipatuhi.¹⁹⁹ Oleh karena itu jika suatu perkara tidak dapat dimasukkan ke dalam suatu *writ*, maka pihak yang dilanggar haknya tersebut tidak dapat menggugat pihak yang merugikannya. Dengan demikian sistem *writ* ini tidak mampu memberikan penyelesaian terhadap suatu kasus, dan menimbulkan kekakuan dalam *common law*.

Dalam hal orang-orang yang merasa dirugikan tersebut dan tidak bisa mendapatkan keadilan pada pengadilan raja *Royal Court*, maka mereka mencari keadilan kepada pemimpin agama dalam hal ini *gereja (Lord Chancellor)*.²⁰⁰

197 *Ibid.*, h. 100.

198 Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, h. 304.

199 *Ibid.*

200 Royal Court adalah pengadilan yang hakim-hakimnya diangkat oleh raja dan mengadili atas nama raja, sedangkan Lord Chancellor adalah rokhaniawan, maka yang dikenalnya adalah hukum gereja (hukum Kanonik), sehingga putusan-putusan yang dijatuhkan adalah berdasarkan hukum kanonik (Sunarjati Hartono, *Capita Selecta Perbandingan Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, h. 100).

Dalam perkembangannya, karena semakin banyak yang pergi mencari keadilan kepada *Lord Chancellor*, maka terbentuklah pengadilan baru yang dikenal *Court of Chancery* yang mengadili perkara-perkara yang tidak dapat diajukan kepada *Royal Court*.

Sunaryati Hartono mencontohkan perkara yang terpenting yang mencari keadilan kepada *Court of Chancery* adalah mengenai *trust*.²⁰¹ Dalam sistem *Common Law* hanya anak laki-laki dewasa yang mempunyai hak waris, sedangkan seorang wanita dewasa dan anak-anak yang belum dewasa tidak mempunyai hak waris. Dalam hal seorang suami yang ingin mewariskan hartanya kepada isteri dan anak-anaknya setelah ia meninggal, maka ia harus memasukkan ke dalam clause *trust*, yaitu secara formal menyerahkan hartanya kepada seorang laki-laki dewasa yang ditugaskan untuk menyelenggarakan kepentingan-kepentingan isteri dan anak-anak pewaris. Hak pada seorang laki-laki dewasa itu disebut “*a right at Common Law*” dan hak isteri dan anak-anaknya disebut “*right in equity*”.²⁰² Dalam hal terjadi penyelewengan dengan tidak diberikan harta benda tersebut kepada isteri dan anak si pewaris, sehingga terlantar hidupnya, pihak yang dirugikan dalam hal ini pihak isteri dan anak si pewaris tidak dapat menuntut hak mereka melalui *Royal Court* karena tidak memiliki “*right at Common Law*”. Oleh karena itulah pihak yang merasa dirugikan dan merasa terjadi ketidakadilan itu meminta keadilan kepada *Lord Chancellor*, supaya warisan diserahkan kepada isteri dan anak-anak si pewaris.²⁰³

201 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 100.

202 *Ibid*, h. 101.

203 *Ibid*.

Dengan terbentuknya *Court of Chancery*, maka sejak itu terdapat dua macam sistem hukum, yaitu sistem hukum *Common Law* yang berlaku pada *Royal Court*, dan sistem hukum *Equity* yang berlaku pada *Court of Chancery*. Kemudian sejak dikeluarkannya Undang-Undang Badan Pengadilan *Judicature Act (1873-1875)*, maka kedua macam pengadilan tersebut yaitu pengadilan-pengadilan *Common Law* dan pengadilan-pengadilan *Equity* dihapus dan menggantinya dengan Mahkamah Pengadilan Agung (*Supreme Court of Judicature*). Dengan demikian baik perkara *Common Law* dan perkara *Equity* tidak lagi diadili oleh pengadilan yang terpisah, tetapi *Supreme Court of Judicature* mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan kedua-duanya baik *Common Law* maupun *Equity* berdasarkan peraturan hukum acara yang sama.²⁰⁴

d. Periode Modern *Common Law* Dari Tahun 1832 Sampai Sekarang.

Pada priode ini, *Common Law* mengalami perkembangan dalam penggunaan hukum yang dibuat atau peraturan perundang-undangan. Penggunaan perundang-undangan tidak terhindarkan dalam menghadapi tuntutan kehidupan modern. Pada mulanya, perundang-undangan dalam bentuk Dekrit Raja dan fungsinya melengkapi dan mengoreksi peraturan-peraturan *Common Law* dan *Equity*, sedangkan kerangka hukum yang pokok tumbuh melalui putusan-putusan pengadilan.²⁰⁵ Kemudian, sejalan dengan perkembangan industrialisasi, ledakan pen-

204 Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*,h. 8.

205 *Ibid.*, h. 10.

duduk, dan pertumbuhan daerah perkotaan yang luas menciptakan masalah-masalah sosial, ekonomi, dan kemanusiaan, dimana *Common Law* dan *Equity* tidak dapat menyesuaikan.²⁰⁶ Ditambah lagi masalah-masalah yang belum pernah terjadi seperti masalah kesehatan umum, pendidikan, transportasi, penggunaan dan perlindungan sumber-sumber alam, pengeloaan ekonomi, dan konsep negara sejahtera, yang tidak dapat dipenuhi oleh *Common Law* dan *Equity*. Memang dimungkinkan penggunaan yurisprudensi dalam pembentukan hukum yang baru, namun disadari penggunaan cara ini dianggap terlalu lambat karena tergantung pada ada atau tidaknya perkara yang diajukan kepada pengadilan,²⁰⁷ sementara lembaga-lembaga baru dan peraturan-peraturan hukum yang baru serta konsep-konsep baru harus diciptakan dengan cepat.²⁰⁸ Oleh karena itu tidak bisa lagi dilakukan dengan cara tradisonal, maka dari itu diperlukan cara pembentukan hukum yang lain yaitu melalui Parlemen. Hukum perundang-undangan (*Statute Law*) terdiri dari peraturan-peraturan yang secara formal dibuat oleh suatu badan yang mempunyai kekuasaan konstitusional untuk membuat undang-undang, yaitu Parlemen. Undang-undang yang dibuat Parlemen disebut “Act of Parliament”.²⁰⁹ Sejumlah besar undang-undang telah dibuat, yang menciptakan bidang-bidang hukum baru. Dengan demikian, sekarang perundang-undangan telah menjadi sumber hukum baru, sehingga hukum di Inggris terdiri dari putusan hakim,

206 *Ibid.*, h. 11.

207 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 104.

208 Abdulkadir Muhammad, *Loc.Cit.*

209 *Ibid.*, h. 10.

perundang-undangan, dan kebijaksanaan pemerintah (eksekutif) yang berdasarkan hukum yang berlaku, dan kebiasaan-kebiasaan yang diakui oleh pengadilan maupun oleh lembaga negara lainnya.²¹⁰

Perkembangan sistem hukum di **Amerika Serikat** berbeda dengan sistem hukum di Inggris. Meskipun Amerika Serikat merupakan negara bekas jajahan Inggris, namun negara ini mengembangkan sendiri sistem hukum dan substansi hukumnya yang berbeda dari sistem hukum di Inggris, kendati demikian hampir seluruh negara bagian bersistem Common Law, kecuali negara bagian Louisiana yang menganut sistem *Civil Law*.²¹¹ Peter Mahmud Marzuki mengemukakan, bahwa: “pada masa penjajahan Inggris sebagian besar daerah jajahan bagian utara terutama Massachusetts, sistem hukumnya benar-benar menyimpang dari sistem hukum Inggris atau setidaknya menyimpangi praktik-praktik yang berlaku di pengadilan kerajaan Inggris di London.”²¹²

Menurut Peter Mahmud Marzuki, pada masa penjajahan Inggris, sistem hukum Amerika terbentuk dari unsur-unsur: hukum lokal yaitu berupa kebiasaan-kebiasaan masyarakat yang oleh M. Friedman sebagaimana dikutip oleh Peter Mahmud Marzuki disebut “remembered folk-law”; hukum baru yang diciptakan karena kebutuhan ; dan hukum yang dibuat atas dasar ideologi para pendatang.²¹³ Baru pada abad XVIII Inggris memaksakan berlakunya model hukum Inggris di tanah jajahannya ini, yang diikuti dengan membentuk

210 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 106.

211 Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.*, h. 281.

212 *Ibid.*

213 *Ibid.*, h. 182.

pengadilan-pengadilan baru dan penetapan pajak-pajak baru, dan tindakan-tindakan lain yang mengakibatkan perlawanan, yang melahirkan revolusi, dan berujung pada merdekanya Amerika.²¹⁴

Dalam perkembangan selanjutnya, pertengahan abad XVIII Amerika berkembang menjadi negara yang menarik, jumlah penduduknya bertambah, kota-kota di negara ini tumbuh dan berkembang, dan transaksi perdagangan marak terjadi.²¹⁵ Semua itu memerlukan hukum yang tidak hanya mengatur masyarakat yang kecil dan tradisional, namun diperlukan pula hukum yang dapat memenuhi keperluan dalam kegiatan ekonomi dan perdagangan. Hal ini dapat dipenuhi dengan menggunakan hukum yang dipraktikkan di Inggris dan negara-negara Eropa lainnya.²¹⁶ Di samping itu menurut Peter Mahmud Marzuki, Amerika mempunyai ikatan budaya yang kuat dengan Inggris, yang terlihat dari fakta bahwa para lawyers yang berpraktik di tanah jajahan adalah orang-orang Inggris, bahan-bahan hukum yang mereka gunakan adalah hukum Inggris, semua buku hukum berisi hukum Inggris, semua kasus yang dipublikasi berbahasa Inggris, setiap orang yang ingin belajar hukum harus membaca buku-buku Inggris dan buku buku itu berisi hukum Inggris.²¹⁷ Dua hal ini, yaitu *pertama* keperluan akan hukum yang dapat memenuhi kebutuhan perkembangan kegiatan ekonomi dan perdagangan dengan menggunakan hukum yang berlaku di Inggris, dan *kedua* ikatan budaya yang kuat dengan Inggris inilah yang menurut Peter Mahmud

214 *Ibid.*, h. 283.

215 *Ibid.*

216 *Ibid.*, h. 284.

217 *Ibid.*

Merzuki yang menyebabkan sistem hukum Amerika Serikat merupakan keluarga hukum *Common Law*.²¹⁸

Dalam perkembangan selanjutnya, sebagai negara yang merdeka, Amerika Serikat mengalami kemajuan yang pesat di bidang politik maupun ekonomi, sehingga negara ini mulai mengembangkan sistem hukum sendiri yang berbeda dengan negara yang pernah menjajahnya Inggris. Menurut Peter Mahmud Marzuki,²¹⁹ ada tiga karakter yang membedakan hukum Amerika Serikat dengan hukum di Inggris, yaitu *pertama*, hukum tertinggi (Konstitusi) Amerika Serikat bersifat tertulis, ini berbeda dengan di Inggris yang tidak mengenal konstitusi tertulis. Di Inggris, praktik ketatanegaraan didasarkan pada *convention*. *Kedua*, meski sama-sama terikat dengan doktrin *stare decisis*, hakim-hakim Amerika Serikat lebih berani melakukan *distinguish* terhadap putusan-putusan hakim terdahulu untuk kasus-kasus serupa daripada hakim-hakim Inggris atas dasar terjadinya perubahan filosofis atas *reasoning* yang melandasi putusan itu (melakukan *distinguish* terhadap putusan-putusan hakim terdahulu, artinya tidak menggunakannya sebagai pedoman untuk memutuskan kasus-kasus serupa), dan *ketiga*, Amerika Serikat lebih mengembangkan kodifikasi baik untuk negara bagian maupun negara federal dibandingkan Inggris.

3. Hukum Adat

Bushar Muhammad membagi sejarah perkembangan hukum Adat atas sejarah ilmu hukum Adat {*geschiedenis van*

218 *Ibid.*

219 *Ibid.*, h. 284-285.

de (adat)-rechtswetenschap} dan sejarah hukum Adat {(*adat rechtsgeschiedenis*)}.²²⁰ Menurutnya, perhatian terhadap hukum adat terwujud dengan dilahirkannya suatu ilmu hukum adat. Di samping itu perhatian terhadap hukum Adat juga terwujud dalam dijalankannya suatu politik hukum Adat. Oleh karena itu Bushar Muhammad membagi sejarah perkembangan hukum Adat atas: sejarah perkembangan ilmu hukum Adat, dan sejarah politik hukum Adat, sebagai berikut:²²¹

a. Sejarah Perkembangan Ilmu Hukum Adat

Dalam bukunya yang berjudul “Asas-Asas Hukum Adat,” Bushar Muhammad menjelaskan bahwa **van Vollenhoven** dalam bukunya yang berjudul “*De ontdekking van het adatrecht*” menggambarkan secara lengkap sejarah “penemuan hukum adat” dalam arti menggambarkan siapa-siapa yang berjasa, baik itu sarjana-sarjana, ahli-ahli, dan para peminat yang menyelidiki, melaporkan, menganalisa, menulis, dan menyusun hukum Adat itu. Dengan adanya kegiatan-kegiatan yang dilakukan mereka inilah maka dimulailah suatu riwayat suatu cabang ilmu hukum, yaitu riwayat tentang ilmu hukum Adat (*adatrechtswetenschap*). Dengan demikian, menurut Bushar Muhammad buku van Vollenhoven yang kemudian diringkas oleh **Soekanto** dalam bukunya yang berjudul “Meninjau Hukum Adat Indonesia” itu menggambarkan sejarah ilmu hukum Adat.²²²

Menurut **van Vollenhoven**, kesadaran orang Timur (*Oostersche bewustwording*) itu baru terdapat pada

220 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 59.

221 *Ibid.*, h. 57-206.

222 *Ibid.*, h. 58-59.

tahun 1918. Kasadaran orang Timur yang dimaksud van Vollenhoven adalah kesadaran bahwa hukum adat itu baru diperlihatkan kepada dunia luar yaitu kepada orang Asing.²²³ Tujuannya menurut **Soekanto**, adalah untuk diketahui, dimengerti, untuk menyadari bahwa hukum adat kita adalah hukum yang tidak dapat diabaikan begitu saja, yang derajatnya tidak lebih rendah dari hukum bangsa lain.²²⁴ Meskipun kesadaran mengemukakan hukum Adat ke dunia luar itu terjadi sejak tahun 1918, namun sebenarnya jauh sebelum kedatangan orang Barat, yaitu pada kira-kira tahun 1000 sudah terjadi pencatatan (*optekening*) hukum Adat. Walaupun pencatatan itu dilakukan untuk keperluan praktik, dan bukan untuk menampilkan hukum Adat kepada orang Asing. Pada sekitar tahun 1000, raja **Dharmawangsa** dari Jawa Timur memerintahkan untuk membuat kitab yang bernama *Ciwacasana*. Demikian pula Patih **Gajah Mada**²²⁵ dari kerajaan Majapahit memerintahkan pembuatan kitab yang bernama *Gajah Mada*, dan Patih yang lain dari Majapahit yang bernama **Kanaka**²²⁶ memerintahkan menyusun kitab yang bernama *Adigama*. Di Bali juga ditemukan kitab hukum yang bernama *Kutaramanawa*.²²⁷

Sejak kedatangan orang-orang Barat ke Nusantara, yang diperkirakan sekitar tahun 1500 an, sebelum zaman VOC, telah terjadi penulisan tentang keadaan beberapa daerah yang dikunjunginya, seperti dilakukan oleh **Aernoudt Lintgensz**²²⁸ yang menulis tentang Bali pada tahun 1597.

223 Soekanto, *OpCit.*, h. 21.

224 *Ibid.*

225 Gajah Mada adalah Patih Kerajaan Majapahit dari tahun 1331 – 1364.

226 Kanaka adalah Patih Kerajaan Majapahit dari tahun 1413 – 1430.

227 Soekanto, *Loc.Cit.*.

228 Aernoudt menulis pada tahun 1597.

Demikian pula yang dilakukan oleh **Justus Heurnius**²²⁹ yang pada tahun 1638 menulis tentang Flores dan Bali, serta **Rumphius** menulis sejarah Ambon. Meski telah dilakukan penulisan dalam bentuk laporan tentang keadaan daerah-daerah tersebut, akan tetapi tidak menyangkut tentang hukum adat, walaupun ada itupun sedikit.²³⁰

Pada masa VOC (tahun 1602 – 1800), orang Belanda juga tidak ada yang menulis laporan tentang hukum Adat, meski tercatat ada yang membuat laporan yang menggambarkan kehidupan orang Indonesia pada zaman itu. Di antara yang menulis laporannya itu adalah: **Johan van Twist**²³¹ yang membuat laporan tentang “orang benua”; **Gerrit Demmer**²³² membuat laporan tentang pemerintahan dan organisasi rakyat dalam masyarakat Ambon; **Rijckloff van Goens**²³³ menulis nota yang menggambarkan tentang pulau Jawa dan penduduknya; **Cornelis Speelman**²³⁴ mengumpulkan bahan-bahan tentang Sulawesi Selatan dan Mataram; **Robert Padtbrugge**²³⁵ menulis tentang perjalanannya ke Sulawesi Utara dan kepulauan Sangihe, serta menulis adat istiadat Minahasa; **Joan Frederik Gobius**²³⁶ melakukan pemisahan antara unsur-unsur asli dan unsur-unsur yang berasal dari agama Islam dalam hukum adat, dan juga

229 Justus Heurnius adalah seorang pendeta dan dokter.

230 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 62.

231 Johan van Twist adalah Gubernur Malaka yang pertama.

232 Gerrit Demmer adalah Gubernur Amboina dari tahun 1642 – 1647.

233 Rijckloff van Goens adalah Gubernur Jenderal dari tahun 1678 – 1681.

234 Cornelis Speelman adalah Gubernur Jenderal dari tahun 1681 - 1684 yang menggantikan Rijckloff van Goens.

235 Robert Padtbrugge adalah seorang dokter yang menjabat Gubernur di Ternate dari tahun 1677 – 1680, dan di Banda pada tahun 1682 – 1687.

236 Joan Frederik Gobius adalah duta (resident) pada kraton Sultan Cirebon dari tahun 1714 – 1717.

menggambarkan tentang peradilan; **Francois Valentijn**²³⁷ menulis suatu “Indische encyclopaedie” yang berjudul “Out en nieuw Oost-Indien” yang berisi tentang adat istiadat orang Indonesia; **Willem Tesmitten**²³⁸ mencatat hukum acara peradilan Jawa (*Javaanse procesregeling*) bersumberkan tulisan-tulisan dalam bahasa Jawa dan keterangan-keterangan asli.²³⁹

Di samping pencatatan hukum adat oleh orang-orang Asing sebagaimana disebutkan di atas, ternyata dikalangan orang Indonesia sendiri pada abad ke-17 ini juga melakukan pencatatan dan menulis hukum adat, seperti yang dilakukan oleh **Ridjali** pada tahun 1650 yang membuat gambaran tentang Hitu di pulau Ambon. Demikian pula pada tahun 1676 **Amanna Gappa** mencatat peraturan-peraturan tentang pelayaran dan pengangkutan laut bagi orang Wajo.²⁴⁰

Pada akhir abad ke-18, yaitu pada tahun 1783, seorang Inggris yang bernama **William Marsden**²⁴¹ menulis buku dengan judul *The History of Sumatera*, yang berisi gambaran tentang Sumatera pada akhir abad ke-18. Laporan yang disusun secara sistematis ini berisi laporan tentang pemerintahan, hukum, kebiasaan dan adat sopan santun masyarakat pribumi.²⁴² Van Vollenhoven menyebut Marsden ini sebagai seorang pionir yang merintis penemuan hukum adat, karena Marsden orang pertama yang menimbulkan kesadaran tentang kesatuan dan hubungan tali temali dari daerah dan golongan suku-suku bangsa yang kese-

237 Francois Valentijn adalah seorang pendeta.

238 Willem Tersmitten tinggal di Cirebon dari tahun 1720 – 1726.

239 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 62-63.

240 *Ibid.*, h. 63.

241 William Marsden adalah pegawai pamongpraja (Hindia) Inggris.

242 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 66.

luruhannya digolongkan dalam kompleks yang lebih luas, yaitu Melayu-polinesia, yang dalam perjalanan sejarah pada abad ke-19 disebut dengan nama “daerah Indonesia” dan “orang-orang Indonesia.”²⁴³ Orang Inggris yang kedua yang menaruh minat terhadap hukum adat ialah **Thomas Stamford Raffles**.²⁴⁴ Daerah-daerah yang termasuk penyelidikan hukum adat yang dilakukan Raffles adalah Malaya, Jawa, dan Bengkulu.²⁴⁵ Penyelidikannya tentang hukum adat Indonesia ini termuat dalam skema pajak tanah yang dapat dibaca dalam “Substance of a Minute.”²⁴⁶ Tahun 1817 bukunya yang terkenal berjudul “History of Java” selesai dan diterbitkan. Menurut Raffles, hukum adat dan hukum agama bercampur, Al Quran adalah sumber hukum di Jawa, sedangkan sumber hukum di desa adalah bersifat Hindu.²⁴⁷ Orang Inggris yang ketiga yang termasuk pionir dalam penelitian hukum adat adalah **John Crawfurd**,²⁴⁸ yang melakukan penyelidikan di Solo, Yogyakarta, dan sekitarnya, Bali, dan Sulawesi.²⁴⁹ Hasil penelitiannya ini dituangkannya dalam buku yang berjudul “History of the Indian Archipelago.” Pandangan Crawfurd tentang hukum adat terlihat dari pendapatnya yang menyatakan hukum adat adalah suatu campuran dari adat-istiadat dan hukum Hindu dan Islam.²⁵⁰

243 *Ibid.*

244 Thomas Stamford Raffles adalah Letnan Gubernur Jenderal Inggris di Pulau Jawa dari tahun 1811 – 1816.

245 Soekanto, *Op.Cit.*, h. 27.

246 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 67.

247 Soekanto, *Op.Cit.*, h. 28.

248 John Crawfurd adalah seorang dokter yang bekerja pada pemerintah Inggris, dan pernah pada tahun 1816 menjabat resident (duta) pada kraton di Yogyakarta.

249 Soekanto, *Op.Cit.*, h. 29.

250 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 68.

Ketiga orang Inggris, Marsden, Raffles, dan Crawfurd ini dianggap sebagai pionir penemuan hukum adat. Ini bukan berarti tidak ada orang Belanda yang melakukan hal yang sama. Tercatat **Herman Warner Muntinghe**,²⁵¹ orang Belanda yang dianggap hampir menyamai Marsden sebagai pionir dalam penelitian hukum adat. Jasa Muntinghe adalah penemuan desa Jawa sebagai suatu persekutuan hukum (*rechtsgemeenschap*) yang asli dengan organisasi sendiri dan hak-hak sendiri atas tanah.²⁵² Muntinghe juga dicatat sebagai orang Barat pertama yang secara sistematis menggunakan istilah ‘adat’, tapi masih belum mengenal istilah “adatrecht.”²⁵³

Setelah masa pemerintahan Inggris berakhir, digantikan kembali oleh pemerintahan Hindia Belanda, yaitu zaman Komisaris-Jenderal yang terdiri dari: van der Capellen, Du Bus, dan van den Bosch. Pada masa-masa ini perhatian terhadap hukum adat sangat minim, terutama masa van den Bosch berkuasa, yang tidak mau mengetahui lembaga masyarakat asli, adat, dan hukum adat Indonesia. Meski demikian pada masa **Jean Chretien Baud** menjabat direktur pada Departemen Koloni tahun 1829 ia berkesempatan melindungi hak ulayat desa atas tanah tandus. Ketika menjabat Gubernur Jenderal, Baud mengadakan perjalanan keliling pulau Jawa melakukan penyelidikan sendiri terhadap tanah adat. Penelitiannya ini membawa pengaruh terhadap kebijakan yang melindungi tanah adat.²⁵⁴ Pada

251 Herman Warner Muntinghe pada zamannya pernah berturut-turut menjabat sekretaris pemerintah, sekretaris dari Gubernur Jenderal Daendels, ketua Hooggerechtshof, pembantu Raffles, pembantu Komisaris Jenderal, dan anggota Raad van Indie.

252 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Loc.Cit.*

253 *Ibid.*, h. 67.

254 *Ibid.*, h. 71.

tahun 1815, Baud mendirikan *Koninklijk Instituut voor de Taal, Land en Volkenkunde van Nederlandsch Indie*, yang menerbitkan publikasi-publikasi yang berjudul *Bijdragen (tot de taal, land en volkenkunde van Nederlandsche Indie)*. Dengan didirikannya institut ini, maka perhatian terhadap hukum adat dikalangan perguruan tinggi terpusatkan pada Koninklijk Instituut tersebut.²⁵⁵ Yang berpengaruh di *Koninklijk Instituut* ini adalah sekretarisnya yang bernama **Salomon Keyzer** yang pada tahun 1850 sampai dengan tahun 1868 menjabat sebagai gurubesar pada Koninklijk Akademie di Delf.²⁵⁶ Meski Keyzer dipandang belum menemukan hukum adat sepenuhnya, karena masih beranggapan hukum orang Indonesia yang beragama Islam adalah hukum Islam (teori reception in complex), namun bila dibandingkan dengan **P.J. Veth**, guru besar di Leiden, maka Keyzer dipandang lebih progresif. Veth hampir tidak memperhatikan adat dan hukum adat, meski kemudian kesadarannya pentingnya hukum asli Indonesia ini datang pada waktu berikutnya.²⁵⁷

Perhatian terhadap hukum adat ini mulai muncul kembali pada tahun 1865, dari berbagai pihak yaitu parlemen (Staten Generaal), pamong praja, zending/gereja protestan, dan meski agak lambat dan tersentak-sentak juga dikalangan ahli-ahli hukum/juris-juris.²⁵⁸ Munculnya kembali perhatian terhadap adat dan hukum adat ini dipicu oleh masih kurangnya pengetahuan dan pemahaman tentang adat istiadat rakyat Indonesia oleh para pegawai

255 *Ibid.*, h. 76.

256 *Ibid.*

257 *Ibid.*, h. 76-78.

258 *Ibid.*, h. 78.

pamong peraja Belanda, dan terlebih lagi “hadat” atau “adat” disalahgunakan oleh beberapa pejabat Belanda sebagaimana dinyatakan oleh Menteri **Mejer** pada tahun 1857 dari laporan bekas Gubernur Jenderal **Sloet van de Beele**.²⁵⁹ Pada tahun 1864 mulai dilakukan perbaikan. Atas dasar undang-undang yang dikeluarkan tahun 1864, di Leiden didirikan pendidikan universitas baru bagi calon pegawai Pamong Praja Belanda. Tiga tahun kemudian (1867) di Betawi (Jakarta) didirikan pula pendidikan yang paralel dengan yang di Leiden tersebut untuk “Indische gezaghebber.”²⁶⁰ Dalam tahun 1864 ini pula di Delft didirikan lembaga yang dikenal dengan nama Indische Instelling, yang menjadi pusat penyelidikan dan pelajaran Lembaga-lembaga kebudayaan Indonesia, yang khusus berhubungan dengan soal-soal pemerintahan. Pada tahun 1877 lembaga pusat penyelidikan dan pelajaran semacam di Delft tersebut juga didirikan di Leiden.²⁶¹

Dengan didirikannya lembaga pendidikan dan pusat penyelidikan dan pelajaran tersebut, maka perhatian terhadap hukum adat dan lembaga-lembaga kebudayaan Indonesia semakin besar, hal ini terlihat dari kegiatan yang dilakukan oleh para pegawai-pegawai Pamong Praja Belanda yang melakukan penyelidikan di beberapa daerah di Indonesia dan menulis laporannya. Di antara pegawai-pegawai Pamong Praja Belanda itu ada dua orang yang penting dikemukakan, yaitu Wilken dan Liefrinck.²⁶² **Wilken** seorang pegawai Pamong Praja, yang pernah bertugas di

259 *Ibid.*, h. 79.

260 *Ibid.*, h. 80.

261 *Ibid.*

262 *Ibid.*, h. 82.

Buru, Gorontalo, Minahasa Barat, Sapiro, dan Mandailing (daerah Batak). Di semua daerah yang pernah menjadi tempat tugasnya, Wilken menulis tentang keadaan daerah yang dilihatnya itu. Van Vollenhoven memuji hasil karya Wilken, baik karena tebalnya tulisan maupun karena kekayaan isinya.²⁶³ Dalam menulis, Wilken menggunakan metode etnologi-perbandingan, suatu cabang ilmu yang pada masa itu masih muda.²⁶⁴ Meski Wilken mengajar etnologi atau volkenkunde, jadi sebenarnya bukan ahli hukum adat, dan tidak pernah menggunakan istilah “adatrecht.” Namun demikian berkat karya Wilken inilah hukum adat mendapat tempat yang khusus dalam lingkungan kebudayaan yang sangat luas.²⁶⁵ Tahun 1880 Wilken kembali ke Negeri Belanda, dan setahun kemudian diangkat menjadi lektor pada Universitas Leiden. Tiga tahun kemudian dia memperoleh gelar Doktor honoris causa, dan tahun 1885 menjabat sebagai gurubesar di Leiden menggantikan Veth.²⁶⁶ Pada tahun 1912 semua tulisan Wilken dikumpulkan oleh van Ossenbruggen dalam sebuah himpunan “De Verpreide geschriften” (dari Wilken), dan pada tahun 1926 diterbitkan kembali beberapa tulisan Wilken dalam himpunan “Opstellen over adatrecht” (karangan-karangan tentang hukum adat).²⁶⁷ Jika Wilken menghasilkan karyanya di Leiden, **F.A. Lieftrinck** mengerjakan tulisannya di daerah sebagai pegawai Pamong Praja. Hasil karya Lieftrinck terbatas pada suatu lingkungan hukum adat tertentu, yaitu penelitian mengenai adatrechtskring atau lingkungan adat Bali dan

263 *Ibid.*

264 *Ibid.*, h. 83

265 *Ibid.*

266 *Ibid.*, h. 82.

267 *Ibid.*, h. 84.

Lombok.²⁶⁸ Tahun 1927 tulisan-tulisan terpenting Lieftrinck dikumpulkan oleh van Eerde dalam sebuah himpunan “Bali en Lombok Geschriften” (dari Lieftrinck).²⁶⁹ Di samping kedua orang yang telah disebut sebagai “penemu hukum adat,” ada satu lagi yang juga dipandang sama, yaitu **Snouck Hurgronje**. Snouck Hurgronje seorang sarjana bahasa, yang mendapat gelar doktor dalam bahasa Semit dengan mempertahankan suatu tesis tentang salah satu objek Islam di Universitas Leiden pada tahun 1880. Tahun 1881 menjabat lektor dalam mata pelajaran lembaga-lembaga Islam pada lembaga pendidikan calon pegawai pamong praja Belanda di Leiden.²⁷⁰ Tahun 1884 -1885 pergi ke tanah Arab, ke kota Jedah dan kemudian ke kota Mekkah. Pada tahun 1889 dikirim ke Indonesia untuk mempelajari lembaga-lembaga Islam, dan dua tahun kemudian diangkat sebagai *Adviseur voor Oosterse talen en Mohammedaans recht* (penasehat untuk Bahasa-bahasa Timur dan hukum Islam).²⁷¹ Pada saat bertugas di Indonesia, Snouck Hurgronje menulis beberapa buku penting. Tahun 1893 dan tahun 1894 terbit buku “De Atjehers” (dua jilid), dan tahun 1903 terbit buku “Het Gayoland.” Buku-buku ini ditulis Snouck Hurgronje hanya bersumber pada percakapan belaka dengan orang-orang yang berasal dari daerah pedalaman yang tidak pernah dikunjunginya. Bahan tulisan Snouck Hurgronje ini berlimpah dan penuh dengan ajaran-ajaran, yang sangat penting bagi studi tentang hukum adat di seluruh Indonesia, berisi antara lain perbandingan/hubungan

268 *Ibid.*

269 *Ibid.*

270 *Ibid.*, h. 85.

271 *Ibid.*

antara hukum rakyat dan hukum raja; hukum yang hidup dan penulisan hukum; hukum asli dan hukum agama.²⁷² Dari ketiga “ontdekkers” (penemu) hukum adat, Wilken, Liefrinck, dan Snouck Hurgronje, ternyata yang paling jelas dan yang pertama menggunakan istilah “adatrecht” adalah Snouck Hurgronje.

Sejak Wilken, Liefrinck, dan Snouck Hurgronje “menemukan hukum adat” lewat buku-buku yang ditulisnya, maka literatur tentang hukum adat semakin banyak ditulis baik oleh kalangan sarjana-sarjana yang menekuni ilmu pengetahuan maupun dikalangan sarjana-sarjana praktisi hukum. Meski Wilken, Liefrinck, dan Snouck Hurgronje dianggap sebagai orang yang “menemukan hukum adat,” namun ketiganya dipandang belum melahirkan suatu ilmu hukum adat (*adatrechtswetenschap*). Untuk dapat melahirkan suatu ilmu hukum adat, perlu pengetahuan tentang hukum adat yang dalam, yang oleh van Vollenhoven disebutkan tidak cukup hanya mengumpulkan bahan-bahan dan menyusunnya, tetapi juga memahami sifat-sifat ke-Timurannya.²⁷³

Pada masa setelah tahun 1865 terjadi keadaan yang tidak menggembirakan bagi perkembangan hukum adat. Sebenarnya pada permulaan tahun delapanpuluhan sudah terdapat pandangan sarjana-sarjana hukum Belanda yang ada di Indonesia, yang merendahkan hukum adat, dan tidak mempunyai pemahaman sedikitpun tentang hukum adat. Hasil-hasil karyanyapun dipenuhi dengan anggapan-anggapan yang dibuat-buat, peraturan-peraturan dan

272 *Ibid.*, h. 86.

273 *Ibid.*, h. 91.

istilah-istilah hukum adat yang lepas satu sama lain.²⁷⁴ Di antara sarjana hukum Belanda yang dianggap tidak mengerti atau salah mengerti dan merusak hukum adat itu adalah **T.H. der Kinderen** dan **M.C. Piepers**.²⁷⁵ Keadaan ketidakserasian antara sarjana-sarjana hukum Belanda di Indonesia dan sarjana-sarjana hukum Indonesia semakin bertambah ketika Pulau Jawa mendapat ketua-ketua pengadilan yang berpendidikan di Negeri Belanda. Namun demikian mulai tahun 1884 keadaan tersebut membaik, terjadi perubahan sejak tampilnya tiga sarjana hukum, yaitu de Gelder, Nederburgh, dan Carpentier Alting.²⁷⁶ Tahun 1886 **de Gelder**, vice President Hooggerechtshof menulis tentang pengertian-pengertian hukum adat dan hak milik tanah adat.²⁷⁷ Perhatian lebih besar terhadap hukum adat dilakukan oleh **I.A. Nederburgh**, Landraad- voorzitter di Sulawesi Selatan, kemudian direktur Departemen Justitie, President Hooggerechtshof, dan guru besar luar biasa, yang pada tahun 1888 menulis terjemahan-terjemahan dari sumber-sumber hukum (adat) Makassar yang dipublikasi dalam "*Indisch Weekblad van het Recht*."²⁷⁸ Dari tahun 1896 sampai tahun 1898 menerbitkan majalah "*Wet en adat*", yang merupakan majalah pertama yang membahas persoalan hukum adat dari segala segi dan memberi dorongan yang kuat untuk menyelidiki lebih dalam hukum adat. Dengan adanya majalah ini, maka mengurangi kesalahfahaman terhadap hukum adat yang melihat hukum adat sebagai

274 *Ibid.*, h. 88.

275 *Ibid.*, h. 88-89

276 *Ibid.*, h. 89.

277 *Ibid.*, h. 90.

278 *Ibid.*

hukum agama Islam.²⁷⁹ **J.H. Carpentier Alting**, seorang advocaat di Padang, kemudian Landraad-voorzitter di Manado, gurubesar, President Hooggerechtshof, dan anggota Raad van Indie, pada tahun 1897 berhasil memotivasi residen Menado untuk mengadakan penyelidikan tentang hukum adat di Menado, yang hasilnya dipergunakan untuk bahan-bahan yang dapat dipakai untuk membuat kodifikasi hukum adat di Minahasa.²⁸⁰

Menurut **van Vollenhoven** suatu penemuan kedua (*tweede ontdekking*) hukum adat terjadi pada permulaan abad ke-20 ini. Penemuan kedua ini penting karena dapat mengarahkan pelajaran hukum adat dalam suatu arah baru. Adapun faktor-faktor yang melahirkan suatu ilmu hukum adat, oleh van Vollenhoven disebutkan adalah:

1. hasil karya dari etnologi yang baru timbul, yang di Indonesia diperkenalkan oleh van Ossenbruggen. Mereka itu berpendirian, bahwa untuk memahamkan lembaga-lembaga ketimuran dan ke-primitivan itu, orang sepatutnyalah mencari titik-haluannya pada jiwa yang bersifat ketimuran dan masih primitif. Dan fikiran seperti hal inipun masih hampir-hampir tak kelihatan dengan adanya pada Wilken, suatu pertanda akan kekurangan keinsyafan dari sarjana barat.
2. seperti pada tahun 1865 – tatkala pemerintah mengusulkan suatu rencana undang-undang yang akan membunuh merusak hukum adat.....

Dan kiranya bagi hukum adat patutlah dicatat sebagai hari besar tatkala Pemerintah mengajukan rencana

279 *Ibid.*

280 *Ibid.*, h. 90-91.

undang-undang yang berbahaya pada tanggal 15 Nopember 1904 – yaitu pasal-pasal 75 dan 109 R.R. – dan rencana 19 Mei 1908 – yaitu pasal 62 R.R.

3. keputusan dan perbuatan pemerintah Hindia Belanda yang secara terus menerus melakukan hal-hal yang sampai kini sebetulnya orang enggan melakukannya, yalah: soal-soal kedesaan, soal-soal kewilayahan, soal-soal hukum tanah. Hal yang sedemikian ini patutlah menjadi perhatian para pamongpraja dan para yuris, bahwa disini terletak beberapa keberatan..... dan patutlah pula hal ini menimbulkan “ketidak-senangan” terhadap metode-metode Barat.

Di samping faktor-faktor yang disebutkan di atas, “penemuan kedua” hukum adat ini juga dipicu keadaan setelah tahun 1900 dimana terjadi perubahan pandangan aliran besar dari aliran rasionalisme dan materialisme abad yang lampau menuju aliran yang melihat kembali ke hal-hal yang asli-kuno dan cara berpikir Timur, cara mistis dan abad pertengahan, yang non-Eropah dan non-materialistis.²⁸¹ Bantuan etnologi, sebagai ilmu pengetahuan yang baru saat itu kepada hukum adat juga tidak dapat dipungkiri. Etnologi dibawa dan dikembangkan di Indonesia oleh **van Ossenbruggen**, yang awalnya berkerja sebagai pengacara dan anggota Weeskamer di Makassar, Padang, dan Semarang, kemudian menjadi dosen pada sekolah-sekolah pendidikan bagi pegawai Pamong Praja Indonesia di Probolinggo dan Magelang. Selanjutnya ia diangkat sebagai anggota dan kemudian ketua Raad van Justitie di Surabaya, dan akhir kariernya sebagai Raadsheer dan President

281 *Ibid.*

Hooggerechtshof.²⁸² Tahun 1902, van Ossenbruggen menulis tentang perbandingan hukum dengan judul “Oorsprong en eerste ontwikkeling van het testeer en voogdijrecht,” berisi uraian tentang sistem suku dan keluarga dalam kehidupan primitif. Kemudian pada tahun 1904 dan tahun 1905 ia menulis hukum waris orang Tionghoa, dan tentang pengertian primitif mengenai milik tanah. Tahun 1925 dan tahun 1926 van Ossenbruggen menulis pula tentang hak gadaai Indonesia dan cara berpikir magis orang Indonesia.²⁸³ Semua tulisannya itu dilihat dari perspektif etnologi, dan berisi pandangan-pandangannya tentang hukum adat dalam sudut pandang etnologisch, sehingga memuat bahan-bahan penting untuk pengembangan hukum adat.

Van Vollenhoven adalah orang yang gigih menentang usaha-usaha mematikan hukum adat, baik yang dilakukan oleh kalangan administrasi negara maupun oleh hakim. Setelah meninggalkan Universitas Leiden, van Vollenhoven bekerja di “department van kolonien,” hal ini membuka peluang ia mempelajari hal-hal yang berhubungan dengan “Nederlandsch Indie.” Tidak lama setelah itu, tahun 1901 ia dipanggil kembali ke Universitas Leiden untuk menjabat gurubesar menggantikan van der Lith yang meninggal dunia.²⁸⁴ Begitu menjabat gurubesar di Leiden, van Vollenhoven mulai melakukan penelitian tentang hukum adat Indonesia, dengan tujuan memberikan pengertian dan pemahaman kepada dunia pengetahuan bahwa hukum adat Indonesia tak kalah derajatnya dengan hukum-hukum lain. Selama kurun waktu tigapuluh tahun ia merampungkan

282 *Ibid.*, h. 93.

283 *Ibid.*

284 *Ibid.*, h. 96-97.

tulisannya yang terkenal dan diterbitkan dengan judul “Het Adatrecht van Nederlandsch Indie.” Di samping buku tersebut, van Vollenhoven juga banyak menulis buku-buku lain, tulisan-tulisan dalam majalah dan surat kabar. Di antara tulisan-tulisannya yang lain itu adalah “Adatwetboekje voor Nederlandsch Indie,” dan “Miskeningen van het adatrecht.”²⁸⁵ Ada tiga hal penting yang telah dilakukan van Vollenhoven dalam pengembangan hukum adat yang tercermin dari karya-karyanya tersebut, yaitu:²⁸⁶

1. Van Vollehoven menghilangkan kesalahpahaman yang melihat hukum adat itu identik dengan hukum agama (Islam);
2. Van Vollenhoven membela hukum adat terhadap usaha pembentuk undang-undang yang mendesak atau menghilangkan hukum adat, dengan menyakinkan pembentuk undang-undang itu bahwa hukum adat adalah hukum yang hidup yang mempunyai jiwa dan sistem sendiri; dan
3. Van Vollenhoven membagi wilayah hukum adat Indonesia dalam sembilan belas lingkungan hukum adat (*adatrechtskringen*).

Buah karya van Vollenhoven, yang meneliti dan mempelajari hukum adat Indonesia secara sistematis dengan pendekatan sebanyak mungkin dari sudut pandang orang Indonesia sendiri ini kemudian diteruskan dan dilengkapi oleh para muridnya. Di antara murid-muridnya itu terdapat dua orang yang juga menghasilkan karya yang penting dalam pengembangan hukum adat. Dua orang tersebut,

285 *Ibid.*, h. 97.

286 *Ibid.*, h. 98.

satu dari Belanda, yaitu Barend Ter Haar Bzn, dan satunya lagi adalah putera Indonesia, yaitu Soepomo. **Ter Haar Bzn**, adalah gurubesar pertama untuk hukum adat pada Rechtshogeschool di Betawi (sekarang Jakarta) dari tahun 1924 sampai tahun 1940.²⁸⁷ Tahun 1915 Ter Haar memperoleh gelar Doktor dari Leiden dengan judul disertasi “Het Adatproces der Inlanders.” Sejak tahun 1916 Ter Haar tiba di Indonesia, dan mulai tahun 1918 menduduki berbagai jabatan, mulai menjadi “buitengewoon voorzitter landraad” di Yogyakarta, ketua landraad Purwokerto, Salatiga, dan Purwakarta, sampai menjabat gurubesar Rechtshogeschool.²⁸⁸ Dalam bukunya yang berjudul “Beginselen en stelsel van het adatrecht,” Ter Haar mengemukakan secara jelas dan sistematis tentang pesekutuan hukum, tanah, perjanjian-perjanjian, hukum perkawinan, hukum kekeluargaan, hukum waris dan lain-lain.²⁸⁹ Menurut Soepomo, apa yang dilakukan Ter Haar ini adalah melanjutkan usaha yang dilakukan van Vollenhoven. Jika van Vollenhoven telah menjelaskan dan membentangkan sistem hukum adat, maka Ter Haar melanjutkan dengan penelitian lembaga-lembaga hukum dan hubungan-hubungannya serta faktor-faktor sosial yang mempengaruhi keadaan dan perkembangan hukum adat.²⁹⁰ Ter Haar juga dipandang telah memberikan banyak sumbangan terhadap hukum adat, diantaranya mengembangkan dalam lapangan teori hukum adat, dalam lapangan politik hukum adat, dan dalam lapangan hukum acara.²⁹¹ **Soepomo**, adalah putera Indonesia yang

287 *Ibid.*, h. 101.

288 Soekanto, *Op.Cit.*, h. 164.

289 *Ibid.*, h. 102.

290 *Ibid.*

291 *Ibid.*

memperoleh gelar Doktor dalam ilmu hukum pada tahun 1927 pada Rijksuniversiteit Leiden di Negeri Belanda dengan judul disertasi “De Reorganisatie van het Agrarisch stelsel in het gewest Soerakarta” dibawah bimbingan promotor van Vollenhoven.²⁹² Pada tahun 1927 Soepomo diangkat sebagai pegawai yang diperbantukan kepada Landraad di Yogyakarta, kemudian tahun 1928 menjabat ketua luar biasa Landraad tersebut, dan selanjutnya tahun 1933 menjabat ketua Landraad di Purworejo. Tahun 1938 Soepomo bekerja sebagai pegawai tinggi di Departement van Justitie, dan tahun 1939 mengajar di Rechtshogeschool, dan tahun 1941 dikukuhkan sebagai gurubesar tetap di Rechtshogeschool tersebut. Setelah kemerdekaan, Soepomo menduduki berbagai jabatan, seperti menteri, duta besar, dan rektor universitas.²⁹³ Berbagai penelitian dan tulisan tentang hukum adat, baik yang dipublikasikan dalam bentuk buku, maupun terbitan lainnya, antara lain: buku dengan judul “Het adatprivaatrecht van West Java” (tahun 1933); “Bab-bab tentang Hukum Adat” (tahun 1952); “Sejarah Politik Hukum Adat” (tahun 1950); “Sistem Hukum di Indonesia (sebelum Perang Dunia II)” (tahun 1954); “Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri” (tahun 1958).²⁹⁴

Ter Haar dan Soepomo adalah murid van Vollenhoven yang turut menyempurnakan dan melengkapi pengetahuan tentang hukum adat sejak van Vollenhoven meletakkan dasar-dasar yang menjadi landasan perkembangan, kemajuan dan penyempurnaan ilmu hukum adat tersebut. Namun demikian tidak boleh dilupakan puluhan peneliti-

292 *Ibid.*, h. 104.

293 *Ibid.*, h. 107.

294 *Ibid.*, h. 105-106.

peneliti lain, baik yang bekerja di bidang pemerintahan, dalam praktek peradilan, dan tentunya dikalangan perguruan tinggi. Memang sejak van Vollenhoven menjabat gurubesar di Leiden, maka penelitian dan penulisan tentang hukum adat semakin banyak, terutama di kalangan perguruan tinggi, yang melahirkan disertasi-disertasi, dan buku-buku. Dalam tulisan ini tidak semua dikemukakan. Disertasi pertama tentang hukum adat ditulis pada tahun 1907, kemudian dalam tahun 1910 sampai tahun 1920 beberapa disertasi tentang hukum adat dihasilkan, diantaranya disertasi Enthoven tentang "Het adatrecht der Inlanders in de jurisprudentie;" disertasi Ter Haar tentang "Het Adatproces der Inlanders;" disertasi Kits van Heijningen tentang "Het straf-en wraakrecht in den Indische Archipel", dan T.C. Lekkerkerker tentang "Hindurecht in Indonesia."²⁹⁵ Dari tahun 1920 sampai pecah Perang Dunia ke-II beberapa disertasi baik oleh orang asing maupun orang Indonesia ditulis, diantaranya: pada tahun 1922: disertasi Gondokoesoemo tentang "Vernietiging van dorpsbesluiten in Indie;" disertasi Koesoemah Atmadja tentang "De Mohammedaansche vrome;" dan disertasi W.G. Joustra tentang "Indonesische waterrecht;" selanjutnya tahun 1925: disertasi Enda Boemi tentang "Het grondenrecht in de Bataklande" dan disertasi Soebroto tentang "Indonesische sawahverpanding." Tahun 1927: disertasi Soepomo; disertasi L.B. van Straaten tentang "De Indonesische bruidschat." Tahun 1928: disertasi J. Mallincrodt tentang "Het adatrecht van Borneo." Tahun 1929: disertasi Soeripto tentang " Ontwikkelingsgang der vorstenlandsche

295 *Ibid.*, h. 111-113.

wetboeken.” Tahun 1933: disertasi Soekanto tentang “Het gewas in Indonesie, religious adatrechtelijk beschouwd.”²⁹⁶ Disertasi pertama tentang hukum adat yang dipertahankan di Rechtshogeschool di kota Betawi (Jakarta) tahun 1934 adalah disertasi yang ditulis oleh A. Knottenbelt tentang “Verpanding en zekerheidstelling in den Oost-Preanger.”²⁹⁷ Para gurubesar yang membimbing di Rechtshogeschool di Betawi (Jakarta) adalah Ter Haar, didampingi gurubesar lain, yaitu Logemann dan Kollewijn, serta Wertheim, dan sejak tahun 1939 juga Soepomo.²⁹⁸ Penulisan disertasi-disertasi ini terus berlanjut sampai zaman kemerdekaan, apalagi sejak kemerdekaan Indonesia, dari tahun ke tahun berdiri universitas-universitas hampir di seluruh Indonesia, yang salah satu fakultasnya adalah fakultas hukum yang mengajarkan hukum adat sebagai mata kuliah wajib.

Salah satu ilmu baru yang timbul sebagai akibat pengaruh hukum adat, adalah hukum antar golongan (hukum intergentil), yang kemudian dikenal sebagai hukum antar tata hukum. Hukum antar golongan ini dikembangkan oleh mantan murid van Vollenhoven, yaitu R.D. Kollewijn, gurubesar pada Sekolah Tinggi Hukum (Rechtshogeschool) di Jakarta.²⁹⁹ Setelah Kollewijn pulang ke Belanda untuk memberikan kuliah hukum antar golongan di Universitas Leiden, maka perkuliahan hukum antar golongan ini diberikan oleh W.F. Wertheim, dan setelah Perang Dunia ke II kuliah hukum antar golongan ini diberikan oleh mantan murid Kollewijn, yaitu W.L.G. Lemaire. Selanjutnya, setelah

296 *Ibid.*, h.113-114.

297 *Ibid.*, h. 114.

298 *Ibid.*

299 *Ibid.*, h. 121.

Lemaire kembali ke Negeri Belanda, sejak tahun 1951 mata kuliah ini diasuh oleh mantan murid Kollewijn yang lain, yaitu G.J. Resink.³⁰⁰ Pada tahun 1955 G.J. Resink menjadi Promotor Gouw Giok Siong (kemudian bernama Sudargo Gautama) yang menulis disertasi dengan judul “Beberapa segi hukum peraturan perkawinan campuran.” Kemudian tahun 1956 Gouw Giok Siong menjabat gurubesar dalam mata kuliah hukum antar golongan di Universitas Indonesia, menggantikan Resink.³⁰¹ Salah satu murid Resink yang lain, yaitu Mohammad Koesnoe memberi kuliah Hukum antar golongan di Universitas Hasanuddin di Makassar.³⁰² Kemudian Mohammad Koesnoe menjadi dosen di Fakultas Hukum Universitas Airlangga sejak tahun 1957 menggantikan Djojodigoeno untuk mengajar mata kuliah Hukum Adat.³⁰³ Mohammad Koesnoe menyelesaikan pendidikan doktor di Universitas Airlangga tahun 1963 dibawah bimbingan KRMTD Tirtodiningrat dan R.M. Soeripto, dan merupakan doktor pertama pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Sejak tahun 1967 ia menjabat gurubesar di Universitas Airlangga di Surabaya.³⁰⁴ Dalam perjalanan kariernya sebagai akademisi, Mohammad Koesnoe dikenal sebagai orang yang gigih memperkenalkan dan mempertahankan keberadaan hukum adat, baik melalui tulisan-tulisannya maupun melalui kuliah-kuliah dan ceramah-ceramahnya, bahkan sampai ke luar negeri. Tercatat Mohammad Koesnoe pernah menjadi gurubesar tetap di Universitas

300 *Ibid.*

301 *Ibid.*, h. 122.

302 *Ibid.*

303 Ily Yudiono dan Agni Udayati “Perjalanan Karier Mohammad Koesnoe” dalam *Mohammad Koesnoe Dalam Pengembaraan Gagasan Hukum Indonesia*, Epistema-Huma, Jakarta, 2013, h. 15.

304 *Ibid.*, h. 16.

Katolik Nijmegen di Negeri Belanda, dan gurubesar tamu disejumlah universitas ternama di Eropa dan Amerika Serikat.³⁰⁵ Beberapa buku hasil karya Koesnoe, antara lain “Hukum Adat Sebagai Suatu Model Hukum;” “Hukum Adat (Dalam Alam Kemerdekaan Nasional dan Persoalannya Menghadapi Era Globalisasi);” “Kapita Selektta Hukum Adat (Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, SH);” dan “Laporan Penelitian Hukum Adat Di Bali dan Lombok.” Dari pandangan-pandangannya yang terdapat dalam tulisan-tulisannya itu, Mohammad Koesnoe merasa tidak puas atas studi hukum adat yang “dominan” diwarnai oleh teori dan metode dari Van Vollenhoven dan Ter Haar, yang dinilainya sebagai “orang luar” (Eropa) yang melihat hukum adat dari segi kacamata dan pikiran serta ukuran pemikiran orang-orang Eropa.³⁰⁶ Oleh karena itu Mohammad Koesnoe dipandang sebagai pemikir baru di bidang studi hukum adat, dan merupakan penerus generasi pertama 1945, yaitu Soepomo, Hazairin, dan Djojodigoeno.³⁰⁷

Dari perkembangan hukum adat sejak kedatangan bangsa Barat yang berlanjut ke zaman penjajahan seperti yang telah diuraikan di atas, maka terdapat adanya dua pendapat yang saling bertolak belakang terhadap keberadaan dan kedudukan hukum adat, yaitu, *pertama*: pendapat yang beranggapan bahwa Hukum Adat mempunyai kedudukan yang lebih rendah jika dibandingkan dengan Hukum Barat/Hukum Tertulis, karena Hukum Adat itu berlakunya ditentukan seperlunya oleh peraturan perundang-un-

305 *Ibid.* Profil Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, SH.

306 M. Ali Boediarto, “Suatu Pemikiran dan Konsep Baru Dalam Hukum Adat” dalam *Kapita Selektta Hukum Adat (Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, SH)* Varia Peradilan - Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002, h.324.

307 *Ibid.*

dangan; dan *kedua*: pendapat yang beranggapan bahwa Hukum Adat mempunyai kedudukan dan derajat yang sama nilainya dengan Hukum Barat. Hukum Barat tidak mempunyai kelebihan sedikitpun dari Hukum Adat dan konsepsi-konsepsi Hukum Adat-pun tidak kalah kayanya kalau dibandingkan dengan berbagai konsepsi tentang Hukum Barat. Pandangan ini dikemukakan antara lain oleh Van Vollenhoven dan Ter Haar.³⁰⁸ Menurut **Abdurrahman**, kedua pandangan yang saling bertolak belakang tersebut mempunyai pengaruh yang cukup besar terhadap pemikiran Hukum Adat di zaman kemerdekaan sekarang dan telah berkembang sedemikian rupa dengan berbagai ragam variasinya.³⁰⁹ Oleh karena itu menurutnya ada sebagian sarjana hukum kita yang mendukung pandangan yang pertama yang memandang Hukum Adat lebih rendah kedudukannya dari Hukum Barat, dan ada pula sarjana hukum kita yang mengagung-agungkan terhadap Hukum Adat, terutama mantan murid-murid Van Vollenhoven dan Ter Haar. Di samping itu ada pula yang berpandangan netral, dalam arti bahwa Hukum Adat mendapat tempat yang selayaknya sesuai dengan kebutuhan masyarakat dengan tidak menutup kemungkinan bagi resepsi hukum asing.³¹⁰ Berdasarkan pandangan terhadap Hukum Adat tersebut tadi, maka **Abdurrahman** mengemukakan adanya tiga golongan pendapat tentang kedudukan Hukum Adat pada masa sekarang, yaitu:³¹¹

308 Abdurrahman, *Kedudukan Hukum Adat Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Alumni, Bandung, 1978, h. 94-99.

309 *Ibid.*, h. 103.

310 *Ibid.*

311 *Ibid.*, h. 103-126.

1. Golongan yang menentang Hukum Adat;

Golongan ini memandang Hukum Adat sebagai Hukum yang sudah ketinggalan zaman yang harus segera ditinggalkan dan diganti dengan peraturan hukum yang lebih modern. Aliran ini berpendapat bahwa Hukum Adat tidak akan dapat memenuhi kebutuhan hukum dimasa kini, lebih-lebih lagi untuk masa mendatang sesuai dengan perkembangan dunia modern.

Yang termasuk golongan ini diantaranya Sudargo Gautama, Ko Tjay Sing, dan Sunaryati Hartono.

2. Golongan yang mendukung sepenuhnya terhadap Hukum Adat;

Golongan ini mengemukakan pendapat yang sangat mengagung-agungkan Hukum Adat. Karena Hukum Adat menurut mereka adalah hukum yang paling cocok dengan kehidupan bangsa Indonesia sehingga oleh karenanya harus tetap dipertahankan terus sebagai dasar bagi pembentukan Hukum Nasional.

Yang termasuk golongan ini antara lain Mohammad Koesnoe, Soeripto, Soediman Kartohadiprojo, dan M.M. Djojodigoeno.

3. Golongan moderat;

Golongan ini mengambil jalan tengah diantara kedua pendapat tersebut. Golongan ini menyatakan bahwa hanya sebagian saja daripada Hukum Adat yang dapat dipergunakan dalam lingkungan Tata Hukum Nasional kita, sedangkan untuk selebihnya akan diambil dari unsur-unsur hukum lainnya. Unsur-unsur Hukum Adat yang masih mungkin untuk dipertahankan terus adalah

yang berkenaan dengan masalah hukum kekeluargaan dan hukum warisan, sedangkan untuk lapangan-lapangan hukum lainnya dapat diambil dari bahan-bahan hukum yang berasal dari luar, umpama saja dari Hukum Barat. Untuk beberapa hal tertentu diantarkan sintesa antara berbagai bahan hukum tersebut itulah yang kelak menjadi Hukum Nasional Indonesia dimasa mendatang.

Yang termasuk golongan ini antara lain Soepomo, Hazairin, dan Mahadi.

b. Sejarah Politik Hukum Adat

Dengan mengutip buku Supomo dan Djokosutono yang berjudul “Sejarah Politik Hukum Adat,” yang membagi lima tahap perkembangan politik hukum adat dan kemudian Bushar Mumammad menambahkan dua tahap, sehingga perkembangan politik hukum adat menjadi tujuh babakan sebagai berikut:³¹²

1. Masa Kompeni (VOC);

Pada masa VOC ini, peraturan kehakiman yang dipergunakan berbeda-beda antara daerah pusat pemerintahan dan daerah-daerah lain di luar pusat pemerintahan. Pada daerah pusat pemerintahan di daerah pantai laut untuk semua orang berlaku hukum kompeni, yaitu Hukum Belanda (hukum Barat), meliputi hukum tatanegara, hukum perseorangan (hukum privat/hukum perdata), dan hukum pidana. Sedangkan di luar daerah pusat pemerintahan, hukum adat anak negeri tidak disentuh sedikitpun. Lambat

312 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat*, *Op.Cit.*, h. 130-206.

laun di daerah yang dikuasai oleh VOC ini diberlakukan hukum kompeni (hukum Belanda) baik untuk orang VOC sendiri, maupun orang Indonesia, dan orang Asia lainnya.³¹³

Meski pada umumnya VOC membiarkan orang Indonesia tunduk pada hukum adat, namun di beberapa daerah tertentu yang dikuasainya, dengan alasan ketertiban dan memelihara keamanan, VOC turut campur dalam menetapkan hukum bagi orang Indonesia asli, dengan membuat beberapa peraturan perundang-undangan yang mereproduksi hukum adat, yaitu:³¹⁴

a. Kitab Hukum Mogharraer;

Kitab ini dibuat pada tahun 1750 untuk keperluan Landraad di Semarang. Buku ini sebagian besar memuat hukum pidana Islam, dan tidak memuat hukum adat yang biasanya diindahkan dalam kehidupan sehari-hari oleh rakyat.

b. Compendium van Clootwijk;

Compendium ini disahkan pada tahun 1759, yang merupakan suatu pencatatan tentang hukum adat yang berlaku di keraton-keraton Bone dan Goa (di Sulaewsi Selatan).

c. Compendium Freijer;

Compendium ini dibuat pada tahun 1760, yang merupakan himpunan peraturan-peraturan hukum Islam mengenai warisan, nikah, dan talak.

d. Pepakem Cirebon;

Pepakem Cirebon ini dibuat pada masa residen Pieter

313 *Ibid.*, h. 132.

314 *Ibid.*, h. 134 dan h. 64.

Cornelis Hasselaer dan baru selesai tahun 1768 pada masa jabatan pengganti Hasselaer, yang dimaksudkan pembuatan suatu kitab hukum adat yang akan menjadi suatu pegangan bagi hakim-hakim di Cirebon. Kitab hukum adat ini merupakan hasil kutipan-kutipan dari tulisan, bukan hasil penyelidikan setempat. Menurut **Sunaryati Hartono**, kitab ini merupakan pengumpulan undang-undang Jawa Kuno, seperti: Raja Niscaya, Undang-undang Mataram, Jaya Lengka, Kutara Manawa, Adilulah.³¹⁵

Dari pembuatan peraturan-peraturan dalam bentuk kitab-kitab hukum tersebut memperlihatkan VOC tidak memahami hukum adat, karena hukum adat disamakan dengan hukum Islam atau hukum raja-raja. VOC juga mengira hukum adat itu terdapat dalam tulisan-tulisan berupa kitab-kitab hukum.³¹⁶ Dalam praktik kitab-kitab hukum tersebut tidak terpakai, karena tidak sesuai dengan kenyataan hukum adat yang berlaku dan yang hidup di masyarakat.

Mengenai kedudukan hukum adat, Soepomo dan Djokosoetono sebagaimana dikutip Bushar Muhammad mengatakan: VOC menganggap hukum adat lebih rendah dari hukum Belanda. Hal ini terlihat dari resolusi 30 November 1747 yang menetapkan aturan-aturan yang akan berlaku untuk Landraad di Semarang, yang menentukan bahwa pengadilan ini berhak untuk mengadili perkara-perkara sipil atau pidana antara orang-orang Jawa, akan tetapi “segala perkara yang tercampur”...antara orang Jawa dan orang Belanda..., masalah “selamanya tetap tinggal dalam

315 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 127.

316 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Loc.Cit.*

kekuasaan Raad van Justitie Semarang....” Jadi yang berkuasa mengadili perselisihan antara orang Jawa dan orang Eropa ialah badan pengadilan untuk bangsa Eropa, yang berlaku hukum Belanda. Di dalam pandangan VOC adalah tak selayaknya jika perkara tadi termasuk didalam kekuasaan hukum Landraad, dengan akibat, bahwa atas orang Eropa akan diperlakukan adat. Sebaliknya orang menganggap tak mengapa dilakukan hukum Barat atas orang Indonesia sebab ia mempunyai perkara dengan orang Belanda.³¹⁷

2. Masa Pemerintahan Gubernur Jenderal Daendels (1808-1811);

Sesudah VOC bubar, timbul suara-suara baik dari kalangan VOC sendiri, maupun dari luar VOC yang kecewa dan mengoreksi keburukan pemerintahan VOC dengan keinginan mengadakan perubahan-perubahan ke arah perbaikan. Kejelekan VOC adalah sifat VOC sebagai badan usaha dan badan pemerintahan, yang tidak bisa dilepaskan dari kepentingan dagang. Pemerintahan baru diharapkan memperbaiki nasib jajahan dan penduduknya dengan jiwa baru.³¹⁸

Pasal 86 Charter (regeringsreglement) voor Aziatische besittingen van de Bataafsche Republiek yang disahkan pada tanggal 27 September 1804 (dikenal dengan nama Charter tahun 1804), menentukan bahwa:³¹⁹

“Susunan pengadilan untuk bangsa bumiputera akan tetapi tinggal menurut hukum serta adat mereka. Pemerintah Hindia akan menjaga dengan alat-alat yang

317 *Ibid.*, h. 135.

318 *Ibid.*

319 *Ibid.*, h. 136.

pantas, supaya dalam daerah yang langsung dikuasai oleh pemerintah sedapat-dapatnya tersapu segala perbuatan sewenang-wenang yang masuk dengan diam-diam, yang berlawanan dengan hukum serta adat anak negeri; lagi pula diikhtiarkan supaya anak negeri mendapat keadilan dengan cepat dan baik, dengan menambah jumlah banyaknya pengadilan-pengadilan negeri atau pengadilan pembantu; kemudian ditentang segala pengaruh yang buruk dari kekuasaan politik apapun juga.”

Meskipun **Daendels** mempunyai kesempatan untuk menyesuaikan hukum yang berlaku bagi orang Indonesia dengan apa yang diperintahkan dalam pasal 86 Charter tahun 1804 yang memperlihatkan jiwa baru tersebut, yaitu dengan tak memperdulikan hukum adat bumiputera dan menggantinya sekaligus dengan suatu susunan kehakiman yang baru sama sekali dan tak dikenal oleh orang Jawa, namun demikian **Daendels** enggan untuk mengganti hukum adat itu sekaligus dengan hukum Eropa.³²⁰ Daendels memilih jalan tengah, yaitu pada pokoknya hukum adat akan diperlakukan untuk bangsa Indonesia, dengan kecualian bahwa hukum adat tak dipakai.... jika: *pertama*, hukum ini berlawanan dengan perintah yang diberikan kemudian atau perintah umum atau *kedua*, bertentangan dengan dasar-dasar utama dari keadilan dan kepatutan ataupun *ketiga*, jika oleh karenanya dalam perkara hukum siksa tak tercapai kepentingan yang besar dari keamanan umum....”³²¹ Dengan demikian Daendels dipandang tidak

320 *Ibid.*, h. 136.

321 *Ibid.*

membuat perubahan yang penting dalam hukum penduduk yang berasal dari Negeri Belanda, dan juga tidak dalam hukum anak negeri (maksudnya hukum adat),³²² hal ini juga dapat dilihat dalam “Encyclopaedia van Nederlandsch Indie” yang menyebutkan: “Selama Pemerintah Daendels, boleh dikatakan segala hukum penduduk tetap tinggal seperti sediakala dan umumnya dilakukan untuk bangsa bumiputera hukumnya sendiri serta hukum acara yang biasa dipakainya...”³²³

Sama seperti pada zaman VOC, Daendels juga melihat hukum adat identik dengan hukum Islam, hal ini menurut Sunaryati Hartono terlihat dari dipergunakannya seorang penghulu yang dianggap sebagai ahli dan juru penasehat dalam hal dipergunakannya hukum adat di Pengadilan.³²⁴ Di samping itu Daendels memandang hukum adat itu mempunyai derajat yang lebih rendah dari hukum Eropa, dan hukum adat tidak cukup baik untuk orang Eropa. Pandangan ini terlihat dari peraturan yang dibuat Daendels, yang menentukan bahwa jika orang Eropa melakukan kejahatan bersama-sama dengan orang Jawa asli, maka Raad van Justitie berhak untuk mengadilinya, menurut hukum Eropa.³²⁵

3. Masa Pemerintahan Inggris: Letnan Gubernur Raffles (1811-1816);

Raffles dibesarkan pada zaman liberalisme, yang membawa kepada sikapnya yang sangat membenci

322 *Ibid.*, h. 137.

323 *Ibid.*, h. 138.

324 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 128.

325 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Loc.Cit.*

feodalisme, oleh karena itu bangunan-bangunan VOC yang masih dipertahankan Daendels yang tak sesuai lagi dengan aliran zaman, termasuk di dalamnya zaman “biadab feodal” seperti pajak yang dibayar dengan benda, dan perburuhan, harus dilenyapkan selekasnya.³²⁶ Oleh karena itu haluan politik yang ingin dibangun Raffles dijiwai oleh aliran pikiran yang berdasarkan kemanusiaan, yang mendorongnya untuk melindungi kepentingan rakyat dan melenyapkan pengaruh kepala-kepala bangsa Indonesia atas rakyat atau sedikit-dikitnya mengurangi kekuasaannya, karena menurut Raffles pengaruh kepala-kepala bangsa Indonesia atau rakyat jelek sekali.³²⁷ Akan tetapi usaha Raffles untuk merealisasikan pandangan progresifnya ini terkendala pada dua hal, *pertama* adalah perasaan nasionalisme yang tinggi, yang berakibat pada pandangan yang melihat apa yang dilakukan oleh Inggris di tanah jajahannya sebagai sesuatu yang sempurna, dan *kedua* adalah wataknya sebagai orang yang banyak berteori, sehingga peraturan-peraturan yang diadakannya kebanyakan tidak bersandar pada keadaan nyata di dalam masyarakat. Dengan demikian banyak peraturan menjadi peraturan diatas kertas yang tidak berlaku.³²⁸

Berkaitan dengan peradilan, peraturan-peraturan yang diadakan Raffles banyak mengadakan perubahan dalam susunan badan-badan pengadilan. Mengenai susunan peradilan, Raffles membedakan susunan pengadilan untuk bangsa Indonesia di dalam “Stad en ommelenden” (daerah-daerah kota dan sekitarnya), dan susunan pengadilan untuk

326 *Ibid.*, h. 140.

327 *Ibid.*, h. 140-141.

328 *Ibid.*, h. 141-142.

bangsa Indonesia “di desa-desa.”³²⁹ Jika susunaan peradilan dilakukan perubahan, namun demikian hampir tidak ada perubahan yang dilakukan terhadap hukum materiil yang dijalankan oleh badan-badan pengadilan.³³⁰

Untuk perkara-perkara antara orang-orang Indonesia dipergunakan hukum adat, dengan syarat (“voorwaarde”): hukum adat tidak boleh bertentangan dengan “the universal and acknowledged principle of substantial justice.” Namun jika salah satu pihak yang berperkara itu adalah orang Eropa, maka perkara harus diadili oleh “Court of Justice” dengan menggunakan hukum Eropa.³³¹ Dengan demikian terlihat pandangan Raffles, yang menganggap hukum adat tidak mempunyai derajat yang setaraf dengan hukum Eropa, dan hukum adat hanya baik untuk bangsa Indonesia, akan tetapi tidak patut, jika diberlakukan kepada orang Eropa.³³²

4. Masa 1816-1848;

Dengan mengutip buku Supomo dan Djokosutono: “Sejarah politik hukum adat,” yang menguraikan politik hukum pada masa 1816-1848 yang dikenal sebagai masa pemerintahan Commissarissen General, Bushar Muhammad menyimpulkan bahwa pada masa itu: “memperlihatkan dengan jelas pikiran dasar (grondgedachte) politik hukum yang dijalankan oleh Komisarissen Jenderal, yaitu politik hukum baik bagi orang Eropa---hendak dipertahankannya azas konkordansi (concordantie-beginsel)---maupun terhadap bagi orang Indonesia---dianggap sebagai suatu

329 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 130.

330 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 143.

331 *Ibid.*, h. 143-144.

332 *Ibid.*

perkecualian atas azas konkordansi itu.”³³³ Lebih lanjut Bushar Muhammad menegaskan bahwa: “pada prinsipnya di Indonesia akan diterapkan suatu unifikasi hukum, yaitu satu hukum untuk semua golongan hukum, tetapi yang menjadi ukuran unifikasi itu adalah hukum yang berlaku di Negeri Belanda.”³³⁴

Keinginan mengadakan unifikasi hukum dengan menerapkan asas konkordansi ini belum dapat terealisasi, karena ada kepentingan agar undang-undang dan peraturan yang dibuat untuk negeri ini (Hindia Belanda) sedapat-dapatnya dipertalikan dengan peraturan yang ada di negeri Belanda, padahal kitab undang-undang sipil dan pidana serta acara perkara sipil dan pidana yang akan dipakai di negeri Belanda, sampai saat itu belum selesai dibuat. Untuk itulah keinginan untuk membuat peraturan-peraturan itu ditunda sampai kitab undang-undang untuk negeri Belanda selesai dibuat dan diumumkan.³³⁵

Dalam peraturan-peraturan yang dibuat pada masa komisaris Jenderal ini yang bersifat sementara itu banyak terdapat perubahan dalam susunan pengadilan, namun dalam hukum materiil yang dijalankan oleh badan-badan pengadilan terdapat perubahan sedikit sekali.³³⁶ Mengenai hukum materiil yang terdapat dalam Stbl. 1825 No. 42. ditentukan bahwa: “Raad van Justitie, seperti juga Pengadilan negeri (Landraad), dalam mengadili perkara yang dikemukakan padanya sebagai appel dari keputusan Landraad harus menurut hukum Adat atau hukum agama

333 *Ibid.*, h. 146.

334 *Ibid.*

335 *Ibid.*

336 *Ibid.*, h. 147.

ataupun adat serta kebiasaan dari golongan anak negeri dari kedua belah pihak yang berperkara, atau yang dituntut, asal saja hukum ini tak bertentangan dengan keadilan dan kepantasan.”³³⁷ Pada masa ini juga berlaku ketentuan bahwa: “jika didalam perselisihan antara orang Indonesia dan orang Eropa orang, yang dituntut adalah orang Indonesia, maka hakim yang akan mengadili adalah “Landraad,” dan hukum yang akan diperlakukan adalah hukum adat. Disini nampaklah kemungkinan, bahwa atas orang Eropa sebagai penuntut, akan diperlakukan hukum Adat.”³³⁸

5. Masa 1848-1928;

Menurut Supomo dan Djokosoetono, dalam bukunya “Sejarah Politik Hukum Adat, II, dalam sejarah hukum di daerah Indonesia dibawah pemerintahan Belanda, tahun 1848 merupakan suatu tahun yang penting, karena pada tahun ini, berdasarkan asas konkordansi (*concordantie beginsel*) di Hindia Belanda diadakan kodifikasi hukum perdata.³³⁹ Berdasarkan sejarah, sejak tahun 1830, delapan tahun sebelum disahkannya kodifikasi di Negeri Belanda, **G.G. Hageman**, President Hooggerechtshof diberi tugas mempersiapkan rencana kodifikasi di Indonesia. Tapi tugas itu gagal dilakukannya, sehingga pada tahun 1839 Pemerintah Belanda membentuk komisi yang bertugas menyesuaikan undang-undang Belanda (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) dengan keadaan di Indonesia. Untuk itulah Hageman digantikan **C.J. Scholten van Out-Haarlem**, mantan President Hooggerechtshof, sebagai ketua

337 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 131.

338 *Ibid.*

339 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 148.

komisi tersebut dan didampingi oleh I. Schneither dan I.F.H. van Nes, masing-masing sebagai anggota.³⁴⁰ Berbeda dengan sikap dari Hageman yang berkeinginan hukum Belanda diberlakukan juga kepada bangsa Indonesia, maka pandangan Scholten van Oud-Haarlem sebagai ketua komisi adalah: bahwa bangsa Indonesia terhindar dari berlakunya sendi persamaan hukum (*unificatie beginselen*), yang termaktub di dalam perintah pemerintah agung dinegeri Belanda.³⁴¹ Dengan demikian kodifikasi hukum di Indonesia pada tahun 1848 itu tidak meliputi hukum yang berlaku bagi rakyat Indonesia, yaitu tidak meliputi hukum adat.

Namun demikian keinginan untuk menggantikan Hukum Adat dengan kodifikasi Hukum Barat terus berlangsung. Hal ini terlihat dari penugasan yang diberikan kepada **Wichers** untuk menyelidiki kemungkinan hukum privat adat orang Indonesia asli dan hukum privat adat dari orang Timur Asing dapat diganti dengan kodifikasi yang didasarkan atas sistem hukum Eropa.³⁴² Menurut Wichers, sebagian hukum Eropa harus berlaku juga bagi orang bukan Eropa. Pada awalnya Raad van Indie setuju dengan pendapat Wichers ini, tapi Gubernur Jenderal Rochussen menolak. Kemudian Wichers mengajukan rancangan dengan sedikit lebih terbatas, dan memperoleh persetujuan Hooggerechtshof, namun demikian terjadi perubahan pandangan dari menyetujui, sekarang Raad van Indie berubah menentang rancangan Wichers untuk memberlakukan sebagian hukum Eropa itu kepada orang

340 *Ibid.*, h. 150.

341 *Ibid.*, h. 155.

342 *Ibid.*, h. 157.

Indonesia asli.³⁴³ Meski demikian sebagian rancangan Wichers, yaitu memberlakukan sebagian hukum Eropa bagi orang Timur Asing, diterima dan diundangkan dalam Ind. Stbl. 1856 No. 79.³⁴⁴

Usaha yang paling akhir Pemerintah Belanda untuk mengganti Hukum Adat dengan suatu unifikasi hukum perdata yang didasarkan atas Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Barat dilakukan pada tahun 1920 oleh **Cowan**, Directeur van Justitie. Rancangan yang dibuat Cowan ini dikenal dengan nama “Rancangan suatu kitab undang-undang Hukum Perdata, berlaku bagi semua golongan rakyat Hindia Belanda.”³⁴⁵ Alasan Rancangan Cowan mengganti Hukum Adat dengan Hukum Barat adalah: *Pertama*: Hukum Adat yang tidak tertulis menyebabkan “rechtsonzekerheid”. Orang tidak akan dapat mengetahui lebih dahulu bagaimana akan keputusan Hakim terhadap sesuatu soal Hukum Adat, oleh karena hukum itu tidak tertulis. Dari sebab itu hendaknya diadakan kodifikasi; *kedua*: Berlakunya bermacam-macam sistim hukum untuk golongan yang berlainan kebangsaannya di Indonesia menyebabkan kegaduhan dalam peradilan (rechtverwaring), oleh karena itu hendaknya diadakan unifikasi; dan *ketiga*: Unifikasi ini harus berdasarkan atas sistim Hukum Barat, oleh karena segala perubahan di dalam masyarakat Indonesia yang menyebabkan reorganisasi hukum berasal dari Barat. Modernisering dari masyarakat Indonesia berarti perubahan kejurusan Barat dan apa yang berlaku untuk masyarakat, perlu pula untuk peraturan hidup dalam

343 *Ibid.*, h, 158-1163.

344 *Ibid.*, h. 164.

345 *Ibid.*, h. 178.

masyarakat itu, misalnya untuk Hukum Sipil.³⁴⁶ Sama seperti rancangan-rancangan sebelumnya, Rancangan Cowan ini juga mengalami kegagalan, sehingga pada akhir tahun 1927 Pemerintah Belanda mengubah sikapnya terhadap Hukum Adat. Jika dulu melakukan penekanan untuk menggeser kedudukan Hukum Adat dan menggantikannya dengan Hukum Barat, tapi sejak itu membiarkan Hukum Adat tumbuh berdampingan dengan Hukum Barat.³⁴⁷

6. Masa 1928-1945;

Ter Haar sebagaimana dikutip Bushar Muhammad, menjelaskan perkembangan hukum adat pada masa sejak tahun 1928 sebagai berikut: “Peradilan adat didaerah yang secara langsung diperintah (*inheemse rechtspraak in rechtstreeks bestuurd gebied*) oleh pemerintah Belanda, diberi beberapa aturan-aturan dasar dalam ordonansi tertanggal 18 Pebruari 1932, yang diundangkan dalam Ind. Stbl. No. 80, dan dalam peraturan-peraturan penyelenggaraannya (*uitvoeringsregelen*) yang dibuat oleh residen setempat.”³⁴⁸ Demikian pula peradilan swapraja diberi beberapa aturan-aturan dasar dalam *Zelfbestuurreglement* tahun 1938, yang diundangkan dalam Ind.Stbl. No. 529. Hakim desa (*dorpsrechter*) diberi pengakuan perundang-undangan (*wettelijke erkenning*) dalam Ind.Stbl. 1935 No. 102.³⁴⁹

Dalam rangka usaha memperbaiki peradilan agama, maka dalam pasal 134 IS diadakan perubahan menurut Ind.Stbl. tahun 1929 No. 221 jo. No. 487. Selanjutnya tahun

346 Abdurrahman, *Op.Cit.*, h. 96.

347 *Ibid.*, h. 97.

348 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 183-184.

349 *Ibid.*

1931 diadakan penegasan tentang susunan dan kompetensi pengadilan agama, yang diundangkan dalam Ind.Stbl. No. 53. Kemudian tahun berikutnya didirikan *Hof voor Islamitische Zaken*, sebagai pengadilan banding atas keputusan pengadilan agama yang dikenal dengan nama “*Raad Agama*.”³⁵⁰

Tanggal 1 Januari 1938, pada Raad van Justitie di kota Betawi (sekarang Jakarta) didirikan suatu “*Adatkamer*” yang mengadili dalam tingkat bandingan mengenai perkara-perkara hukum privat adat (hukum perdata adat) yang telah diputuskan oleh Landraad-landraad di pulau Jawa, di Palembang, di Jambi, di Bangka dan di Belitung, di Kalimantan dan di Bali, dengan Ind.Stbl. 1937 No. 631. Pada tanggal yang sama 1 Januari 1938 di Kalimantan Tenggara diadakan penegasan kompetensi hakim agama dan didirikan suatu instansi banding atas keputusan-keputusan “*Kadigerecht*” dengan Ind.Stbl. No. 638.³⁵¹

7. Masa 1945 sampai sekarang.

Menurut **Sunaryati Hartono**, pada masa kemerdekaan dasar berlakunya hukum Adat masih terdapat dalam Pasal 131 IS, karena menurutnya dalam Undang-Undang Dasar 1945 tidak ditemukan ketentuan mengenai hukum Adat.³⁵² Oleh karena itu, Pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 menyebutkan: “segala badan Negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini.”

350 *Ibid.*, h. 184-185.

351 *Ibid.*, h. 185.

352 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 133.

Pada tahun 1960 telah dikeluarkan Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 104, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2043 (selanjutnya disebut UUPA), yang mulai berlaku tanggal 24 September 1960. Menurut Sudargo Gautama: “UUPA memuat hal-hal yang merupakan perubahan yang revolusioner dan drastis terhadap stelsel Hukum Agraria yang berlaku. Terjadi perombakan bukan saja di bidang hukum tanah saja, tetapi juga di bidang hukum yang lain.”³⁵³ Memang salah satu pertimbangan dikeluarkannya UUPA adalah untuk mengakhiri dualisme Hukum Agraria, yaitu berlakunya Hukum Adat disamping Hukum Barat. Oleh karena itulah dalam konsideran UUPA disebutkan: “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.”

Jika ditelusuri isi UUPA, maka ditemukan baik tersurat maupun tersirat bahwa hukum Adat menjadi dasar dari UUPA, seperti yang terdapat dalam Penjelasan Umum angka III (I), Pasal 2 ayat (4), Pasal 3, Pasal 5, Penjelasan Pasal 16, Pasal 56, dan Pasal 58. Dalam **Penjelasan Umum angka III (I)** disebutkan: “Dengan sendirinya Hukum Agraria yang baru itu harus sesuai dengan kesadaran hukum daripada rakyat banyak. Oleh karena rakyat Indonesia sebagian

353 Sudargo Gautama, *Tafsiran Undang-Undang Pokok Agraria*, Alumni, Bandung, 1986, h. 3.

besar tunduk pada Hukum Adat, maka Hukum Agraria baru tersebut akan didasarkan pada ketentuan-ketentuan hukum adat itu, sebagai hukum yang asli, yang disempurnakan dan disesuaikan dengan kepentingan masyarakat dalam negara yang modern dan dalam hubungannya dengan dunia internasional serta disesuaikan dengan sosialisme Indonesia. Sebagaimana dimaklumi maka hukum adat dalam pertumbuhannya tidak terlepas pula dari pengaruh politik dan masyarakat kolonial yang kapitalis dan masyarakat swapraja yang feodal.” Dalam **Pasal 2 ayat (4)** dinyatakan bahwa: “Hak menguasai dari Negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan peraturan Pemerintah.” Dalam **Pasal 3** dinyatakan bahwa: “Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi.” Dalam **Pasal 5** dinyatakan bahwa: “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, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam undang-undang ini dan dengan peraturan perundang-undangan

lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada Hukum Agama.” Dalam **Penjelasan Pasal 16** dinyatakan bahwa: “Pasal ini adalah pelaksanaan daripada ketentuan dalam pasal 4. Sesuai dengan asas yang diletakkan dalam Pasal 5, bahwa hukum pertanahan nasional didasarkan atas Hukum Adat, maka penentuan hak-hak atas tanah dan air dalam pasal ini didasarkan pula pada sistematik dari hukum adat. Dalam pada itu hak guna usaha, dan hak guna bangunan diadakan untuk memenuhi keperluan masyarakat modern dewasa ini. Perlu kiranya ditegaskan, bahwa hak guna-usaha bukan hak *erfpacht* dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Hak guna-bangunan bukan hak *opstal*. Lembaga *erfpacht* dan *opstal* ditiadakan dengan dicabutnya ketentuan-ketentuan dalam Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dalam pada itu hak-hak adat yang sifatnya bertentangan dengan ketentuan-ketentuan undang-undang ini (Pasal 7 dan 10), tetapi berhubungan dengan keadaan masyarakat sekarang ini belum dapat dihapuskan diberi sifat sementara dan akan diatur (ayat 1 huruf h *jo.* Pasal 53).” Dalam **Pasal 56** dinyatakan bahwa: “Selama undang-undang mengenai hak milik sebagai tersebut dalam Pasal 50 ayat (1) belum terbentuk, maka yang berlaku adalah ketentun-ketentuan hukum adat setempat dan peraturan-peraturan lainnya mengenai hak-hak atas tanah yang memberi wewenang sebagaimana atau mirip dengan yang dimaksud dalam Pasal 20, sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan-ketentuan undang-undang ini.” Sedangkan dalam **Pasal 58** dinyatakan bahwa: “Selama undang-undang hak tanggungan tersebut dalam Pasal 51 belum terbentuk,

maka peraturan-peraturan baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis mengenai bumi dan air serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dan hak-hak atas tanah, yang ada pada mulai berlakunya undang-undang ini, tetap berlaku, sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa dari ketentuan-ketentuan dalam undang-undang ini serta diberi tafsir yang sesuai dengan itu.” Menurut Boedi Harsono, Pasal 58 ini tidak menyebut Hukum Adat secara langsung, namun apa yang disebut “peraturan yang tidak tertulis” mencakup juga Hukum Adat.³⁵⁴

Menurut **Sunaryati Hartono**: “Sekalipun Undang-Undang Pokok Agraria masih mengandung kekurangan-kekurangan, bahkan masih mengandung bahaya-bahaya yang tersembunyi, akan tetapi undang-undang tersebut telah mengandung satu petunjuk yang penting bagi pembentukan hukum nasional kita, yaitu bahwa di dalam membentuk hukum nasional kita yang baru itu, maka Hukum Adatlah yang menjadi dasarnya...”³⁵⁵ Namun demikian penegasan kedudukan Hukum Adat sebagai dasar Hukum Agraria sebagaimana disebutkan dalam Pasal 5 UUPA tersebut, menurut **Abdurrahman**: “di satu pihak memperluas ruang lingkup berlakunya Hukum Adat yaitu bukan hanya untuk golongan penduduk yang dahulunya disebut “inlander” atau “pribumi” akan tetapi untuk seluruh golongan penduduk, sedangkan di lain pihak secara ketat membatasi berlakunya Hukum Adat di lapangan keagrariaan.”³⁵⁶ Pembatasan-pembatasan terhadap Hukum Adat yang disebutkan di dalam Pasal 5

354 Boedi Harsono, *Hukum Agraria*, Jilid I, Djambatan, Jakarta, 2007, h. 178.

355 Sunaryati Hartono, *Loc.Cit.*

356 Abdurrahman, *Op.Cit.*, h. 81.

UUPA tersebut ialah: Hukum Adat tidak boleh bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara yang berdasarkan persatuan bangsa; Hukum Adat tidak boleh bertentangan dengan sosialisme Indonesia; Hukum Adat tidak boleh bertentangan dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam UUPA; Hukum Adat tidak boleh bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya; Hukum Adat harus mengindahkan unsur-unsur yang berdasarkan pada Hukum Agama. Demikian juga ketentuan yang terdapat dalam Pasal 3 UUPA yang mengakui keberadaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa dari masyarakat-masyarakat Hukum Adat, namun dengan ketentuan sepanjang menurut kenyataannya masih ada, dan harus sesuai dengan kepentingan nasional dan negara atas dasar persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan yang lebih tinggi.³⁵⁷ Dengan demikian menurutnya, Hukum Adat yang dimaksud bukan lagi sebagai Hukum Adat yang selama ini diperkenalkan oleh Van Vollenhoven atau Ter Haar.³⁵⁸ Oleh karena ini menurut pendapat beberapa pakar hukum, yaitu: menurut Boedi Harsono, adalah Hukum Adat yang mengalami pemurnian atau “*saneering*”;³⁵⁹ menurut Ko Tjay Sing, adalah Hukum Adat yang bertumbuh dan berubah;³⁶⁰ menurut Sudargo Gautama, adalah Hukum Adat yang “disempurnakan dan disesuaikan”³⁶¹; atau menurut Mohammad Koesnoe, adalah Hukum Adat yang

357 *Ibid.*

358 *Ibid.*, h. 82.

359 Boedi Harsono, *Op.Cit.*, h. 180.

360 Ko Tjay Sing, “Hukum Tertulis atau Hukum Tidak Tertulis”, dalam majalah *Hukum dan Keadilan*, No. 4 Tahun ke -1/1970, h. 21.

361 Sudargo Gautama, *Op.Cit.*, h. 18.

ditarik ke *niveau* (lapisan/tingkatan) yang lebih abstrak dan umum.³⁶² Namun di sisi lain, beberapa pakar hukum adat merasakan kenyataan ini sebagai penurunan terhadap kedudukan hukum adat, seperti yang dikemukakan oleh **Mohammad Koesnoe**, yang menyatakan bahwa pembuat undang-undang mempunyai pandangan yang negatif terhadap hukum adat, bahkan disebutkan dengan adanya pasal 5 UUPA tersebut, maka martabat dan derajat hukum Adat menjadi berkurang.³⁶³ Demikian pula pendapat yang dikemukakan oleh **Sunaryati Hartono**, yang melihat bahwa meski Pasal 5 UUPA menyebutkan bahwa UUPA berdasarkan hukum Adat, namun menurutnya ternyata, baik dalam undang-undangnya maupun dalam pelaksanaannya justru menunjukkan penyimpangan-penyimpangan dari Hukum Adat.³⁶⁴ Pendapat yang senada juga disampaikan oleh **Abdurrahman**, yang mempertanyakan apakah benar Hukum Agraria Nasional itu berdasarkan Hukum Adat? Berdasarkan kenyataan yang ada, Abdurrahman mengemukakan bahwa tindak lanjut pelaksanaan UUPA bukan diserahkan kepada Hukum Adat, tapi diatur secara terperinci sampai soal sekecil-kecilnya oleh peraturan tertulis. Dengan demikian dalam kenyataan, hukum Adat hanya merupakan kulit saja, dan justru isi hukum agraria nasional banyak di isi dengan prinsip-prinsip dan lembaga-lembaga hukum yang diambil dari hukum Barat yang sebagian di antaranya kadang-kadang bertentangan dengan hukum Adat. Atas

362 Mohammad Koesnoe dalam Joeni Arianto Kurniawan, "*Gagasan Membangun (kembali) Ilmu Hukum Adat Normatif: konsepnalisasi Muhammad Koesnoe tentang Hukum Adat Sebagai Dasar Hukum Nasional Indonesia*", Epistema Institute, Jakarta, 2013, h. 119.

363 Moehammad Koesnoe, dalam Abdurrahman, *Op.Cit.*, h. 83.

364 Sunaryati Hartono, dalam Abdurrahman, *Op.Cit.*, h. 83.

dasar itulah Abdurrahman berpendapat bahwa sebenarnya lebih tepat dikatakan hukum agraria nasional itu adalah Hukum Adat berbaju Barat.³⁶⁵ Bahkan pada bagian lain tulisannya, disinyalirnya pula bahwa dalam hukum agraria yang berlaku sekarang terdapat “dualisme terselubung” dimana Hukum Adat dan lembaga-lembaga Hukum Adat dinilai sebagai suatu hal yang berhadapan dengan hukum agraria dan lembaga-lembaga hukum yang termuat di dalam peraturan perundangan agraria.³⁶⁶ Keadaan ini sebenarnya tidak terlepas dari fenomena yang dikemukakan **Sunaryati Hartono** bahwa terdapatnya dua aliran yang masing-masing mencari pengaruhnya dalam proses pembentukan hukum nasional. Aliran *pertama* adalah aliran yang hendak teguh berpegangan pada azas-azas hukum Adat, sedangkan aliran *kedua* hendak memperlakukan azas-azas hukum Barat (khususnya hukum Belanda).³⁶⁷ Situasi ini tidak saja terjadi pada UUPA yang berlaku pada tahun 1960, tetapi juga untuk berbagai peraturan perundang-undang yang terkait dengan hukum adat yang dikeluarkan, baik sebelum tahun 1960 maupun sesudahnya. Menurut **Abdurrahman**: “Di dalam berbagai perundang-undangan yang berlaku di negara kita sekarang tidak ada sesuatu ketentuanpun yang memuat penegasan secara menyeluruh tentang kedudukan Hukum Adat dalam sistim hukum Indonesia, melainkan hanya untuk bagian-bagian hukum tertentu atau untuk keadaan tertentu saja.” Lebih lanjut menurutnya: “Berbeda dengan di zaman orde lama dahulu kita jumpai adanya suatu pedoman dasar dalam Ketetapan MPRS No.II/

365 Abdurrahman, *Ibid.*, h. 84.

366 *Ibid.*, h. 84-85.

367 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 137-138.

MPRS/1960 yang menyatakan bahwa “azas-azas Pembinaan Hukum Nasional itu sesuai dengan Haluan Negara dan berlandaskan pada Hukum Adat” yang tidak menghambat perkembangan masyarakat adil dan makmur”, akan tetapi sekarang setelah dicabutnya ketetapan MPRS tersebut, pedoman yang demikian ikut pula lenyap.³⁶⁸ Memang keadaan ini merupakan kelanjutan dari keadaan pada suasana zaman penjajahan, yaitu terdapatnya dua pendapat yang saling berbeda tentang kedudukan hukum adat ini, yang pengaruhnya masih tetap terasa hingga sekarang ini. Pendapat *pertama* ini beranggapan bahwa Hukum Adat mempunyai kedudukan yang lebih rendah bila dibandingkan dengan Hukum Barat/Hukum Tertulis, karena Hukum Adat itu berlakunya ditentukan seperlunya oleh peraturan perundangan. Sedangkan pendapat *kedua* beranggapan bahwa Hukum Adat itu mempunyai kedudukan dan derajat yang sama nilainya dengan Hukum Barat. Hukum Barat tidak mempunyai kelebihan-kelebihan sedikitpun dari Hukum Adat dan konsepsi-konsepsi Hukum Adat-pun tidak kalah kayanya kalau dibandingkan dengan berbagai konsepsi tentang Hukum Barat.³⁶⁹ Dari dua pandangan yang berkembang pada masa itu membawa pengaruh terhadap munculnya tiga golongan pendapat tentang kedudukan Hukum Adat pada masa sekarang, yaitu: golongan *pertama*, yang menentang Hukum Adat. Golongan ini memandang Hukum Adat sebagai Hukum yang sudah ketinggalan zaman yang harus segera ditinggalkan dan diganti dengan peraturan hukum yang lebih modern. Golongan *kedua*, yang

368 Abdurrahman, *Op.Cit.*, h. 71.

369 *Ibid.*, h. 94 dan 99.

mendukung sepenuhnya terhadap Hukum Adat. Golongan ini mengemukakan pendapat yang sangat mengagungkan Hukum Adat, karena Hukum Adat menurut mereka adalah hukum yang paling cocok dengan kehidupan bangsa Indonesia, sehingga oleh karenanya harus tetap dipertahankan terus sebagai dasar bagi pembentukan Hukum Nasional. Sedangkan golongan *ketiga* adalah golongan yang moderat, yaitu yang mengambil jalan tengah di antara kedua golongan pendapat tersebut. Golongan ini berpandangan bahwa hanya sebagian saja daripada Hukum Adat yang dapat dipergunakan dalam lingkungan Tata Hukum Nasional, sedangkan untuk selebihnya akan diambil dari unsur-unsur hukum lainnya.³⁷⁰

370 *Ibid.*, h. 103-126.

BAB III

KARAKTERISTIK KELUARGA HUKUM *CIVIL LAW* DAN *COMMON LAW* SERTA HUKUM ADAT

A. Karakteristik Civil Law/Romawi Jerman/Eropa Kontinental

Beberapa pakar hukum menjelaskan karakteristik keluarga hukum Civil Law/Romawi Jerman/Eropa Kontinental atas dasar: konsep kaedah/norma hukum; perumusan kaedah/norma hukum; fungsi kaedah/norma hukum; struktur kaedah/norma hukum, dan sumber hukum.

Menurut **Satjipto Rahardjo**, konsep tentang kaedah merupakan hal yang penting karena menentukan penyelenggaraan kehidupan hukum dalam suatu negara. Bahkan menurutnya, perbedaan konsep tentang kaedah hukum ini yang membedakan sistem *civil law* dengan *common law*.³⁷¹ Dalam sistem Civil Law, kaedah/norma hukum merupakan bagian dari sistem kaedah/norma. **Purnadi Purbacaraka** dan **Soerjono Soekanto** mengemukakan bahwa: “Kaedah merupakan rumusan suatu pandangan mengenai perikelakuan atau sikap tindak, sehingga kaedah berfungsi sebagai patokan atau ukuran ataupun pedoman untuk berperikelakuan atau bersikap tindak dalam hidup.”³⁷² Selanjutnya menurutnya, ada dua aspek hidup, yaitu hidup

371 Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, h. 296-297.

372 Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, h. 14.

pribadi dan hidup antar pribadi. Setiap macam aspek hidup tersebut mempunyai kaedah-kaedahnya (tata kaedah). Yang termasuk aspek hidup pribadi adalah kaedah-kaedah kepercayaan, dan kaedah-kaedah kesusilaan, sedangkan yang termasuk aspek hidup antar pribadi adalah kaedah-kaedah sopan santun, dan kaedah-kaedah hukum.³⁷³ Dari sudut yang lebih luas, Satjipto Rahardjo mengemukakan pendapatnya bahwa: “dalam kehidupan dijumpai keharusan-keharusan yang membatasi dan memimpin tingkah laku manusia. Keharusan-keharusan tersebut adalah keharusan-keharusan alamiah (norma alam), dan keharusan-keharusan susilawi (norma susila). Pada norma alam - dunia alam nyata (das sein) terdapat hubungan sebab akibat (causal relation), sedang pada norma susila - dunia keinginan (das sollen) terjadi hubungan pengkaitan.”³⁷⁴

Norma kesusilaan dan norma hukum termasuk dalam norma susila. Norma kesusilaan termasuk dalam golongan norma ideal, sedang norma hukum termasuk dalam norma kultur. Hukum (norma kultur) adalah norma yang mengajak masyarakat untuk mencapai cita-cita serta keadaan tertentu, tetapi tanpa mengabaikan dunia kenyataan.³⁷⁵ Hukum sebagai suatu tipe tatanan sosial di dalam dirinya mengandung dua hal yaitu patokan penilaian, dan patokan tingkah laku. Sebagai patokan penilaian, hukum menilai kehidupan masyarakat (menyatakan apa yang dianggap baik dan yang tidak), sedang sebagai patokan tingkah laku, hukum memberikan petunjuk (perintah) tentang tingkah laku.³⁷⁶

373 *Ibid.*, h. 15-16.

374 Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, h. 63-64.

375 *Ibid.*, h 65.

376 *Ibid.*, h. 69-70.

Dalam sistem *Civil Law*, tata kaedah hukum merupakan sistem kaedah-kaedah hukum yang secara hirarkhis dengan susunan yang sangat disederhanakan dari tingkat teratas ke tingkat bawah sebagai berikut:³⁷⁷

1. kaedah-kaedah dari konstitusi;
2. kaedah-kaedah umum di dalam undang-undang atau hukum kebiasaan;
3. kaedah-kaedah individual dari badan-badan pelaksana hukum, terutama pengadilan.

Kaedah-kaedah umum bersifat abstrak, sedangkan kaedah-kaedah individual bersifat konkrit. Kaedah-kaedah individual, umum, dan konstitusi dinamakan kaedah-kaedah positif. Di atas konstitusi terdapat kaedah-kaedah dasar hipotetis yang lebih tinggi (bukan merupakan kaedah positif) yang merupakan kaedah yang dihasilkan oleh pemikiran yuridis.³⁷⁸

Jadi dalam sistem *Civil Law*, kaedah hukum ditekankan lebih kepada fungsi memberi arah dan patokan tingkah laku dalam masyarakat dalam hubungannya satu sama lain sehingga masyarakat menjadi tertib dan kepentingan individu serta kepentingan bersama terlindungi.³⁷⁹

Konsekuensi dari penekanan pada fungsi prevensi, kaedah hukum dirumuskan secara umum dan abstrak, yaitu dengan sebanyak mungkin mencakup situasi-situasi kemasyarakatan yang merupakan abstraksi atau ekstraksi dari bahan yang ada dalam kehidupan sehari-hari. Untuk itu kaedah hukum dibuat melalui rumusan-rumusan

377 Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Op.Cit.*, h. 43.

378 *Ibid.*

379 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 31.

hipotetis yang dituangkan dalam bentuk stereotip-stereotip hubungan dan tingkah laku. Norma atau kaedah hukum hanya memuat kerangka umum dari suatu perbuatan atau stereotip dari perbuatan tertentu.³⁸⁰ Oleh karena kaedah hukum akan menjadi pedoman dalam menyelesaikan suatu persoalan konkrit, maka menurut Satjipto Rahardjo, kaedah harus cukup sifatnya sehingga dapat memuat asas yang akan dipakai dalam pengambilan keputusan terhadap kasus konkrit di belakang hari.³⁸¹

Dengan demikian pada sistem *Civil Law*, norma atau kaedah hukum sengaja dibuat yang merupakan hasil pemikiran dan pengolahan secara rasional, logis, dan sistematis oleh lembaga yang berwenang membuatnya. Dalam sistem hukum ini Pembentukan Hukum (*Rechtsvorming*) dilaksanakan oleh badan legislatif yang bertugas membuat norma atau kaedah hukum sebagai pedoman atau kerangka untuk mengambil keputusan oleh hakim dalam perkara atau sengketa yang dibawa kepadanya. Jika Pembentukan Hukum (*Rechtsvorming*) dilakukan oleh badan legislatif, maka Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) terutama dilakukan oleh hakim.

Pada proses penemuan hukum, hakim berpedoman atau menerapkan peraturan hukum (norma atau kaedah hukum) yang bersifat abstrak itu untuk kasus yang konkrit dan menghasilkan keputusan yang bersifat khusus dan konkrit. Oleh karena norma atau kaedah yang dibuat oleh lembaga legislatif itu bersifat umum dan abstrak, maka untuk menerapkan atau melaksanakan ketentuan norma

380 Sardjono, *Ibid.*, h.32 dan Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.*, h. 72.

381 Satjipto Rahardjo, *Ibid.*, h. 297.

atau kaedah hukum itu, digunakan penafsiran (*interpretasi*) dan melakukan kontruksi hukum.

Dalam dunia ilmu pengetahuan hukum pada sistem *Civil Law* dikenal berbagai macam penafsiran, mulai penafsiran dalam arti subjektif dan penafsiran dalam arti objektif, penafsiran dalam arti luas (*ekstensif*) dan penafsiran dalam arti sempit (*restriktif*), sampai kepada berbagai penafsiran yang sering dilakukan seperti penafsiran menurut arti perkataan (*taalkundige interpretatie*) atau penafsiran gramatikal (*gramaticale interpretatie*), penafsiran menurut sejarah atau penafsiran historis (*historische interpretatie*), penafsiran menurut sistem yang ada di dalam hukum atau penafsiran sistematis (*systematische interpretatie*) atau penafsiran penafsiran dogmatis (*dogmatische interpretatie*), penafsiran sosiologis (*sociologische interpretatie*) atau penafsiran teleologis (*teleologische interpretatie*), dan penafsiran autentik atau penafsiran resmi (*authentieke interpretatie* atau *officiele interpretatie*). Di samping itu dikenal pula jenis-jenis konstruksi hukum, yaitu analogi, penghalusan hukum (*rechtsverfijning*) dan *argumentum a cotrario*.

Dari sisi struktur hukum, dalam sistem *Civil Law* hukum menurut isinya dibagi dalam dua golongan besar, yaitu hukum publik dan hukum privat. Menurut **Sunaryati Hartono**, pembagian dalam hukum publik dan hukum privat ini baru dikenal oleh negara-negara Eropa kontinental setelah mengenal hukum Romawi. Hukum Romawi membagi peraturan-peraturan hukumnya ke dalam dua golongan (dilakukan oleh ahli hukum Romawi Ulpianus) yaitu hukum publik dan hukum perdata. Hukum publik

adalah hukum yang berhubungan dengan kesejahteraan negara Romawi, sedang hukum perdata adalah hukum yang mengatur kepentingan orang secara khusus (ada hal yang merupakan kepentingan umum dan ada pula yang merupakan kepentingan perdata).³⁸² Pembagian kaedah-kaedah hukum dalam hukum publik dan hukum privat yang berasal dari hukum Romawi ini kemudian diresepsi oleh negara-negara di Eropa kontinental yang mempelajari hukum Romawi seperti Perancis, Belgia, Belanda, Jerman, dan lain-lain.³⁸³ Pentingnya pembagian hukum publik dan hukum privat dalam sistem *Civil Law* ini menurut **Satjipto Rahardjo** merupakan ciri pokok dari sistem hukum ini disamping ciri lain yaitu hukumnya dibuat dan tertulis.³⁸⁴ Mengenai pembagian atas hukum publik dan hukum privat ini, **Romli Atmasasmita** mengemukakan, di negara-negara yang menganut “*civil Law System*”, secara otomatis hukum dibedakan dalam hukum publik dan hukum privat. Perbedaan tersebut menurutnya dikenal sejak masa undang-undang Justinianus (*codex Justinianus*).³⁸⁵ Lebih lanjut menurutnya, perbedaan hukum publik dan hukum privat tersebut sangat penting dilihat dari sudut yurisdiksi

382 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 73.

383 Tidak terdapat kesatuan pendapat dikalangan para sarjana tentang hubungan hukum publik dan hukum privat. Pendapat-pendapat itu dapat dikelompokkan pada tiga golongan, yaitu: 1. Pembagian antara hukum publik dan hukum privat merupakan suatu pembagian yang fundamental. Tokoh-tokoh yang menganut pandangan ini antara lain adalah: van Apeldorn, J.A. Loefff, Bierling, M.A.G. Harthoorn; 2. Pembagian antara hukum publik dan hukum privat bukan merupakan pembagian yang fundamental. Tokoh-tokoh yang termasuk penganut pandangan ini antara lain adalah: Meijers dan Bellefroid; 3. Pandangan yang meninggalkan pembagian hukum publik dan hukum privat. Tokoh yang berpandangan seperti ini antara lain adalah Hans Kelsen dan Kranenburg (Lihat Sunaryati Hartono, *Capita Selecta Perbandingan Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, h. 74-80; dan Sardjono, *Perbandingan Hukum Perdata*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1985, h. 25).

384 Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, h. 299.

385 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 47.

peradilan. Yurisdiksi peradilan perdata di negara-negara Eropa kontinental secara tradisional terbatas pada sengketa yang diatur dalam hukum perdata.³⁸⁶

Sumber hukum dalam sistem *Civil Law* terdiri dari: peraturan perundang-undangan; kebiasaan; jurisprudensi; traktat, dan doktrin. Sumber hukum yang utama dalam sistem hukum ini adalah peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan merupakan peraturan yang berbentuk tertulis yaitu suatu produk peraturan yang dibuat oleh lembaga yang berwenang membuatnya. Dikatakan sebagai sumber hukum yang utama artinya peraturan perundang-undangan dijadikan pedoman atau patokan dalam mengambil keputusan terutama oleh para hakim dalam memutus perkara yang dihadapkan kepadanya. Bentuk perundang-undangan yang utama adalah konstitusi yang dipandang sebagai bentuk perundang-undangan yang mempunyai derajat tertinggi baik dari segi polititis maupun yuridis. Negara-negara yang menganut sistem *Civil Law* ini mempunyai konstitusi yang tertulis. Bentuk perundang-undangan berikut adalah kodifikasi yang merupakan penguangan suatu materi hukum tertentu dalam suatu kitab undang-undang secara lengkap dan tersusun secara sistematis. Bentuk perundang-undangan berikutnya adalah undang-undang, dan bentuk perundang-undangan lainnya.

Peter Mahmud Marzuki mengemukakan bahwa ada tiga karakteristik sistem *Civil Law* yang membedakannya dengan sistem *Common Law*, yaitu: *pertama*, adanya kodifikasi; *kedua*, hakim tidak terikat kepada preseden sehingga

386 *Ibid.*

undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama, dan *ketiga*, sistem peradilan bersifat *inkuisitorial*.³⁸⁷

Karakteristik *pertama* sistem *Civil Law* yaitu adanya kodifikasi dijelaskan oleh Peter Mahmud Marzuki dengan pendekatan sejarah kebutuhan terhadap kodifikasi di dua negara yaitu Perancis dan Jerman, yang menjadi rujukan negara-negara Eropa lainnya yang juga melakukan kodifikasi. Di **Perancis**, gagasan kodifikasi timbul setelah terjadinya revolusi Perancis, sebagai respon keadaan yang terjadi di Perancis sebelumnya dimana tidak terdapat kesatuan hukum. Sebelum revolusi, di daerah selatan berlaku hukum yang disebut *pays de ecrit* (daerah hukum tertulis) yang merupakan hukum Romawi yang berlaku di kekaisaran Romawi Barat abad V, bukan kode Iustinianus. Di daerah utara berlaku hukum yang disebut *pays de coutumes*, yang merupakan kebiasaan-kebiasaan lokal yang beragam dan berbeda satu sama lain.³⁸⁸ Dalam perkembangannya hukum kebiasaan-kebiasaan ini diberi kekuatan resmi menjadi peraturan raja. Meski dalam praktik hukum kebiasaan yang telah memperoleh kekuatan resmi dan dituangkan menjadi peraturan raja ini tidak terlalu diperhatikan kecuali kalau *coutumes* tidak dapat menyelesaikan baru dijadikan acuan.³⁸⁹ Namun demikian keberadaan kebiasaan yang telah dituangkan menjadi peraturan raja ini memunculkan kesadaran pentingnya hukum yang berlaku umum, dan menumbuhkan arti penting kebutuhan akan kesatuan hukum untuk kepastian hukum. Keadaan ini ditunjang pula oleh kenyataan

387 Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.*, h. 286.

388 *Ibid.*

389 *Ibid.*, h. 287.

bahwa pada saat itu para hakim yang menyelesaikan sengketa menggunakan hukum Romawi dan hukum Kanonik, karena para hakim mendapat pendidikan hukum Romawi dan hukum Kanonik di universitas-universitas.³⁹⁰ Penggunaan hukum Romawi dan hukum Kanonik ini dipandang memberikan kepastian hukum. Oleh karena itu muncul kesadaran bahwa hukum tertulis (*droit écrit*) lebih menjamin kepastian hukum dari pada *cuotumes*.³⁹¹ Ketika terjadi revolusi Perancis yang dimulai tanggal 14 Juli 1789, keadaan ini dipandang tidak selaras dengan tujuan revolusi, oleh karena itu di samping kepastian hukum juga diperlukan kesatuan hukum. Sejak saat ini muncul gagasan mengadakan kodifikasi.³⁹² Gagasan kodifikasi dimulai 5 Juli 1790 ketika Dewan Konstituante memutuskan bahwa “hukum perdata harus ditinjau kembali dan direformasi oleh legislator dan harus dibuat suatu kitab undang-undang yang bersifat umum, sederhana, jelas, dan memadai bagi konstitusi.” Dewan konstituante dan penggantinya dewan legislatif tidak dapat menjalankan tugasnya.³⁹³ Dalam kurun waktu 1792-1795, kemudian dilanjutkan kurun waktu 1795-1799 telah pula diusahakan melakukan kodifikasi, mulai pelaksanaan kodifikasi berdasarkan konvensi para tokoh revolusi sampai usaha kodifikasi oleh Dewan Pemerintahan, yang semuanya mengalami kegagalan.³⁹⁴ Usaha kodifikasi mengalami kemajuan pada kurun waktu 1799-1804, saat masa pemerintahan Konsulat terutama pada masa Konsulat pertama Napoleon Bonaparte memegang

390 *Ibid.*

391 *Ibid.*

392 *Ibid.*

393 *Ibid.*, h. 288

394 *Ibid.*, h. 288-289

kekuasaan.³⁹⁵ Setelah mengalami proses yang panjang, pada tahun 1804 diundangkan 36 undang-undang yang terpisah-pisah yang dihimpun dalam satu Kitab Undang-Undang yang dinamakan *Code Civil des Francais* (2281 pasal). Di samping *Code Civil*, kemudian berhasil pula dibuat empat kodifikasi, yaitu *Code de Procedure Civil* (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Perdata), *Code de Commerce* (Kitab Undang-Undang Hukum Dagang), *Code Penal* (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana), dan *Code d'Instruction Criminelle* (Kitab Undang-Undang Pedoman Penanganan Perbuatan Pidana).³⁹⁶ Di **Jerman**, sebelah Barat sungai Rein dan di Baden terjadi resepsi terhadap *Code Civil Perancis*, karena kedua daerah ini pernah dikuasai Napoleon Banaparte.³⁹⁷ Meski telah terjadi resepsi hukum Romawi, namun karena bangsa Jerman memiliki rasa nasionalisme yang tinggi, sehingga terjadi penolakan terhadap yang berbau asing termasuk penolakan terhadap hukum asing termasuk hukum Romawi tersebut.³⁹⁸ Akan tetapi pada permulaan abad XIX Jerman menjadi negara yang ekonominya mengalami kemajuan yang pesat, sehingga para pedagang memerlukan kepastian hukum untuk melakukan kegiatan perdagangan antarnegara bagian, yang saat itu terdapat keragaman hukum sehingga menyulitkan hubungan perdagangan. Keadaan ini menyadarkan mereka akan perlunya kesatuan hukum, dengan meletakkan dasar sistem hukum yang berlaku bagi seluruh negara-negara bagian di Jerman.³⁹⁹ Di bidang perdagangan, usaha

395 *Ibid.*, h. 289.

396 *Ibid.*, h. 291.

397 *Ibid.*

398 *Ibid.*

399 *Ibid.*

melakukan pengaturan secara nasional dimulai tahun 1830 dan baru berhasil tahun 1857 saat *Bundesversammlung* (Majelis Federal) membentuk komisi ahli hukum dan pekalu bisnis merancang hukum dagang yang berlaku umum di Jerman. Tahun 1861 *Bundesversammlung* menyetujui draf *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (Kitab Undang-Undang Hukum Dagang Seluruh Jerman), yang merupakan kodifikasi pertama.⁴⁰⁰ Kemudian *Burgerliches Gesetzbuch* (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) ditandatangani Kaiser pada tanggal 18 Agustus 1896. Di rentang 1861–1896 atau rentang pengundangan *Handelsgesetzbuch* dan *Burgerliches Gesetzbuch* terdapat kodifikasi-kodifikasi lain, yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, dan Kitab Undang-Undang Kepailitan.⁴⁰¹

Menurut **Peter Mahmud Marzuki**, pola kodifikasi dua negara ini **Perancis** dan **Jerman** ini lah yang menjadi acuan atau panutan bagi negara-negara Eropa lainnya yang juga melakukan kodifikasi. Belanda, Belgia, Luxembourg, dan Spanyol mengikuti pola Perancis, sedang Yunani mengikuti pola Jerman. Di samping itu ada juga negara yang memadukan antara pola Perancis dan Jerman, meski tetap akan tampak pola mana yang dianut, seperti Italia yang lebih tampak pola Perancis daripada pola Jerman.⁴⁰²

Karakteristik yang *kedua* dalam sistem *Civil Law* ini adalah hakim tidak terikat pada preseden, sehingga undang-undang menjadi sumber hukum utama. Menurut Peter Mahmud Marzuki, karakteristik kedua ini

400 *Ibid.*, h. 292.

401 *Ibid.*

402 *Ibid.*, h. 292-293.

merupakan konsekuensi ajaran pemisahan kekuasaan antara kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudisial yang intinya adalah tidak dimungkinkannya kekuasaan yang satu mencampuri urusan kekuasaan yang lainnya, yang mengilhami Revolusi Perancis.⁴⁰³ Dengan mengutip **Paul Scholten** yang mengemukakan ungkapan *Nonexemplis sed legibus iudiciandum est* yang diterjemahkan secara bebas oleh Peter Mahmud Marzuki: “Sesuatu diputus berdasarkan undang-undang bukan berdasarkan contoh.”⁴⁰⁴ Ungkapan ini dijelaskan oleh Paul Scholten dengan menyatakan bahwa putusan *Hoge Raad* atas suatu sengketa hukum memang perlu dihormati, tetapi tidak lebih dari sekedar dihormati.⁴⁰⁵ Pandangan ini menurut Peter Mahmud Marzuki tidak bisa dilepaskan dari pengaruh Perancis yang mengharuskan *arrest de reglement*, yang artinya putusan harus didasarkan atas aturan yang dibuat oleh parlemen.⁴⁰⁶ Lebih lanjut dijelaskan Peter Mahmud Marzuki bahwa: “Pasal 5 *Code Civil* Perancis menetapkan bahwa pengadilan harus menerapkan *Code Civil* secara ketat: para hakim harus memberikan alasan atas putusannya dan tidak dapat membuat putusan untuk diterapkan secara umum.”⁴⁰⁷ Ketentuan yang terdapat dalam *Code Civil* Perancis ini lah yang menurut Peter Mahmud Marzuki yang menjadi panutan negara-negara Eropa lainnya dalam menentukan hubungan undang-undang dan putusan hakim.⁴⁰⁸ Pada bagian akhir uraiannya pada bagian ini Peter Mahmud Marzuki menyimpulkan

403 *Ibid.*, h. 293.

404 *Ibid.*

405 *Ibid.*

406 *Ibid.*

407 *Ibid.*

408 *Ibid.*

bahwa: “penganut sistem *civil law* memberi keleluasaan yang besar bagi hakim untuk memutus perkara tanpa perlu meneladani putusan-putusan hakim terdahulu. Yang menjadi pegangan hakim adalah aturan yang dibuat oleh parlemen, yaitu undang-undang.”⁴⁰⁹

Karakteristik *ketiga* dalam sistem *Civil Law* ini adalah sistem peradilan yang bersifat *inkuisitorial*. Peter Mahmud Marzuki menjelaskan karakteristik ketiga sistem *Civil Law* ini dengan merujuk pendapat **Lawrence Friedman**. Menurut Friedman, “hakim di dalam sistem *civil law* berusaha untuk mendapatkan gambaran lengkap dari peristiwa yang dihadapinya sejak awal.”⁴¹⁰ Lebih lanjut menurutnya: “sistem ini sebenarnya lebih efisien, lebih tidak berpihak (*imparsial*), dan lebih adil dibandingkan dengan sistem yang berlaku di sistem *common law*.”⁴¹¹ Oleh karena itu menurut Peter Mahmud Marzuki: “ Di dalam sistem itu, hakim mempunyai peranan yang besar dalam mengarahkan dan memutus perkara; hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti.”⁴¹²

Untuk memperjelas dan menggambarkan sistem *Civil Law* ini berikut akan disajikan dalam bentuk skema di bawah ini:

409 *Ibid.*, h. 294.

410 *Ibid.*

411 *Ibid.*

412 *Ibid.*

B. Karakteristik Common Law/Anglo Saxon/Anglo American

Sama halnya dengan sistem *Civil Law*, para sarjana menjelaskan karakteristik *Common Law* atas dasar: konsep kaedah/norma hukum, perumusan kaedah/norma hukum, fungsi kaedah hukum, struktur kaedah/norma hukum, dan sumber hukum.

Jika dalam sistem *Civil Law* kaedah hukum ditekankan kepada fungsi prevensi yaitu fungsi memberi arah dan patokan tingkah laku dengan membuat kaedah-kaedah hukum yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan yang bersifat umum dan abstrak, maka dalam sistem *Common Law* kaedah hukum ditekankan kepada fungsi represif yaitu menyelesaikan perbenturan kepentingan. Oleh karena titik berat diletakkan pada fungsi penyelesaian perbenturan kepentingan, maka fungsi represifnya hanya tertuju pada tugas melenyapkan perbenturan kepentingan itu dengan merumuskan kaedah atau norma hukumnya bagi situasi masyarakat pada saat itu dan untuk memenuhi kebutuhan pada saat itu dan diberlakukan untuk suatu keadaan tertentu.⁴¹³ Konsekuensi dari penekanan pada fungsi represif, kaedah hukum dirumuskan secara terperinci dalam bentuk konkrit. Dengan demikian kaedah hukumnya bersifat khusus dan konkrit tertuju kepada penyelesaian suatu kasus tertentu untuk mengakhiri perselisihan-perselisihan kepentingan dalam masyarakat, sehingga tercipta ketertiban dan dalam masyarakat. Kaedah-kaedah yang demikian ini dilahirkan oleh keputusan-keputusan hakim, sehingga pengadilan

413 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 32.

dalam sistem *Common Law* ini memegang peranan yang pokok.⁴¹⁴ Pada sistem *Common Law* ini norma atau kaedah hukum yang bersifat insidental kasuistis itu merupakan hasil dari tradisi dan tumbuh dalam kerangka yang digariskan oleh hukum acara.⁴¹⁵ Jadi dalam sistem hukum ini yang dinamakan kaedah hukum itu adalah yang terdapat dalam putusan-putusan hakim yang bersifat konkrit itu. Oleh karena itu ketika menguraikan tentang timbulnya kaedah hukum, Sunaryati Hartono mengemukakan bahwa terdapat perbedaan cara berpikir orang Inggris yang konkrit dengan cara berpikir orang Eropa Kontinental yang abstrak.⁴¹⁶

Dari sisi struktur kaedah hukum, sistem *Common Law* membedakan antara *Common Law* dan *Equity*.⁴¹⁷ Perbedaan antara *Common Law* dan *Equity* dalam sistem *Common Law* ini sama fundamentalnya dengan perbedaan antara hukum publik dan hukum privat dalam sistem *Civil Law*. *Common Law* lahir di Inggris sebagai hasil perkembangan hukum yang timbul karena aktivitas badan-badan pengadilan yaitu dikembangkan oleh para praktisi dan proseduralis. Sedangkan *Equity* adalah suatu kumpulan norma-norma hukum atau sejumlah prinsip yang dikembangkan dan berkembang pada abad 15 dan 16 di Pengadilan Chancellor (*Court of Chancery*). Lembaga *Equity* ini muncul ketika *Common Law* tidak mampu memberikan penyelesaian terhadap suatu kasus. *Equity* berfungsi

414 Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, h. 306.

415 Sardjono, *Op..Cit*, h. 53.

416 Sunaryati Hartono, *Op.Cit.*, h. 46.

417 *Common Law* meliputi bidang-bidang: criminal law, law of contracts, torts, under influenza, estoppel, misrepresentation. Sedangkan *Equity* meliputi bidang-bidang: law of property, trust, partnership, bankruptcy, companies, interpretation of wills, settlement of estates (Sardjono, *Perbandingan Hukum Perdata*, materi kuliah, Universitas Indonesia, 1985, h. 58).

melengkapi dan memberi koreksi terhadap *Common Law* yang dalam prakteknya memperlihatkan kekurangan dan ketertinggalannya, sehingga tidak dapat memberikan penyelesaian terhadap suatu sengketa hukum atau tidak mampu memberikan penyelesaian yang memuaskan. Untuk itulah timbul campur tangan raja yang dilaksanakan oleh pejabat yang disebut *Chancellor* yang kemudian berkembang menjadi suatu pengadilan baru yang disebut *Court of Chancery*.⁴¹⁸ Pada awalnya para *Chancellor* itu adalah para pendeta, namun sejak abad 17 dipegang oleh para ahli hukum yang terlatih dalam bidang *Common Law*. Pada permulaan abad 19 *Equity* sama terikatnya seperti *Common Law*. Dengan demikian saat itu terdapat dua kumpulan hukum yaitu *Common Law* dan *Equity* yang dilaksanakan oleh dua macam badan pengadilan dengan dua macam ketentuan acaranya. Kemudian sejak dikeluarkannya Undang-Undang Badan Pengadilan (*Judicature Acts*) yang menghapuskan kedua macam pengadilan itu dan menggantinya dengan *Supreme Court Judicature*, maka sejak itu pengadilan ini mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan keduanya baik *Common Law* maupun *Equity* dengan peraturan hukum acara yang sama.⁴¹⁹ Uraian lebih lengkap tentang *Equity* dapat dilihat pada bagian Bab II tentang sejarah perkembangan *Equity*.

Sumber hukum dalam sistem *Common Law* adalah: putusan-putusan hakim (*jurisprudensi*), perundang-undangan (*statute*), kebiasaan (*custom*), tulisan/pendapat ahli hukum (*doctrine*), dan *reason*.⁴²⁰ Sumber hukum yang

418 Sardjono, *Loc. Cit.*, dan Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.*, h. 304.

419 Sardjono, *Ibid.*, h. 57-58.

420 *Ibid.*, h. 62.

utama dalam sistem hukum ini adalah putusan hakim (*jurisprudensi*). Setiap putusan hakim merupakan *precedent* bagi hakim yang akan datang. Ajaran tentang *precedent* yang mengikat adalah suatu ciri khusus kekuasaan pengadilan berdasarkan *Common Law*. Ajaran tentang *precedent* didasarkan pada prinsip umum bahwa sekali pengadilan menyatakan kedudukan hukum dari suatu keadaan yang dikemukakan, maka putusan yang sama akan diberikan pada suatu perkara yang akan datang, yang berdasarkan kejadian-kejadian materil yang sama.⁴²¹ Gambaran keadaan berlakunya putusan-putusan hakim terdahulu berdasarkan susunan badan pengadilan disampaikan oleh **S.B. Marsh** dan **J. Soulsby** sebagai berikut:⁴²²

1. *Putusan-putusan House of Lords* mengikat semua pengadilan dan untuk perkara-perkara yang akan datang, dan bahkan sampai sekarang ini akan mengikat House of Lords itu sendiri dalam perkara-perkara berikutnya. Namun demikian, dalam tahun 1966 The Lord Chancellor atas nama Majelis (House of Lords) mengeluarkan suatu pernyataan bahwa Majelis tidak akan menganggap dirinya terikat secara ketat jika akan menyebabkan timbulnya ketidakadilan, karena alasan berubahnya keadaan sosial.
2. *Pengadilan Banding (The Court of Appeal)* terikat dengan putusan-putusan terdahulu dari House of Lords, dan menurut pendapat kebanyakan hakim, The Court of Appeal terikat juga dengan putusan-putusan terdahulunya itu. Putusan-putusan The Court of Appeal

421 Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, h. 23.

422 *Ibid.*, h. 23-24.

- akan mengikat semua pengadilan yang lebih rendah, tetapi tidak mengikat House of Lords.
3. Seorang hakim *Pengadilan Tinggi (The High Court)* terikat dengan putusan-putusan House of Lords dan The Court of Appeal tetapi tidak terikat dengan putusan-putusan The High Court lainnya.
 4. Seorang hakim *Pengadilan Distrik (The County Court)* terikat dengan putusan-putusan dari semua pengadilan yang lebih tinggi. Putusan-putusan The County Court sendiri tidak mengikat dalam suatu perkara yang akan datang, dan putusan-putusan tersebut biasanya tidak diumumkan sama sekali.

Meskipun keadaan ini menggambarkan kedudukan putusan-putusan hakim yang terdahulu, namun tidak berarti putusan pengadilan yang lebih rendah tidak dihormati oleh pengadilan yang lebih tinggi, namun putusan-putusan pengadilan yang lebih rendah itu tidak menjadi *presedent* yang mengikat, tetapi putusan-putusan tersebut akan mempunyai nilai-nilai persuasif.⁴²³

Di samping sumber hukum utama yaitu putusan hakim terdahulu (*jurisprudensi*), sistem *Common Law* juga mengenal peraturan perundang-undangan (*legislation/statute law*). Peraturan perundang-undangan merupakan sumber hukum yang bersifat tertulis. Pada prinsipnya peraturan perundang-undangan dibuat oleh parlemen yang merupakan satu-satunya badan dengan kekuasaan yang melekat padanya membuat undang-undang. Beberapa dari fungsi legislatif parlemen didelegasikan kepada badan yang lebih rendah yang diperkenankan membuat peraturan

423 *Ibid.*

dalam suatu bidang yang terbatas. Bentuk-bentuk utama peraturan perundang-undangan yang didelegasikan itu adalah Keputusan Raja (*Orders Council*), Peraturan-peraturan Menteri (*Ministerial Regulations*), Pemerintah Daerah (*Local Authorities*), Badan-badan Perundang-undangan lainnya (*Other Statutory Authorities*), Badan-badan Profesional tertentu (*Certain Professional Bodies*).⁴²⁴

Sumber hukum yang juga penting dalam sistem *Common Law* adalah *reason*. Badan-badan pengadilan dalam usaha menemukan hukum yang tepat dan adil, bila tidak ditemukan pada sumber hukum yang lain dapat menemukan norma-norma pada sumber yang berdasarkan *reason*. Pada dasarnya sumber hukum yang berdasarkan *reason* ini ditemukan baik dalam sistem *Civil Law* maupun sistem *Common Law*. Oleh karena itu Satjipto Rahardjo mengatakan, baik *Civil Law* maupun *Common Law* sama-sama didasarkan pada penggunaan akal atau nalar manusia sebagai patokannya, cuma saja menurutnya penggunaan akal atau nalar melalui empirisme di Inggris masih lebih dominan, sehingga hukum itu terutama dianggap sebagai karya akal.⁴²⁵ Faktor “reasonableness” merupakan suatu ukuran bagi hakim untuk mengikuti putusan hakim yang terdahulu. Bahkan faktor “reasonableness” ini pula yang memungkinkan hakim dapat menyimpang dari putusan hakim yang terdahulu.⁴²⁶

Peter Mahmud Marzuki mengemukakan tiga hal yang menjadi dasar karakteristik sistem *Common Law* yang membedakannya dengan sistem *Civil Law*, yaitu *pertama*

424 *Ibid.*, h. 20-21.

425 Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, h. 307.

426 Sardjono, *Op.Cit.*, h. 64.

adalah yurisprudensi dipandang sebagai sumber hukum yang terutama, *kedua* adalah dianutnya doktrin *stare decisis*, dan *ketiga* adalah adanya *adversary system* dalam proses peradilan.⁴²⁷

Karakteristik *pertama* adalah yurisprudensi dijelaskan oleh Peter Mahmud Marzuki dengan membandingkan antara yurisprudensi dalam sistem *Civil Law* dan dalam sistem *Common Law*. Dalam sistem *Civil Law* diakui yurisprudensi juga memegang peranan yang penting. Dicontohkannya *Hoge Raad Arrest* pada 1919 tentang *onrechtmatige daad* (perbuatan melanggar hukum) yang sampai sekarang masih bertahan dan menjadi acuan bagi pengadilan, seakan-akan sudah menjadi “undang-undang.”⁴²⁸ Meski sama-sama mengenal yurisprudensi sebagai sumber hukum, namun dalam sistem *Civil Law* tidak ada keharusan hakim terikat atau mengikuti putusan hakim yang terdahulu. Hal ini berbeda dengan sistem *Common Law*. Menurut Peter Mahmud Marzuki dianutnya yurisprudensi sebagai sumber hukum yang terutama karena yurisprudensi merupakan produk perkembangan hukum Inggris yang tidak dipengaruhi oleh hukum Romawi. Dengan mengutip pendapat **Philip S. James**, dijelaskannya alasan psikologis dan praktis dianutnya yurisprudensi sebagai berikut:⁴²⁹

Alasan psikologis adalah setiap orang yang ditugasi untuk menyelesaikan perkara, ia cenderung sedapat-dapatnya mencari alasan pembenar atas putusannya dengan merujuk kepada putusan yang telah ada sebelumnya daripada memikul tanggung jawab atas

427 Peter Mahmud Marzuki, *Loc.Cit.*

428 *Ibid.*, h. 295.

429 *Ibid.*

putusan yang dibuatnya sendiri. Sedangkan alasan praktisnya adalah bahwa diharapkan adanya putusan yang seragam karena sering dikemukakan bahwa hukum harus mempunyai kepastian dari pada menonjolkan keadilan pada setiap kasus.

Pada bagian lain tulisannya ini, Peter Mahmud Marzuki menjelaskan perkembangan yurisprudensi di Inggris dengan mengutip **Roscoe Pound**, yang menyatakan bahwa: “pada awal-awal hukum Inggris, para *lawyers* membuat catatan-catatan di pengadilan dan memberikan catatan-catatan itu kepada *lawyer* lainnya lalu mengumpulkan catatan-catatan atas kasus-kasus yang telah diputus dari pada *lawyers* lainnya.”⁴³⁰ Lebih lanjut Peter Mahmud Marzuki menjelaskan: “Catatan-catatan itu kemudian disistematisasi dan diterbitkan menjadi laporan putusan pengadilan. Selanjutnya diterbitkan anotasi dan komentar-komentar atas kasus-kasus yang telah diputuskan. Laporan-laporan yang telah disusun sistematis disertai dengan anotasi dan komentar-komentar itu merupakan rujukan bagi para hakim dan *lawyers* dalam menangani kasus yang mereka hadapi.”⁴³¹

Karakteristik *kedua* dalam sistem *Common Law* adalah adanya doktrin *stare decisis* (*stare decisis et quieta non movere*) atau di Indonesia dikenal dengan doktrin “preseden”, yaitu hakim terikat untuk menerapkan putusan pengadilan terdahulu baik yang ia buat sendiri atau oleh pendahulunya untuk kasus serupa.⁴³² Peter

430 *Ibid.*, h. 296.

431 *Ibid.*

432 *Ibid.*, h. 297.

Mahmud Marzuki menjelaskan bahwa: “Tidak semua apa yang dikatakan oleh hakim dalam menjatuhkan putusan menciptakan suatu preseden. Yang berlaku sebagai preseden adalah pertimbangan-pertimbangan hukum yang relevan dengan fakta yang dihadapkan kepadanya.”⁴³³ Sebagaimana diketahui dalam putusan hakim terdapat yang dinamakan *ratio decidendi* dan *obiter dicta*. *Ratio decidendi* adalah pertimbangan-pertimbangan hukum yang dijadikan dasar putusan pengadilan. Sedangkan *obiter dicta* adalah pertimbangan-pertimbangan lainnya yang tidak mempunyai relevansi dengan fakta yang dihadapi. Hanya *ratio decidendi* yang mempunyai nilai preseden dan harus diikuti oleh pengadilan berikutnya untuk perkara yang serupa.⁴³⁴ Adakalanya hakim dihadapkan pada keadaan dimana dalam rangka memutuskan suatu perkara ia tidak menemukan jawaban dalam preseden, karena fakta yang ia hadapi berbeda dari fakta yang telah diputus oleh pengadilan yang terdahulu, maka hakim dalam keadaan tersebut dapat memilih mengikuti atau menyimpang dari preseden. Dalam hal hakim menolak mempergunakan preseden yang telah ada sebelumnya, dengan alasan jika menggunakan preseden akan menimbulkan ketidakadilan, maka tindakan penolakan pemakaian preseden disebut *Overruling precedent* atau *Distinguishing precedent*.⁴³⁵

Menurut **Romli Atmasasmita**, di Inggris, dikenal beberapa pengertian tentang *precedent*,⁴³⁶ yaitu: “a declaratory

433 *Ibid.*

434 *Ibid.*

435 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 59.

436 Menurut Romli Atmasasmita terdapat 4 (empat) faktor yang melandasi dipergunakannya “precedent” dalam sistem hukum “Common Law”, yaitu:

1. Faktor Equality mengandung arti bahwa pelaksanaan penerapan peraturan hukum

precedent”, *Original precedent*”, “*Overruling precedent*” dan “*Distinguishing precedent*”. Yang dimaksud dengan “*a declaratory presedent*” adalah jika hakim menerapkan presedent pada kasus yang dihadapi tanpa memperluas precedent tersebut. Namun jika putusan hakim tidak mempergunakan precedent atau belum pernah ada precedent untuk kasus semacam, maka putusan hakim tersebut disebut “*Original precedent.*” Yang dimaksud dengan “*Overruling precedent*” adalah jika precedent yang ditolak itu berasal dari putusan hakim pengadilan yang lebih rendah. Sedangkan jika presedent yang ditolak itu berasal dari hakim pengadilan yang lebih tinggi, maka penolakan tersebut disebut “*Distinguishing precedent*”⁴³⁷ Lebih jauh **Romli Atmasasmita** menjelaskan terdapat perbedaan yang mendasar antara *Overruling precedent* dengan *Distinguishing precedent*, yaitu:⁴³⁸

“Bahwa pada “*overruling precedent*”, penolakan tersebut terjadi secara tegas dan tanpa ada kewajiban pada hakim yang memutus perkara tersebut untuk

yang sama terhadap kasus yang sama akan menghasilkan persamaan perlakuan terhadap setiap orang yang dihadapkan ke muka siding pengadilan.

2. Faktor Predictability mengandung arti bahwa jika secara konsisten mengikuti “*precedent*” akan menunjang/mendorong arah yang jelas dalam pelaksanaan hukum di masa yang akan datang dan jauh sebelumnya dapat diperkirakan kemungkinan “*judicial-decision*” yang akan diberikan terhadap suatu kasus yang sama dikemudian hari.
3. Faktor Economy mengandung arti bahwa jika dipergunakan kriteria yang tetap dan sama untuk menyelesaikan kasus-kasus baru di masa yang akan datang adalah menghemat waktu dan tenaga.
4. Faktor Respect mengandung arti bahwa jika proses peradilan pidana terutama dalam pengambilan putusan konsisten dengan putusan terdahulu (dalam perkara yang sama) jelas menunjukkan penghargaan terhadap kebijakan dan pengalaman serta keahlian generasi hakim-hakim terdahulu (senior).

(Romli Atmasasmita, *Asas-Asas Perbandingan Hukum Pidana*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1989, h. 56-57).

437 *Ibid.*, h. 59-60.

438 *Ibid.*

menjelaskan adanya perbedaan pokok antara perkara yang dihadapi dengan perkara yang telah diputus terdahulu (*precedent*). Sebaliknya pada “*Distinguishing precedent*”, kewajiban semacam itu mutlak diperlukan untuk menghindarkan kesalahpahaman dalam hubungan kerja antara Hakim Pengadilan yang lebih tinggi dengan Hakim pengadilan yang lebih rendah. Selain daripada itu juga untuk menjaga dan memelihara kewibawaan Hakim Pengadilan yang lebih tinggi di hadapan rakyat Inggris.”

Pada bagian lain tulisannya itu Romli Atmasasmita juga menjelaskan kekuatan hukum *precedent* di Inggris dan Amerika Serikat. Menurutnya, di Inggris doktrin *precedent* diterapkan lebih konsisten. Oleh karena itu sistem hukum Inggris menganut “*the binding precedent*” atau *precedent* yang mengikat. Sedangkan di Amerika Serikat dikenal dua sistem *precedent*, yaitu sistem *precedent* yang mengikat atau “*the binding precedent*” dan sistem *precedent* yang tidak mengikat atau “*the persuasive precedent*.”⁴³⁹ Lebih lanjut Romli menjelaskan kenapa Amerika Serikat menganut dua sistem dalam memperlakukan *precedent*, karena:⁴⁴⁰

- a. Perkembangan masyarakat Amerika dan kebutuhan hukum yang sangat cepat dibandingkan dengan di Inggris.
- b. Luas wilayah yurisdiksi hukum di Amerika Serikat yang meliputi 52 negara bagian dengan undang-undang negara bagian tersendiri.
- c. Volume kasus yang relatif tinggi di Amerika Serikat dibandingkan dengan di Inggris.

439 *Ibid.*, h. 57.

440 *Ibid.*

Di Amerika Serikat “*Persuasive precedent*” berasal dari dan dihasilkan oleh “*persuasive authority*”, yaitu pengadilan-pengadilan dalam suatu yurisdiksi atau dari yurisdiksi yang lain (negara-negara bagian). Sedangkan “*Binding precedent*” berasal dan dihasilkan oleh suatu “*binding authority*”, yaitu putusan dari pengadilan yang lebih tinggi dalam satu yurisdiksi atau putusan dari pengadilan yang memiliki kedudukan hukum yang sama.⁴⁴¹

Menurut **Geldart** sebagaimana dikutip Romli Atmasasmita, keuntungan dan kerugian dianutnya doktrin *precedent* adalah sebagai berikut:⁴⁴²

- a. Keuntungan-keuntungan digunakannya doktrin *precedent* adalah:
 1. adanya kepastian (certainty),
 2. luwes dan dapat mengikuti perkembangan (flexibility and aptitude for growth),
 3. lebih terperinci dan lengkap dibandingkan dengan apa yang tercantum dalam undang-undang, dan
 4. praktis.
- b. Kerugian-kerugian dianutnya doktrin *precedent* adalah:
 1. Bersifat kaku (rigidity) oleh karena tiap Hakim harus mengikuti putusan-putusan hakim-hakim terdahulu,
 2. Kadang-kadang dalam kasus-kasus tertentu sulit mencari alasan logis untuk tidak mengikuti precedent, sekalipun penerapan precedent itu tidak cocok lagi,
 3. Jumlah kasus yang banyak dan bersifat rumit

441 *Ibid.*, h. 58.

442 *Ibid.*, h. 58-59.

disebabkan karena berasal dari laporan-laporan kasus (*law report*) sejak abad pertengahan.

Karakteristik *ketiga* dalam sistem *Common Law* adalah *adversary system*. Peter Mahmud Marzuki menggambarkan *adversary system* ini dengan mengibaratkan permainan sepak bola, dimana *lawyer* para pihak saling berhadapan bagaikan pemain sepak bola dan hakim bertindak sebagai wasit yang menegakkan aturan permainan dan sekali-sekali memberikan kartu merah atau kuning. Para *lawyer* ini masing-masing mengajukan sebanyak-banyaknya alat bukti dan para saksi dan menggali keterangan para saksi tersebut. Lebih lanjut Peter Mahmud Marzuki mengemukakan, jika diperlukan *Jury*, maka hakim tidak memberikan putusan pihak mana yang menang atau kalah atau tertuduh bersalah atau tidak bersalah. Hakim memerintahkan *Jury* untuk mengambil keputusan.⁴⁴³ Sementara itu **Romli Atmasasmita** menjelaskan *adversary system* ini dengan membandingkan dalam sistem *Civil Law* dan *Common Law*. Menurutnya dalam sistem hukum acara pidana di negara-negara yang menganut *Common Law* pada prinsipnya menganut “sistem *Accusatoir*” atau yang populer disebut “*Advesary System*” yaitu menempatkan tersangka dalam proses pemeriksaan pendahuluan dan pemeriksaan di muka sidang-sidang pengadilan sebagai subjek hukum yang memiliki hak (asasi) dan kepentingan yang harus dilindungi. Sedangkan sistem hukum acara pidana di negara-negara yang menganut *Civil Law* pada prinsipnya menganut “sistem *Inquisitoir*” atau yang disebut “*Non Adversary System*”, yaitu tidak menempatkan

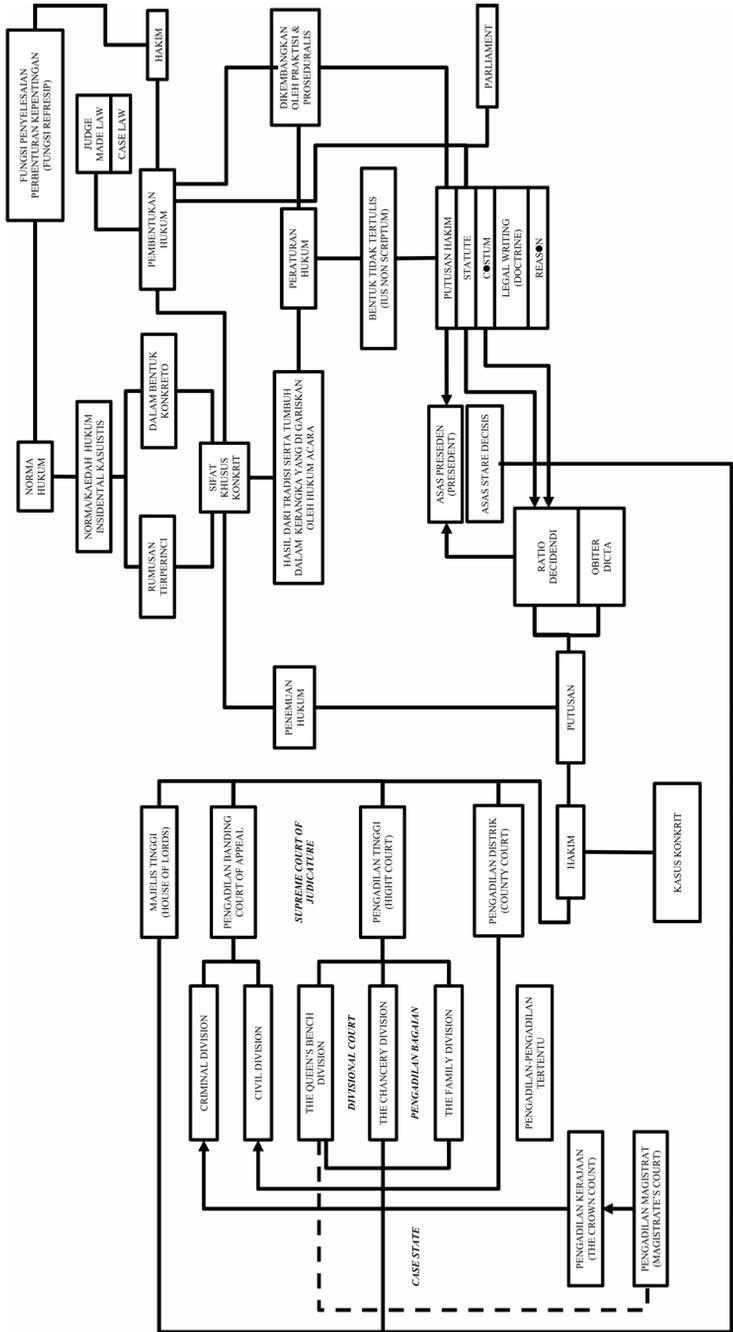
443 Peter Mahmud Marzuki, *Loc.Cit.*

tersangka secara layak sebagai subjek hukum yang memiliki hak (asasi) dan kepentingan, tetapi hanya dipandang sebagai objek pemeriksaan baik ditingkat pemeriksaan pendahuluan maupun pada tahap pemeriksaan di sidang pengadilan.⁴⁴⁴

Untuk memperjelas dan menggambarkan sistem *Common Law* berikut ini disajikan dalam bentuk skema di bawah ini:

444 Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, h. 54-55.

SKEMA III
Keluarga Hukum
Common Law/ Anglo Saxon/ Anglo American



C. Karakteristik Hukum Adat

Untuk menjelaskan karakteristik hukum adat, terlebih dahulu dikemukakan pengertian hukum adat itu sendiri yang diberikan oleh beberapa pakar hukum adat. Menurut **Ter Haar** yang terkenal dengan ajaran "*beslissingenleer*", bahwa: "hukum adat adalah keseluruhan peraturan-peraturan yang menjelma dalam keputusan-keputusan para fungsionaris hukum (dalam arti luas) yang mempunyai wibawa (*macht*) serta pengaruh (*invloed*) dan yang dalam pelaksanaannya berlaku dengan serta merta (spontan) dan dipatuhi dengan sepenuh hati."⁴⁴⁵ **Soepomo** mengemukakan bahwa:⁴⁴⁶

Hukum Adat adalah sinonim dari hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan legislatif (unstatutory), hukum yang hidup sebagai konvensi di badan-badan negara (Parlemen, Dewan Propinsi, dsb), hukum yang timbul karena putusan-putusan hakim ("Judgemade Law"), hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan yang dipertahankan di dalam pergaulan hidup baik di kota-kota maupun di desa-desa ("Customary Law").

Di tulisannya yang lain, **Soepomo** mengemukakan pula bahwa:⁴⁴⁷ "hukum adat adalah suatu hukum yang hidup, karena ia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat. Sesuai dengan fitrahnya sendiri, hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup itu sendiri." Sementara itu **Djojodigoeno** memberikan pengertian hukum adat sangat singkat sekali, yaitu sebagai

445 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit*, h. 17

446 Soepomo, *Kedudukan Hukum Adat Dikemudian Hari*, Pustaka Rakyat, Yogyakarta, 1974, h. 30.

447 Soepomo, *Bab-Bab tentang Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1980, h. 7.

hukum yang tidak bersumber pada peraturan.⁴⁴⁸ Menurut **Bushar Muhammad**, hukum adat adalah:⁴⁴⁹

“Hukum yang mengatur tingkah laku manusia Indonesia dalam hubungan satu sama lain, baik yang merupakan keseluruhan kelaziman, kebiasaan dan kesusilaan yang benar-benar hidup di masyarakat adat karena dianut dan dipertahankan oleh anggota-anggota masyarakat itu, maupun yang merupakan keseluruhan peraturan-peraturan yang mengenai sanksi atas pelanggaran dan yang diterapkan dalam keputusan-keputusan para penguasa adat (mereka yang mempunyai kewibawaan dan berkuasa memberi keputusan dalam masyarakat adat itu, yaitu dalam keputusan lurah, penghulu, pembantu lurah, wali tanah, kepala adat, hakim).”

Soekanto dalam bukunya *Meninjau Hukum Adat Indonesia*, memberikan pengertian hukum adat, yaitu: “Kompleks adat-adat inilah yang kebanyakan tidak dikitabkan, tidak dikodifikasikan dan bersifat paksaan mempunyai sanksi (dari itu hukum), jadi mempunyai akibat hukum, kompleks ini disebut hukum adat.”⁴⁵⁰ Terhadap pendapat Soekanto ini, **Bushar Muhammad** menjelaskan bahwa yang dimaksud Soekanto ialah hukum adat itu merupakan keseluruhan adat (yang tidak tertulis) dan hidup dalam masyarakat berupa kesusilaan, kebiasaan dan kelaziman yang mempunyai akibat hukum.”⁴⁵¹ Menurut **R.M. Soeripto**,

448 Djodjodigono, *Asas-Asas Hukum Adat*, Jajasan Badan Penerbit Gadjah Mada, Jogjakarta, 1964, h. 7.

449 Bushar Muhammad, *Pengantar Hukum Adat, Loc.Cit.*

450 Soekanto, *Op.Cit.*, h. 18.

451 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 19.

hukum adat adalah semua aturan-aturan/peraturan-peraturan adat tingkah laku yang bersifat hukum disegala segi kehidupan orang Indonesia, yang pada umumnya tidak tertulis yang oleh masyarakat dianggap patut dan mengikat para anggota masyarakat; yang bersifat hukum oleh karena ada kesadaran dan perasaan keadilan umum, bahwa aturan-aturan/peraturan-peraturan itu harus dipertahankan oleh para petugas hukum dan petugas masyarakat dengan upaya pemaksa atau ancaman hukum (sanksi).⁴⁵² **Surojo Wignjodipuro** memberikan pengertian hukum adat adalah suatu kompleks norma-norma yang bersumber pada perasaan keadilan rakyat yang selalu berkembang serta meliputi peraturan tingkah laku manusia dalam kehidupan sehari-hari dalam masyarakat, sebagian besar tidak tertulis, senantiasa ditaati dan dihormati oleh rakyat, karena mempunyai akibat hukum (sanksi).⁴⁵³ Pendapat yang lain di kemukakan oleh **Hardjito Notopuro**, yang mengatakan bahwa hukum adat adalah hukum tak tertulis, hukum kebiasaan, dengan ciri-ciri khas yang merupakan pedoman kehidupan rakyat dalam menyelenggarakan tata keadilan dan kesejahteraan masyarakat dan bersifat kekeluargaan.⁴⁵⁴ Dalam Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional telah dirumuskan pengertian hukum adat sebagai Hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk peraturan perundang-undangan Republik Indonesia, yang disana-sini mengandung unsur agama. Hukum Adat adalah merupakan hukum yang tidak tertulis akan tetapi didukung oleh “rasa ketaatan” dan “kepatuhan” yang luar biasa dari

452 Abdurrahman, *Op.Cit*, h. 49.

453 *Ibid.*

454 *Ibid.*

pada masyarakat dimana hukum itu berlaku.⁴⁵⁵

Dari berbagai pengertian hukum adat yang telah diberikan oleh para pakar hukum adat tersebut, **Abdurrahman** berpendapat bahwa ada kesatuan pandangan terhadap apa sebenarnya yang dimaksud dengan hukum adat itu. Menurutnya hukum adat adalah hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*).⁴⁵⁶ Penggunaan istilah *the living law* lazimnya dipergunakan untuk menunjukkan berbagai macam hukum yang tumbuh dan berkembang dengan sendirinya di dalam masyarakat.⁴⁵⁷ Lebih lanjut **Abdurrahman** menjelaskan bahwa:⁴⁵⁸

Hukum Adat sebagai “*the living law*” adalah merupakan pola hidup kemasyarakatan tempat dimana hukum itu berproses dan sekaligus juga adalah merupakan hasil daripada proses kemasyarakatan yang merupakan sumber dan dasar daripada hukum tersebut. Timbulnya hukum ini adalah secara langsung dari landasan pokoknya yaitu: kesadaran hukum masyarakat yang dalam hal ini adalah masyarakat Indonesia.

Pada bagian lain tulisannya, **Abdurrahman** berpendapat bahwa: Hukum Adat sebagai “Hukum Indonesia” mempunyai corak yang khas tersendiri berbeda dengan sistem hukum

455 *Ibid.* h. 48.

456 Konsep *the living law* pertama kali dikemukakan oleh Eugen Ehrlich dalam bukunya *Grundlegung der soziologie des Rechts* (1913), diterjemahkan dalam bahasa Inggris *Fundamental Principles of the sociology of law* (1962). Konsep ini lahir sebagai reaksi atas pandangan dalam ilmu hukum yang bersifat legalistis yang terlalu mengutamakan peraturan hukum yang termuat dalam peraturan perundang-undangan dan terlalu mengabaikan tumbuhnya gejala-gejala hukum di dalam masyarakat (Abdurrahman, *Kedudukan hukum adat dalam rangka pembangunan nasional*, Alumni, Bandung, 1978, h. 50).

457 *Ibid.*, h. 50.

458 *Ibid.*, h. 51.

yang dianut di negara Barat.⁴⁵⁹ Lebih jauh ia mengatakan, meski Hukum Adat bersifat tradisional yang berarti sangat terikat pada tradisi-tradisi lama yang diwariskan oleh nenek moyang mereka, namun tidak boleh ditarik kesimpulan secara tergesa-gesa bahwa Hukum Adat itu pantang berubah. Hukum Adat di samping sifatnya yang tradisional, juga mempunyai corak “dapat berubah” dan “mempunyai kesanggupan untuk menyesuaikan diri” atau menurut **Djojodigoeno** mempunyai sifat dinamik dan plastisch.⁴⁶⁰ Bersifat hidup atau dinamis artinya dapat mengikuti perkembangan masyarakat, sedangkan bersifat plastisch artinya dalam pelaksanaannya dapat diperhatikan hal-hal yang tersendiri. Kesanggupan untuk menyesuaikan diri hukum adat ini terjadi karena bentuknya yang tidak tertulis dan tidak terkodifikasi. Dengan sifat elastisiteitnya inilah hukum adat menyesuaikan diri dengan keadaan baru.⁴⁶¹

Mengenai perumusan kaedah dalam hukum adat ini, dengan mengutip pendapat Soepomo dan Djojodigoeno, **Abdurrahman** menjelaskan bahwa Hukum Adat tumbuh dan berakar dari kenyataan hidup dalam masyarakat, oleh karena itu proses pengkaidahannya tidak tergantung pada penguasa masyarakat, hal ini seperti yang dikatakan oleh **Soepomo**, hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup itu sendiri, dan seperti yang dikatakan **Djojodigoeno**, pelaksanaan Hukum Adat sama sekali tidak terikat oleh ugeran-ugeran (norma-norma) hukum yang sudah ada, hukum bukanlah rangkaian ugeran (norma) melainkan suatu proses yang

459 *Ibid.*

460 *Ibid.*, h. 52.

461 *Ibid.*

tidak ada henti-hentinya.⁴⁶² Pandangan Soepomo dan Djodjodigoeno yang dikutip Abdurrahman ini sebenarnya sudah sejak lama disampaikan oleh **Van Vollenhoven** yang menyatakan bahwa: “hukum adalah suatu gejala daripada pergaulan hidup yang selalu bergolak, dalam keadaan dorong mendorong dengan gejala-gejala lainnya, kesemuanya ini tidak ada henti-hentinya dalam keadaan saling mempengaruhi.” Oleh karena itu menurutnya hukum adat mengalami perkembangan terus menerus, sehingga hukum adat itu menurut van Vollenhoven terdiri atas tiga bagian, yaitu “het afster vende” (bagian yang sudah mulai ditinggalkan), “het hendendaagsche” (bagian yang kini sedang berlaku), dan “het wardende nieuw” (bagian yang baru berbentuk).⁴⁶³

Setelah memaparkan pendapat-pendapat para pakar hukum adat tersebut di atas, **Abdurrahman** mengatakan bahwa yang diuraikan tersebut hanya melihat hukum adat dari bentuk dan strukturnya saja, yaitu sebagai suatu hukum yang tidak tertulis dengan berbagai macam sifatnya, padahal menurutnya Hukum Adat adalah merupakan jenis hukum tidak tertulis yang tertentu yang mempunyai dasar pemikiran yang spesifik yang secara prinsipil berbeda dari segala macam hukum tidak tertulis lainnya.⁴⁶⁴ Oleh karena itu menurut **Soediman Kartohadiprojjo**, dalam melihat konsepsi mengenai Hukum Adat tidak hanya terbatas pada melihat dari segi strukturnya saja, akan tetapi harus melihat secara keseluruhan.⁴⁶⁵

462 *Ibid.*, h. 53.

463 *Ibid.*, h. 53-54.

464 *Ibid.*, h 55.

465 *Ibid.*

Dalam pidato inaugurasinya yang berjudul *De Commune trek in het Indonesische rechtsleven*, **F.D. Holleman** menyimpulkan adanya empat sifat umum hukum adat Indonesia yang merupakan satu kesatuan, yaitu:⁴⁶⁶

1. Sifat religio magis;

Sifat religio magis ini mengandung unsur beberapa sifat atau cara berpikir seperti prelogis, animisme, pantangan, ilmu gaib, dan lain-lain.

2. Sifat komunal;

Sifat komunal, berarti kepentingan individu dalam hukum adat selalu diimbangi oleh kepentingan umum. Hak-hak individu diimbangi oleh hak-hak umum.

3. Sifat kontan;

Sifat kontan atau tunai mengandung pengertian bahwa dengan suatu perbuatan nyata, suatu perbuatan simbolis atau dengan suatu perkataan, maka tindakan hukum yang dimaksud telah selesai seketika itu juga.

4. Sifat konkrit (visual).

Sifat konkrit artinya dalam alam berpikir yang tertentu senantiasa dicoba dan diusahakan supaya hal-hal yang dimaksud, diinginkan, dikehendaki atau akan dikerjakan diberi wujud sesuatu benda, diberi tanda yang kelihatan.

Pendapat yang tidak jauh berbeda dikemukakan oleh **Soepomo**, yang berpendapat bahwa corak-corak atau pola-pola tertentu dalam hukum adat yang merupakan perwujudan dari struktur kejiwaan dan cara berpikir yang tertentu, adalah sebagai berikut:⁴⁶⁷

466 Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 52-56.

467 Soepomo dalam Soerjono Soekanto dan Soleman B. Taneko, *Hukum Adat Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1981, h. 144.

1. mempunyai sifat kebersamaan yang kuat, artinya manusia menurut hukum adat merupakan makhluk dalam ikatan kemasyarakatan yang erat, rasa kebersamaan mana meliputi seluruh lapangan hukum adat.
2. mempunyai corak magis-relegius, yang berhubungan dengan pandangan hidup alam Indonesia.
3. sistem hukum itu diliputi oleh pikiran serba konkrit, artinya hukum adat sangat memperhatikan banyaknya dan berulang-ulangnya hubungan-hubungan hidup yang konkrit. Sistem hukum adat mempergunakan hubungan-hubungan yang konkrit tadi dalam mengatur pergaulan hidup.
4. hukum adat mempunyai sifat visual, artinya hubungan-hubungan hukum dianggap hanya terjadi oleh karena ditetapkan dengan suatu ikatan yang dapat dilihat (atau tanda yang tampak).

Mohammad Koesnoe menyebutkan ciri-ciri dan sifat-sifat hukum Adat sebagai berikut:⁴⁶⁸

1. Ciri-ciri hukum Adat:

- a. hukum Adat umumnya adalah hukum yang tidak tertulis;

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “pusat perkembangan hukum Adat terletak pada masyarakat, dan merupakan pernyataan rasa keadilan dan kepatutan yang hidup disanubari rakyat. Oleh karena itu, hukum Adat

468 Mohammad Koesnoe, “Ciri-ciri dan Sifat-sifat Dari Pada Hukum Adat”, dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selekta Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof.Dr. H. Moh. Koesnoe, S.H.*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002, h. 9-13.

tidak dalam bentuk sebagai undang-undang atau kodifikasi.”⁴⁶⁹

- b. peraturan-peraturan hukum Adat tertuang dalam petuah-petuah yang memuat “asas-asas” perikehidupan dalam masyarakat;

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “hukum Adat memberikan garis-garis pedoman tingkah laku dalam pergaulan kemasyarakatan yang pada umumnya tidak bersifat merinci, melainkan terdiri dari garis-garis besar yang disebut asas-asas. Perincian diserahkan pada para pelaksana hukum dalam praktek sehari-hari.”⁴⁷⁰

- c. asas-asas itu dirumuskan dalam bentuk pepatah-pepatah, petitih-petitih, seloka-seloka, cerita-cerita perumpamaan-perumpamaan;

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “perumusan asas-asas hukum Adat tidak dituangkan dalam bentuk yang sempurna menurut teknis yuridis, melainkan dituangkan dalam bentuk yang mudah diingat dan mudah difahami, agar asas-asas tersebut dapat diresapi dan diamalkan dalam tingkah laku sehari-hari. Asas-asas tersebut dituangkan dalam bentuk cerita-cerita, perumpamaan-perumpamaan, pepatah-pepatah, petitih-petitih, serta seloka-seloka yang mengandung seni dan pendidikan.”⁴⁷¹

- d. kepala Adat selalu dimungkinkan ikut campur tangan dalam segala urusan;

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “kepala Adat sebagai orang tua dari masyarakatnya yang merupakan orang

469 *Ibid.*, h. 9.

470 *Ibid.*, h. 10.

471 *Ibid.*

yang mengetahui dengan baik isi dari asas-asas hukum Adat adalah tempat bertanya dan tempat berlidung, jika rakyatnya kurang atau salah memahami hukum Adat. Oleh karena itu hampir semua urusan, kepala Adat selalu dimungkinkan ikut campur tangan.”⁴⁷²

- e. faktor-faktor dari segi kepercayaan atau agama sering tidak dapat dipisahkan karena erat terjalin dengan segi hukum dalam arti yang sempit;

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “di dalam banyak lembaga-lembaga hukum Adat terdapat unsur-unsur yang berasal dari segi-segi kepercayaan atau agama. Unsur-unsur itu terdapat di bidang-bidang pelaksanaan isi atau substansi sesuatu lembaga hukum Adat.”⁴⁷³

- f. faktor pamrih sukar dilepaskan dari faktor bukan pamrih;

Menurut **Mohammad Koesnoe**:” kehidupan rakyat berlangsung dalam suasana “kekeluargaan” yang umumnya dan pada dasarnya tidak mengenal perbedaan tegas antara hubungan pamrih dengan hubungan guyub (“zakelijk” dan “tidak zakelijk”). Sering pelaksanaan suatu urusan “zakelijk” dipengaruhi oleh pertimbangan-pertimbangan yang berdasarkan hubungan guyub atau rasa kekeluargaan.”⁴⁷⁴

- g. ketaatan dalam melaksanakannya lebih disandarkan pada rasa harga diri setiap anggota masyarakat.

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “karena hukum Adat merupakan hukum yang lahir dari kesadaran rakyat dengan sendirinya pada umumnya mentaati hukum

472 *Ibid.*

473 *Ibid.*, h. 11.

474 *Ibid.*

Adat tanpa didorong tanpa alat paksa. Rasa keharusan untuk mengindahkan dan mentaati hukum Adat adalah soal pendidikan setiap warga masyarakat, mulai kecil dididik dalam cita-cita luhur tradisional berdasarkan pada keluhuran diri, keseimbangan batin dan lahir, keseimbangan antara diri pribadi dan umum, antara golongan satu dan golongan lain. Rasa malu atau sungkan, lumrah merupakan nilai-nilai kehidupan yang menguasai “Adat” pada umumnya, termasuk “Hukum Adat”.⁴⁷⁵

2. Sifat-sifat hukum Adat:

a. bersifat “tradisionil”.

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “setiap ketentuan selalu mencari hubungan atau sambungan dengan apa yang telah terjadi dimasa yang lalu secara berturut. Keterangan-keterangan para pandai Adat tak ada suatu ketentuan yang tidak berpangkal pada sebuah dongengan dari masa yang silam. Dongengan tersebut merupakan pembenar tentang adanya suatu lembaga atau suatu ketentuan hukum Adat.”⁴⁷⁶

b. bersifat suka pamor yang “keramat”.

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “berkaitan dengan sifat tradisionil, yang menunjukkan penghormatan terhadap tradisi, dalam melaksanakan ketentuan-ketentuan atau lembaga-lembaga hukum Adat sering sekali unsur-unsur yang berasal dari kepercayaan memegang peranan penting. Segala sesuatu ini memberikan pamor keramat pada hukum Adat.” Lebih lanjut Mohammad

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*, h. 12.

Koesnoe menegaskan bahwa: “pamor yang keramat itu tidak berkenaan dengan soal sanksi tetapi merupakan suatu sifat dari pada hukum Adat yang lebih suka tidak mempergunakan alat paksa dan lebih menekankan kepada wibawa yang dalam *expressie* lahiriahnya berupa kekeramatan.⁴⁷⁷ Dalam hubungan ini, pamor keramat itu adalah lebih tepat disebut bentuk lahir dari pada kewibawaannya.”⁴⁷⁸

c. bersifat “luwes”

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “ketentuan-ketentuan dan perkembangan-perkembangan hukum Adat berakar pada pengalaman dan tuntutan kehidupan yang mengalami perubahan dan perkembangan.”⁴⁷⁹ Lebih lanjut ia mengatakan: “pelbagai hal yang mengitari suatu masalah harus diberikan perhatian sepenuhnya, sebelum azas yang bersangkutan diterapkan untuk dasar keputusan. Tiap masalah dikelilingi oleh suatu kelompok hal-hal yang tidak selalu sama. Hal itu dengan sendirinya memberikan sifat keluwesan kepada hukum Adat.”⁴⁸⁰

d. bersifat “dynamis”

Menurut **Mohammad Koesnoe**: “sifat “dynamis” erat pertaliannya dengan sifat “keluwesan.” “Keluwesan” adalah sifat berkenaan dengan “pengeterapan” dari pada

477 Menurut Mohammad Koesnoe: “Wejangan-wejangan, dongengan-dongengan leluhur ataupun tanda-tanda dan perbuatan-perbuatan magisch berperanan untuk memancarkan wibawa dari pada sesuatu ketentuan atau lembaga hukum dan bukan untuk menakut-takuti para warga yang dikhawatirkan akan menyeleweng (Mohammad Koesnoe, “Ciri-ciri dan Sifat-sifat Dari Pada Hukum Adat,” dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selekta Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, S.H., Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002, h. 12.*

478 *Ibid.*

479 *Ibid.*

480 *Ibid.*

dasar-dasarnya. “Dinamik” adalah sifat yang berkenaan dengan “kelancaran perkembangan”. Kedua sifat, yaitu “dinamis” dan “tradisionil”, saling mempengaruhi, merupakan “interaction” yang memberikan kehalusan kepada perjalanan perkembangan hukum Adat.⁴⁸¹

Dalam tulisannya yang lain, **Soepomo** menyebutkan beberapa corak kehidupan bersama yang pada pokoknya terdiri dari:⁴⁸²

1. **Keagamaan.**

Keagamaan (religious), bersifat kesatuan batin, orang segolongan merasa satu dengan golongan seluruhnya dan tugas persekutuan adalah memelihara keseimbangan lahir dan batin antara golongan dan lingkungan alam hidupnya (levensmilieu). Kebahagiaan sosial di dalam persekutuan akan tetap terjamin apabila keseimbangan itu dipelihara dengan semestinya. Menurut kepercayaan tradisionil Indonesia, tiap-tiap masyarakat diliputi oleh kekuatan gaib, yang harus dipelihara agar supaya masyarakat itu tetap bahagia.⁴⁸³ Perbuatan-perbuatan bersama atau perbuatan-perbuatan perseorangan, misalnya membuka tanah, membikin rumah, dan sebagainya, perlu disertai dengan upacara religious yang bermaksud menggunakan kekuatan gaib agar supaya perbuatan itu berhasil baik.

481 *Ibid.*, h. 13.

482 Soepomo, *Bab-Bab tentang Hukum Adat, Op.Cit.*, h. 72-76.

483 Kekuatan gaib, yang di daerah Jawa disebut: *sekti, kasekten*, di tanah batak disebut: *tondi* dan di kepulauan Melanesia dan Polynesia disebut: *mana*, terutama terletak di dalam barang-barang yang keramat, misalnya: pusaka Kraton (Jawa), kelompokwang (Makasar), arajang (Bugis), punen (Mentawai) (Soepomo, *Bab-Bab tentang Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1980, h. 72).

2. Kemasyarakatan.

Hidup bersama di dalam masyarakat tradisional Indonesia bercorak kemasyarakatan, bercorak komunal. Manusia di dalam hukum adat adalah orang yang terikat kepada masyarakat. Ia bukan orang-orang (individu) yang pada azasnya bebas dalam segala laku perbuatannya asal saja tidak melanggar batas-batas hukum yang telah ditetapkan baginya. Seseorang manusia menurut paham tradisional hukum adat adalah terutama warga golongan, teman semasyarakat dan tiap-tiap warga itu mempunyai hak dan kewajiban-kewajiban menurut kedudukannya di dalam golongan, atau persekutuan yang bersangkutan. Hak-hak subjektif, yaitu hak-hak orang-seorang atas harta benda adalah *berfungsi sosial*, artinya hak-hak itu tidak boleh digunakan secara bebas menurut kehendaknya pemilik hak itu, melainkan tiap-tiap penggunaan hak harus dibenarkan oleh fungsinya hak itu di dalam golongan atau persekutuan yang bersangkutan.⁴⁸⁴ Kepentingan bersama antara teman-teman segolongan adalah lebih diutamakan dari pada hak-hak perseorangan.⁴⁸⁵ Antara teman sekeluarga, antara teman sedesa adalah keharusan saling bantu membantu. Memang suasana tradisional di masyarakat desa bersifat *gotong-royong*

484 isalnya: seorang warga desa yang mempunyai hak prioriteit untuk membuka tanah di suatu tempat di tanah rimba di wilayah desanya harus mengerjakan tanah itu pada musim penggarapan tanah. Jika ia pada musim itu tidak membuka tanah yang diberikan prioriteit kepadanya, maka hak prioriteit itu akan lenyap (Soepomo, *Bab-Bab tentang Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1980, h. 73).

485 Misalnya: Yang punya pekarangan, harus memperbolehkan tetangganya berjalan melalui pekarangannya jika perlu untuk pergi ke jalan umum (Soepomo, *Bab-Bab tentang Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1980, h. 73).

atau *tolong-menolong*.⁴⁸⁶ Segala perjanjian yang mempunyai akibat didalam lapangan hukum dijalankan dalam semangat rukunan, artinya sesuatu kontrak tidak memberi orang hak untuk mengejar kepentingannya sendiri secara kejam dengan tidak timbang-menimbang terhadap orang lain. Adat *sopan santun* menghendaki bahwa orang bersikap sabar terhadap sesamanya dan mengikat syarat-syarat *kepatutan* dan *keadilan*.⁴⁸⁷

3. Kewibawaan.

Kewibawaan kepada rakyat di dalam persekutuan adalah berdasar pertama atas peristiwa, bahwa di dalam persekutuan-persekutuan yang bersifat genealogis dan territorial ia adalah anggota yang tertua dari famili yang tertua atau yang berkuasa di dalam daerah persekutuan, dan di dalam persekutuan-persekutuan yang hanya bersifat territorial belaka, kepala rakyat di desa-desa di mana tradisi masih besar pengaruhnya, kepala rakyat biasanya dipilih dari keturunan pembuka desa.

Kewibawaan kepala rakyat berdasar pula atas kepercayaan tradisionil, bahwa kekuatan gaib masyarakat terutama menjelma pada dirinya kepala itu.

486 Bantuan yang diberikan itu dengan sendirinya mengikat, artinya barang siapa telah menerima sesuatu bantuan dari seseorang, maka terhadap orang itu, jika tiba waktunya, ia harus memberikan bantuan serupa itu pula (Soepomo, *Bab-Bab tentang Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1980, h. 74).

487 Apabila seseorang menyewakan sawahnya dengan meminta pembayaran berupa sejumlah padi atau sejumlah uang sesudah panen, maka ia harus membatalkan pembayaran sewa atau mengurangi sewa sesudah berunding dengan penyewa, jika tanamannya gagal. Terutama yang menjadi dasar perhubungan di dalam hubungan-hubungan hukum ialah sangka baik (“*geode trouw*”) (Soepomo, *Bab-Bab tentang Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1980, h. 74).

4. Pengangkatan Kepala Rakyat.

Apabila ada lowongan jabatan kepala, maka di seluruh daerah Indonesia dapat dikatakan bahwa menurut hukum adat tradisional, pengganti kepala diangkat (diakui atau dipilih) atas dasar hukum waris dengan pilihan di dalam permusyawaratan di rapat desa. Permusyawaratan dilakukan atas dasar *sekato* (suara bulat) antara para warga desa yang berhak ikut serta dalam rapat (kumpulan) desa (di Jawa dan Bali) atau antara seluruh kepala rakyat dari persekutuan.

Pendapat yang lain dikemukakan oleh **Mohammad Koesnoe**, yang pendapatnya ini diintisarikan oleh Soerjono Soekanto sebagai berikut:⁴⁸⁸

- a. Individu adalah bagian dari masyarakat yang mempunyai fungsi masing-masing demi untuk melangsungkan dan kelangsungan dari pada masyarakat (sebagai lingkungan kesatuan).
- b. setiap individu di dalam lingkungan kesatuan itu, bergerak berusaha sebagai pengabdian kepada keseluruhan kesatuan itu.
- c. dalam pandangan adat yang demikian mengenai kepentingan-kepentingan individu itu maka sukarlah untuk dapatnya dikemukakan adanya suatu keperluan yang mendesak untuk menertibkan segala kepentingan-kepentingan para individu-individu itu. Bagi adat, ketertiban itu telah ada di dalam semesta, di dalam kosmos. Ketertiban itu adalah berupa dalam hubungan yang harmonis antara segalanya ini. Gerak dan usaha

488 Mohammad Koesnoe dalam Soerjono Soekanto dan Soleman B. Taneko, *Op. Cit.*, h. 145-147.

memenuhi kepentingan individu, adalah gerak dan usaha yang ditempatkan di dalam garis ketertiban kosmos tersebut. Bagi setiap orang, maka garis ketertiban kosmos itu dijalani dengan serta merta. Bilamana tidak dijalankan garis itu, garis yang dijelmakan di dalam adat, maka baik jalan masyarakatnya, maupun jalan kehidupan pribadi orang yang bersangkutan akan menderita karena berada di luar garis tertib kosmis tersebut yaitu Adat.

- d. dalam pandangan adat, tidak ada pandangan bahwa ketentuan adat itu harus disertai dengan syarat yang menjamin berlakunya dengan jalan mempergunakan paksaan. Apa yang disebut sebagai salah kaprah, yaitu dengan sebutan hukum adat, tidaklah merupakan hukuman. Akan tetapi itu adalah suatu upaya adat untuk mengembalikan langkah yang berada di luar garis tertib kosmis itu, demi untuk tidak terganggu ketertiban kosmos. Upaya adat dari lahirnya adalah terlihat sebagai adanya penggunaan kekuasaan melaksanakan ketentuan yang tercantum di dalam pedoman hidup yang disebut adat. Tetapi dalam intinya itu adalah lain, itu bukan pemaksaan dengan mempergunakan alat paksa. Itu bukan bekerjanya suatu *sanctie*. Itu adalah upaya membawa kembalinya keseimbangan yang terganggu, dan bukan suatu “hukuman”, bukan suatu “leed” yang diperhitungkan bekerjanya bagi individu yang bersangkutan.

Pada tulisannya yang lain, **Mohammad Koesnoe** menjelaskan hubungan masyarakat dengan warga menurut

hukum adat, sebagai berikut:⁴⁸⁹

Hukum Adat memandang hubungan antara masyarakat dengan warga sebagaimana hubungan antara suatu jasad hidup dengan bagian-bagiannya dalam keseluruhan. Dalam pandangan ini setiap warga tidak akan mempunyai arti bila keseluruhan itu tidak ada. Kehidupan setiap warga di dalam pandangan ini, diarahkan kepada kelangsungan dan kesejahteraan pribadinya. Dari itu kehidupan warga di dalam pandangan Adat dijiwai oleh cita-cita pengabdian kepada masyarakat. Di dalam kehidupan sehari-hari kehidupan yang dijiwai oleh cita-cita pengabdian kepada masyarakat menjelma di dalam pelbagai kegiatan-kegiatan baik pribadi maupun bersama yang digerakkan oleh keinsyafan panggilan tugas berdasarkan pada keadilan yang konkrit dan kepatutan. Juga terhadap apa yang ada pada seseorang selalu dilekatkan fungsi sosial. Demikian pula kekuasaan yang ada pada seseorang. Pandangan yang demikian tentang hubungan individu dan masyarakatnya yang diamalkan di dalam kehidupan sehari-hari oleh para warga satu dengan yang lain merasa dalam suatu ikatan yang wajar, dan merupakan suatu kesatuan hidup, dimana suka dan duka menjadi beban bersama.

Menurut **Mohammad Koesnoe**, pandangan tersebut di atas dinyatakan dalam beberapa asas-asas dasar yang antara lain adalah:⁴⁹⁰

489 Moh. Koesnoe, "Asas-Asas Dari Pada Hukum Adat", dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selekta Hukum Adat Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe*, Varia Peradilan, Jakarta, 2002, h. 14.

490 *Ibid.*, h. 14-16.

a. asas kebersamaan;

Asas kebersamaan adalah asas di dalam mana ditentukan bahwa setiap individu dalam masyarakat adalah “keluarga.” Asas kebersamaan ini membawa hubungan yang mesra antara individu dengan masyarakatnya kepada keharusan-keharusan tingkah laku sebagai berikut:⁴⁹¹

1. bahwa setiap hak warga adalah semata-mata salah satu fungsi saja dari hak bersama. Setiap hal yang merupakan haknya adalah “gaduhan” dari hak bersama;
2. bahwa setiap warga harus bersedia membantu warga lainnya berdasar rasa senasib dan sepenanggungan;
3. bahwa segala tugas-tugas masyarakat dilakukan secara bersama;
4. bahwa penyelesaian masalah-masalah kemasyarakatan yang timbul harus dijawab berdasar pada kebulatan pendapat dan kehendak dari semuanya.

Dari asas kebersamaan ini timbul asas-asas yang lebih konkrit, yaitu:⁴⁹²

1. setiap warga harus selalu menyediakan dirinya dan hartanya demi untuk kesejahteraan masyarakat. Dirinya sendiri, keluarganya dan hartanya mempunyai fungsi sosial;
2. adanya rasa senasib sepenanggungan menimbulkan asas tolong menolong baik dalam bentuk tenaga maupun harta;
3. adanya asas gotong royong, yaitu segala tugas-tugas

491 *Ibid.*, h. 14.

492 *Ibid.*, h. 15.

- bersama dipikul bersama-sama;
4. timbulnya asas bermusyawarah, yaitu suatu asas dimana ditetapkan bahwa persoalan bersama harus diselesaikan dengan mendasarkan kepada hasil penglihatan bersama sampai terdapat kebulatan pendapat dan kehendak.
- b. asas totaliteit;
- Asas totaliteit adalah suatu asas yang dalam hakikinya memuat ketentuan bahwa segala tingkah laku dan perbuatan harus dilakukan sedemikian rupa sehingga hubungan yang harmonis antara masyarakat dengan semesta (termasuk alam gaib) tetap terpelihara.
- c. asas kelumrahan dalam pengertian dan pemikiran;
- Asas kelumrahan dalam pengertian dan pemikiran menuntut bahwa setiap pengertian dan pemikiran harus dapat dipahami dengan pengalaman bersama. Asas ini menimbulkan adanya dua sistem dalam pemikiran hukum adat yaitu sistem yang konkrit dan sistem yang visual.⁴⁹³ Sistem tata pikir yang konkrit mengandung pandangan bahwa segala persoalan sejauh mungkin supaya diatur dan diselesaikan dengan memperhatikan banyaknya dan berulangnya perhubungan-perhubungan yang nyata yang mengenai persoalan yang bersangkutan. Tata pikir yang konkrit ini di dalam hukum adat terlihat nyata didalam sistim yang diikuti oleh hukum adat.⁴⁹⁴ Asas berpegang pada kenyataan didalam hukum adat berisi pandangan bahwa setiap perubahan dan perhubungan hanyalah diakui didalam

493 *Ibid.*, h. 16.

494 *Ibid.*

hukum adat bilamana terdapat tanda bukti yang dapat dilihat.⁴⁹⁵

Dalam kesempatan yang lain, **Mohammad Koesnoe** mengemukakan pula tiga asas kerja hukum adat, yaitu:⁴⁹⁶

a. asas rukun;

Menurut Koesnoe, asas rukun atau kerukunan adalah: “asas yang isinya berhubungan erat sekali dengan pandangan dan sikap orang dalam menghadapi hidup bersama di dalam suatu lingkungan dengan sesamanya untuk mencapai suatu suasana hidup bersama seperti yang oleh adat diterima sebagai ideal yaitu masyarakat yang aman, tenteram dan sejahtera”. Dalam suasana kehidupan bersama ini, kepentingan orang perorangan tidak dapat dipisahkan satu sama lainnya. Lebih lanjut Mohammad Koesnoe mengatakan bahwa:⁴⁹⁷

Dalam kehidupan bersama antara sesama seperti itu, banyak hal yang perlu diperhatikan dan dilaksanakan, seperti antara lain: sikap dan langkah-langkah kearah saling mengerti dan menerima; memaafkan kesalahan dan kekurangan orang lain; menjauhkan diri dari percekocokan dan perselisihan dengan jalan mengikuti sikap saling memberi dan menerima. Singkatnya, melaksanakan kehidupan bersama di sini berarti menjunjung tinggi hubungan damai dengan sesamanya sebagai manusia.

495 *Ibid.*, h. 17.

496 Moh. Koesnoe, “Tentang Tiga Asas-Asas Kerja Untuk Menghadapi Perkara-Perkara Hukum Adat Indonesia,” dalam *Lima Puluh Tahun Pendidikan Hukum Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1974, h. 237-238.

497 *Ibid.*, h. 238.

Dalam kehidupan sehari-hari asas rukun ini dituangkan menjadi:⁴⁹⁸

1. “ajaran berkehendak bersama” atau “ajaran menyusun keputusan bersama.”

Dalam “ajaran berkehendak bersama” atau “ajaran menyusun keputusan bersama” terdapat:

- a) “ajaran musyawarah”⁴⁹⁹ dan
 - b) “ajaran mufakat”⁵⁰⁰
2. “ajaran berkarya bersama” atau “ajaran bertindak di dalam hidup bersama.”

Dalam “ajaran berkarya bersama” atau “ajaran bertindak di dalam hidup bersama” terdapat:

- a) “ajaran gotong royong”⁵⁰¹ dan
- b) “ajaran tolong menolong”⁵⁰²

498 *Ibid.*

499 Menurut Mohammad Koesnoe, musyawarah mengandung suatu pengertian sebagai suatu tindakan seseorang bersama orang-orang lain untuk menyusun suatu pendapat bersama yang bulat atas sesuatu permasalahan yang dihadapi oleh seluruh masyarakatnya (Moh. Koesnoe, “Tentang Tiga Asas-Asas Kerja Untuk Menghadapi Perkara-Perkara Hukum Adat Indonesia”, dalam *Lima Puluh Tahun Pendidikan Hukum Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1974).

500 Menurut Mohammad Koesnoe, mufakat menunjuk kepada pembentukan kehendak bersama antara dua orang atau lebih untuk menyelesaikan perbedaan-perbedaan kepentingan pribadi seseorang terhadap orang lain atas dasar perundingan antara yang bersangkutan (Moh. Koesnoe, “Tentang Tiga Asas-Asas Kerja Untuk Menghadapi Perkara-Perkara Hukum Adat Indonesia”, dalam *Lima Puluh Tahun Pendidikan Hukum Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1974).

501 Menurut Mohammad Koesnoe, gotong royong berwujud didalam kerja bersama – sama antara semua anggota masyarakat yang bersangkutan menyelesaikan suatu karya di dalam masyarakat (Moh. Koesnoe, “Tentang Tiga Asas-Asas Kerja Untuk Menghadapi Perkara-Perkara Hukum Adat Indonesia”, dalam *Lima Puluh Tahun Pendidikan Hukum Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1974).

502 Menurut Mohammad Koesnoe, tolong menolong berwujud dalam suatu perbuatan yang bersifat timbal-balik antara seorang dengan lainnya dalam memenuhi usaha kesejahteraan diri pribadi dalam hidupnya sehari-hari (Moh. Koesnoe, “Tentang Tiga Asas-Asas Kerja Untuk Menghadapi Perkara-Perkara Hukum Adat Indonesia”, dalam *Lima Puluh Tahun Pendidikan Hukum Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1974).

Dalam lingkungan persoalan penggarapan perkara, asas rukun menimbulkan “ajaran penyelesaian”⁵⁰³ dan “ajaran keputusan.”⁵⁰⁴

b. asas patut;

Asas patut, menunjuk pada alam kesusilaan dan seketika pula pada pikiran sehat yang ditujukan kepada penilaian atas suatu kejadian, baik dalam bentuknya sebagai perbuatan maupun sebagai keadaan. Ukuran patut bersumber dari alam susila (baik – buruk) dan juga akal sehat. Inti dari ajaran patut atau kepatutan adalah menghindarkan orang untuk jatuh ke dalam rasa malu.

c. asas laras;

Asas laras, terutama dipergunakan dalam hubungannya dengan pemberian jawaban atas suatu persoalan konkret, yang dilakukan secara bijaksana sehingga para pihak yang bersangkutan dan masyarakat menerimanya dengan lega dan memuaskan kebutuhan, perasaan hukum, dan susila mereka, sehingga kehidupan masyarakat dapat berjalan wajar kembali.

Menurut **Mohammad Koesnoe**, sistem hukum Adat itu dibangun atas dasar pandangan mengenai kebulatan dari

503 Menurut Mohammad Koesnoe, “ajaran menyelesaikan” ini berpendirian bahwa suatu perkara penggarapannya haruslah sedemikian rupa sehingga fihak-fihak yang berselisih dikemudian hari dapat meneruskan kehidupan bersama kembali sebagaimana sebelumnya (Moh. Koesnoe, “Tentang Tiga Asas-Asas Kerja Untuk Menghadapi Perkara-Perkara Hukum Adat Indonesia”, dalam *Lima Puluh Tahun Pendidikan Hukum Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1974).

504 Menurut Mohammad Koesnoe, “ajaran memutus” ini berpendirian bahwa suatu perselisihan dapat juga tidak mungkin digarap secara penyelesaian. Karena segi-segi yang membahayakan kehidupan bersama begitu berat, sehingga perlu adanya suatu langkah yang bersifat tegas dan jelas dengan tidak usah mengkhawatirkan konsekwensi-konsekwensi yang timbul tentang kembali-tidaknya keadaan yang semula yang telah terganggu (Moh. Koesnoe, “Tentang Tiga Asas-Asas Kerja Untuk Menghadapi Perkara-Perkara Hukum Adat Indonesia”, dalam *Lima Puluh Tahun Pendidikan Hukum Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1974).

keseluruhan hukum Adat. Oleh karena itu menurutnya asas-asas dasar dari hukum Adat yang telah dikemukakan di atas menentukan hubungan-hubungan logisnya lembaga yang satu dengan lembaga lainnya.⁵⁰⁵ Lebih lanjut Mohammad Koesnoe menjelaskan, dalam sistem hukum Adat dibedakan antara sistem umum dan sistem khusus. Sistem umum dari hukum Adat ialah sistem yang berlaku bagi segala persoalan hukum Adat. Sedangkan sistem khusus ialah yang hanya berlaku untuk lapangan-lapangan tertentu dari persoalan-persoalan hukum Adat seperti masalah kekeluargaan, tanah dan jual beli.⁵⁰⁶ Dalam sistem umum dari hukum Adat, asas kebersamaan merupakan kunci penyusunan sistemnya. Semua hubungan antara lembaga-lembaga adat diletakkan dalam hubungan dengan asas kebersamaan ini. Oleh karena itu menurut Mohammad Koesnoe, hak masyarakat yang merupakan hak bersama menjadi kunci lembaga-lembaga dan peraturan-peraturan Adat, artinya semua lembaga-lembaga dan peraturan-peraturan Adat selalu dapat dikembalikan kepada asas kebersamaan.⁵⁰⁷

Pada bagian lain dari tulisannya itu, **Mohammad Koesnoe** mengemukakan pula, bahwa: “sistem umum dari hukum Adat tersebut tadi yang menyangkut hubungan dari lapisan lembaga-lembaga hukum Adat dari alas sampai pada lapisan lembaga-lembaga hukum Adat yang terletak jauh diatas alasnya, tergambar di dalam susunan dari lingkungan persoalan hukum Adat sebagaimana

505 Mohammad Koesnoe, “Sistim Hukum Adat”, dalam Ali Boediarso (editor), *Kapita Selekta Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002, h. 18.

506 *Ibid.*

507 *Ibid.*

dikemukakan oleh van Vollenhoven dan Ter Haar.” Susunan urutan lingkungan persoalan hukum Adat yang dimaksud meliputi:⁵⁰⁸

- a. tata susunan masyarakat (desa, nagari, huta, kuria, marga, dan sebagainya).
- b. hukum kekeluargaan.
- c. hukum perkawinan.
- d. hukum waris.
- e. hukum tanah dan air.
- f. hukum hutang piutang.
- g. hukum tentang dosa.

Susunan persoalan-persoalan hukum Adat tersebut tersusun dari yang paling pertama, yaitu masyarakat karena merupakan alas dari segala lembaga-lembaga Adat. Kemudian berturut, mulai dari keluarga yang merupakan bentuk masyarakat yang lebih kecil, terus masalah kelanjutan dari hidup keluarga, yaitu perkawinan dan kewarisan. Setelah itu baru persoalan lembaga-lembaga mengenai hukum tanah, yaitu lembaga-lembaga yang menyangkut sumber-sumber kehidupan masyarakat beserta isinya, termasuk soal hutang piutang. Dan yang terakhir adalah persoalan tentang batas-batas dari tertib hukum yang merupakan soal baik mengenai kemasyarakatan maupun mengenai hubungan dengan tanah dan orang lain.⁵⁰⁹

Mohammad Koesnoe juga menjelaskan hierarchie dari tatanan peraturan hukum Adat, yang menurutnya dari keseluruhan dari pada lembaga-lembaga Adat disusun suatu sistem yang bermula dari postulat-postulat yang kemudian

508 *Ibid.*, h. 19.

509 *Ibid.*

ditarik tiga macam tingkatan hukum Adat, yaitu:⁵¹⁰

- a. adat-istiadat, sebagai keseluruhan lembaga-lembaga yang terikat dalam suatu stelsel.
- b. adat yang teradat, sebagai keseluruhan dari pada cara pelaksanaan sesuatu adat-istiadat.
- c. Adat yang diadatkan, sebagai keseluruhan putusan-putusan dari pada petugas Adat untuk mengisi Adat dengan lembaga-lembaga baru, berhubung dengan tuntutan keadaan atau sebagai perwujudan suatu Adat dalam konkretonya. Disini terlihat adanya sistim terbuka dari hukum Adat.

Ketika membicarakan peradilan menurut hukum Adat, **Mohammad Koesnoe** mengemukakan bahwa pengertian pengadilan dibedakan antara pengertian menurut ilmu pengetahuan hukum dan menurut pengertian dalam hukum Adat. Dalam pengertian menurut ilmu pengetahuan hukum, pengadilan adalah seperti yang terdapat dalam pengertian “rechtspraak” atau “court” dalam ilmu pengetahuan hukum barat, yang menempatkan hukum menjadi dasar dan tempat yang utama. Sedangkan dalam hukum Adat, pengertian pengadilan tidak saja berhubungan dengan hukum, tetapi lebih dari itu. Menurut **Mohammad Koesnoe**, pengadilan menurut hukum Adat adalah: “proses menyelesaikan sesuatu persoalan kemasyarakatan yang dirasa sebagai mengganggu keseimbangan didalam masyarakat dengan mengikuti rasa keadilan dan kepatutan yang hidup guna kembalinya suasana tenteram didalam masyarakat.”⁵¹¹ Oleh karena itu menurutnya, tujuan pengadilan bukan keadilan,

510 *Ibid.*, h. 21.

511 *Ibid.*, h. 22.

melainkan dengan melewati keadilan dan kepatutan tercapainya dengan langsung suatu suasana sejahtera di dalam masyarakat. Suasana sejahtera di dalam masyarakat bukanlah suasana tertib saja, akan tetapi suatu suasana dimana kehidupan dari seluruh warga berjalan dengan penuh rasa aman sentausa dan sejahtera.”⁵¹² Menciptakan suasana seperti disebut tadi tidak cukup hanya dengan memberikan apa yang ditentukan oleh hukum saja, melainkan lebih dari itu. Menurut **Mohammad Koesnoe**, jika keputusan hanya didasarkan pada hukumnya saja, maka akan menimbulkan ketegangan-ketegangan baru dan pertentangan-pertentangan yang mengganggu dikemudian hari, karena hanya memberikan hukuman.⁵¹³ Oleh karena itu menurutnya dalam pengadilan menurut hukum Adat selalu dicari upaya agar tidak saja seseorang ditetapkan haknya sebagaimana diatur dalam hukum, tetapi juga diusahakan untuk menemukan penyelesaian terhadap hal-hal lain yang terluka karena persoalan yang bersangkutan. Lebih lanjut **Mohammad Koesnoe** menegaskan bahwa: “pengadilan harus menyelesaikan perkara secara tuntas, artinya pengadilan tidak saja menjawab persoalan hukum yang dimajukan kepadanya, akan tetapi pengadilan itu menjawab juga apa-apa yang mengitari persoalan yang dimajukan oleh pencari hukum yang bersangkutan sehingga benar-benar persoalan itu selesai.”⁵¹⁴ Pada bagian lain dari penjelasannya ini **Mohammad Koesnoe** menguraikan pula penggunaan pengadilan di dalam pandangan Adat. Menurutya dalam ajaran Adat, lembaga pengadilan adalah suatu lembaga

512 *Ibid.*

513 *Ibid.*

514 *Ibid.*, h. 23.

yang sedapat mungkin di jauhi. Lembaga pengadilan dalam masyarakat Adat hanya dipergunakan apabila terjadi suatu gangguan dalam hubungan kemasyarakatan, sehingga benar-benar mengancam kehidupan yang aman sentausa dan sejahtera dalam masyarakat.⁵¹⁵ Oleh karena itu dalam ajaran Adat, orang tidak akan mudah dibenarkan cepat-cepat mempergunakan lembaga pengadilan untuk menyelesaikan persoalannya dengan orang lain. Digunakannya pengadilan itu sendiri untuk menyelesaikan sesuatu persoalan sudah merupakan suatu gangguan.⁵¹⁶ Jika seseorang ingin mempergunakan lembaga pengadilan dalam menyelesaikan persoalannya dengan orang lain, maka menurut **Mohammad Koesnoe**, langkah-langkah yang lazim ditempuh adalah sebagai berikut:

- a. Pertama-tama, persoalan diselesaikan dengan cara damai sebagaimana satu keluarga menyelesaikan persoalan di antara mereka dalam keluarga tersebut. Dalam menyelesaikan persoalan ini yang diutamakan adalah saling mengerti dan saling memberi dalam segala seginya, tidak semata-mata menurut hak dan kewajiban yang ditentukan dalam ketentuan hukum;
- b. Jika penyelesaian dengan cara damai tersebut di atas tidak membawa hasil, maka dalam diri yang merasa tidak puas timbul konflik antara penyelesaian persoalan menurut urusan yang sungguh-sungguh atau tetap ditempuh jalan yang tidak bersifat urusan (pikiran “urusan tinggal urusan” berlawanan dengan pikiran “hidup sebagai sesama”);

515 *Ibid.*

516 *Ibid.*

- c. Jika keputusan dalam diri yang bersangkutan menyatakan memilih jalan urusan, maka berarti orang yang bersangkutan telah memilih jalan urusan yang menurut hukum Adat dianggap sebagai sesuatu gangguan, tetapi dapat dimengerti dan dapat diterima, meski sifat mengganggu tetap hidup dalam jiwa para anggota masyarakat yang bersangkutan;⁵¹⁷
- d. Jika seseorang telah memberanikan diri mengambil keputusan untuk meninggalkan wilayah dari “penyelesaian perkara berdasarkan kekeluargaan”, belum berarti bahwa asas itu telah benar-benar ditinggalkan. Petugas lembaga pengadilan masih tetap melihat kemungkinan ditariknya kembali pendirian yang telah diambilnya itu. Oleh karena itu di dalam setiap permulaan mengadili, hakim Adat selalu menganjurkan dan menasehati untuk menyelesaikan persoalan secara damai;
- e. Jika nasehat atau anjuran petugas pengadilan Adat ternyata tidak diterima, dan mereka tetap pada pendiriannya, maka barulah dimulai pengadilan yang pada dasarnya dibimbing oleh asas urusan.⁵¹⁸

517 Orang yang suka mempergunakan lembaga pengadilan di dalam penyelesaian persoalannya dengan sesama, di dalam masyarakat Adat dilihat sebagai warga yang dinilai kurang dalam kepribadiannya (Mohammad Koesnoe, “Peradilan Menurut Hukum Adat” dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selekta Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, S.H.*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002, h. 24).

518 Didalam persoalan-persoalan dimana seluruh masyarakat tersangkut, sehingga benar-benar tertib masyarakat itu terancam atau terganggu, maka kepala Adat lazimnya terus langsung bertindak dengan serentak dibimbing oleh asas-asas penyelesaian perkara secara urusan dan asas yang tidak berpijak pada prinsip-prinsip urusan. Dapat juga benar-benar dengan sepenuhnya mempergunakan asas urusan. Ini bergantung pada sifat dari pada persoalannya. (Mohammad Koesnoe, “Peradilan Menurut Hukum Adat”, dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selekta Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, S.H.*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002, h. 24).

Dalam proses mengadili, hakim Adat tidak pasif, melainkan aktif memimpin proses untuk memperoleh bukti-bukti dan gambaran yang dapat dipertanggungjawabkan.⁵¹⁹ Jika dari bukti-bukti tersebut telah diperoleh keyakinan kebenaran kejadian yang dipersoalkan, maka hakim sampai pada usaha mencari jawaban dengan melihat salah tidaknya perbuatan yang dipersoalkan, dengan dibimbing oleh perasaan hukum yang hidup. Jika jawaban untuk persoalan telah diperoleh, maka hakim melihat pada keputusan-keputusan yang sudah-sudah sebagai perbandingan, artinya melihat kepada kelaziman.⁵²⁰ Meski hakim melihat pada kelaziman, namun tidak berarti hakim terikat sepenuhnya kepada kelaziman, karena si hakim masih menyesuaikan dengan rasa keadilan yang hidup dan rasa kepatutan yang berlaku pada masanya.⁵²¹

Pada prinsipnya, mengadili menurut hukum Adat, tidak berarti menetapkan hak-hak dan kewajiban saja, tetapi yang dicari adalah bagaimana kejadian itu bisa diselesaikan, sehingga ketenteraman dan kesejahteraan bagi kedua belah pihak dan masyarakat akan dapat kembali. Jadi bukan urusan mana yang dimenangkan dan mana yang dikalahkan, akan tetapi bagaimana keputusan terhadap perkara itu membawa kerukunan dan ketenteraman di dalam masyarakat.⁵²²

Pokok-pokok kegiatan hakim Adat melaksanakan tugasnya, disarikan oleh **Mohammad Koesnoe**, sebagai berikut.⁵²³

519 *Ibid.*, h. 24.

520 *Ibid.*

521 *Ibid.*, h. 25.

522 *Ibid.*

523 *Ibid.*

1. Hakim harus berusaha mengetahui dengan setepatnya bagaimana keadaan yang sebenarnya dari pada persoalan yang dihadapkannya. Disini dipergunakan segala macam alat bukti yang mungkin dia perdat.
2. Kemudian hakim berusaha menetapkan salah tidaknya fihak yang bersangkutan menurut perasaan hukum yang hidup. Baru kemudian bila telah dijawab terdapat kesalahan maka hakim lalu mencarikan kwalifikasi atas masalah yang diurusnya itu.

Disini sebutan-sebutan yang diberikan kepada persoalan-persoalan adalah besar artinya. Dari itu mengetahui isi dari pada pengertian-pengertian itu yang disebut "samudana" (Bali) adalah sangat penting.

3. Bilamana kwalifikasi telah dilaksanakannya, maka hakim mencari manakah asas-asas dari pada hukum Adat yang dapat dipergunakan dalam menyelesaikan perkara itu.

Dari asas-asas itu dicarikan pula pelaksanaannya sebagaimana ditunjukkan dalam kebiasaan-kebiasaan. Kemudian disesuaikan dengan rasa "halur dan patut" yang hidup. Pekerjaan hakim disini ialah menemukan tafsiran yang setepatnya atas asas yang dicarinya itu.

4. Bilamana tafsiran itu telah diketahui maka kewajiban baginya untuk merumuskan sehingga dapat difahami oleh para fihak dan juga seluruh masyarakat. Yang terakhir ini adalah untuk dapatnya keputusan itu didukung masyarakatnya, demi wibawanya.
5. Bilamana itu telah dilakukan, maka hakim mengaitkan kekuasaan pada keputusannya itu dengan menyatakan agar keputusannya dilaksanakan.

Mengenai perbedaan antara sistem hukum Adat dengan sistem hukum Barat, **Soepomo** menjelaskan sebagai berikut:⁵²⁴

1. Hukum Barat mengenal “zakelijke rechten” dan *persoonlijke rechten*. “Zakelijke recht” adalah hak atas sesuatu barang, yang bersifat “Zakelijk”, yaitu yang berlaku terhadap tiap-tiap orang. “Persoonlijk recht” adalah hak orang seseorang atas sesuatu obyek yang hanya berlaku terhadap sesuatu orang lain yang tertentu. Hukum adat tidak mengenal pembagian hak-hak dalam dua golongan seperti yang tersebut di atas. Perlindungan hak-hak menurut sistem hukum adat adalah di tangan hakim. Di dalam persengketaan di muka pengadilan, hakim menimbang berat-ringannya kepentingan-kepentingan hukum yang saling bertentangan. Misalnya apabila seorang bukan pemilik sawah menjual lepas sawah itu kepada orang yang bersangka baik (*te goeder trouw*), dan kemudian pemilik sawah menuntut supaya sawah itu dikembalikan kepadanya, maka hakim akan menimbang kepentingannya siapa yang lebih berat di dalam perkara konkrit yang diadili itu, kepentingannya pemilik atau kepentingannya pembeli yang bersangka baik.
2. Hukum Barat mengenal perbedaan antara “*publiek recht*” (hukum umum) dan “*privaat recht*” (hukum *prive*). Hukum adat tidak mengenal perbedaan demikian, atau jika hendak mengadakan perbedaan antara peraturan-peraturan hukum adat yang bersifat “*publiek*” dan peraturan-peraturan yang hanya mengenai lapangan

524 Soepomo, *Op.Cit.*, h. 25-26.

“privat”, maka batas-batas antara kedua lapangan itu di dalam hukum adat adalah berlainan dari pada batas-batas antara lapangan publiek dan lapangan privaatrecht pada hukum Barat.

3. Pelanggaran-pelanggaran hukum menurut sistim hukum Barat, dibagi-bagi dalam golongan pelanggaran yang bersifat pidana dan harus diperiksa oleh hakim pidana (strafrechter), dan pelanggaran-pelanggaran yang hanya mempunyai akibat dalam lapangan perdata, sehingga pelanggaran-pelanggaran itu harus diadili oleh hakim perdata.

Hukum adat tidak mengenal perbedaan demikian. Tiap-tiap pelanggaran hukum adat membutuhkan pembetulan hukum kembali dan hakim (kepala adat) memutuskan supaya adat (adatreaksi) apa yang harus digunakan untuk membetulkan hukum yang dilanggar itu.

Perbedaan antara hukum Adat dengan hukum Barat juga dikemukakan oleh **Mohammad Koesnoe** sebagai berikut:⁵²⁵

- a. Bahwa didalam hukum adat pada satu pihak tidak ada lembaga-lembaga yang berisi suatu pemberian hak yang dapat di hadapkan kepada setiap orang didalam masyarakat. Dilain pihak tidak ada lembaga-lembaga yang didalamnya berisi pemberian hak-hak yang hanya dapat dihadapkan kepada seseorang tertentu. Sehingga oleh karenanya tidak ada pembagian lembaga-lembaga hukum adat yang berisi hak-hak mutlak dan hak-hak yang relatif. Setiap hak yang ada pada seseorang,

525 Moh. Koesnoe, “Sistim Hukum Adat”, dalam *Kapita Selecta Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe* (Editor M. Ali Boediarto), Varia Peradilan, Jakarta, 2002, h. 19-21.

didalam sistim hukum Adat harus dipandang sebagai pelaksanaan dari pada hak bersama. Di sini fungsi sosial dari pada hak perseorangan mempunyai arti yang lain dari pada yang dikenal didalam hukum barat. Karena didalam pandangan hukum Adat, hak perseorangan hanya merupakan fungsi dari pada hak bersama, oleh karenanya pengisiannya selalu dalam jiwa dan batas-batas hak bersama tersebut.

Dari itulah maka pelaksanaan hak perseorangan, bila-mana mengalami suatu kesulitan karena hak orang lain, maka penyelesaiannya diserahkan kepada masyarakat. Dalam hal itu maka kepentingan yang oleh masyarakat dipandang lebih berat akan mendapat perlindungan.

- b. Juga perbedaan yang tegas antara kepentingan perseorangan dengan kepentingan umum, yang didalam hukum barat membawa adanya perbedaan antara hukum swasta dan hukum publik, tidak terdapat didalam sistim hukum Adat. Kepentingan-kepentingan pribadi didalam hukum Adat adalah kepentingan-kepentingan yang dalam hakekatnya kepentingan bersama pula, karena yang pertama adalah semata-mata konsekwensi logis dari perincian kepentingan bersama itu.

Ti adanya perbedaan antara kepentingan pribadi dengan kepentingan bersama didalam sistim hukum Adat membawa ti adanya perbedaan antara hukum pidana dan hukum perdata sebagaimana dikenal didalam sistim hukum barat.

Didalam sistim hukum Adat, setiap gangguan terhadap ketentuan hukum Adat diterima sebagai suatu dosa, hal mana mengandung kewajiban baik kepada yang

bersangkutan maupun kepada masyarakat untuk mengadakan upaya-upaya Adat guna memulihkan kembali keseimbangan yang terganggu itu.

Perbedaan dalam hal dosa menurut sistim hukum Adat hanya diperbedakan antara dosa yang besar dan dosa kecil. Terhadap dosa besar lazim diwajibkan baik yang bersangkutan maupun masyarakat untuk mengadakan upaya Adat guna memulihkan keseimbangan.

Terhadap dosa-dosa kecil kadang-kadang memang ada yang harus dilakukan upaya Adat untuk memulihkan keseimbangan, tetapi ada pula yang tidak perlu.

- c. Sebagai pelaksanaan dari asas totaliteit, pengertian-pengertian yang dipergunakan hukum Adat untuk menyatakan perbuatan atau keadaan-keadaan tidak memperbedakan apakah pengertian itu untuk orang atau untuk barang.

Sebagai contoh pengertian “peningset”. Pengertian ini adalah untuk menyatakan baik untuk mengikat sesuatu barang yang telah dijanjikan akan diserahkan haknya kepada seseorang yang diberi janji maupun seseorang yang telah dijanjikan akan diserahkan sebagai isteri. Demikian pula pengertian “gantung” adalah untuk menyatakan baik keadaan dari barang ataupun orang yang masih memerlukan adanya perbuatan atau kejadian lain guna sampai kepada keadaan yang dikehendaki.

- d. Didalam menghadapi pergantian maka hukum Adat mengikuti penerimaan dan pembuangan secara resapan, sehingga segala sesuatu yang datang atau yang harus ditinggalkan tidak menimbulkan kegoncangan

didalam masyarakat.

Demikianlah misalnya pergantian isi dari lembaga “punya” terhadap tanah, dimana misalnya kuati dikukuh oleh hak masyarakat menjadi hak atas tanah yang telah banyak lepas dari pengaruh kekuasaan hak masyarakat.

Demikian pula mengenai lembaga “ajikrama” didalam perkawinan menurut Adat Sasak, dari kewajiban memberi dari pihak laki-laki berkembang menjadi upacara melulu dengan tidak menghiraukan apakah itu merupakan barang-barang yang diberikan oleh mempelai laki-laki kepada mempelai istri, atau sekedar barang-barang yang dipertunjukkan didalam upacara.

Di samping mengemukakan perbedaan hukum Adat dengan hukum Barat seperti yang disebut di atas, **Mohammad Koesnoe** juga mengemukakan ciri-ciri hukum Adat dengan cara membandingkannya dengan hukum Barat, yaitu:⁵²⁶

1. Kebersamaan dalam hukum Adat dibandingkan dengan individualistis dalam hukum Barat;
2. Kesamaan antar semuanya (unity) dalam hukum Adat, dibandingkan dengan persamaan satu sama lain (status) dalam hukum Barat;
3. Kerukunan sebagai dasar ikatan dalam hukum Adat, dibandingkan dengan persatuan (kontrak) sebagai dasar ikatan dalam hukum Barat;
4. Kelumrahan sebagai ukuran dalam hukum Adat,

526 Moh. Koesnoe dalam Shidarta, “Posisi Pemikiran Teori Hukum Adat Mohammad Koesnoe Dalam Konfigurasi Aliran Pemikiran Hukum (Sebuah Diagnosis Awal), dalam *Mohammad Koesnoe Dalam Pengembaraan Gagasan Hukum Indonesia*, Epistema Institute, Jakarta, 2013, h. 35.

dibandingkan dengan privacy dalam cara hidup dalam hukum Barat;

5. Pengorbanan untuk semua/pengabdian dalam hukum Adat, dibandingkan dengan pengamanan terhadap kepentingan pribadi dengan penghormatan hak orang lain dalam hukum Barat.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdurrahman, *Kedudukan Hukum Adat Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Alumni, Bandung, 1978.
- Apeldoorn, L.J. van, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982.
- Atmasasmita, Romli, *Asas-Asas Perbandingan Hukum Pidana*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1989.
- Boediarto, M. Ali, "Suatu Pemikiran dan Konsep Baru Dalam Hukum Adat" dalam *Kapita Selekta Hukum Adat (Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, SH)* Varia Peradilan - Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002.
- Djojodigoeno, *Azas-Azas Hukum Adat*, Jajasan Badan Penerbit Gadjah Mada, Jogjakarta, 1964.
- Gautama, Sudargo, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid 1 cetakan ke 4, Alumni, Bandung, 1979.
- _____, *Tafsiran Undang-Undang Pokok Agraria*, Alumni, Bandung, 1986.
- Gozali, Djoni Sumardi, *Hukum Pengadaan Tanah, Asas Kesepakatan dalam Pengadaan Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum*, UII Press, Yogyakarta, 2018.

Harsono, Boedi, *Hukum Agraria*, Jilid I, Djambatan, Jakarta, 2007.

Hartono, Sunaryati, *Capita Selecta Perbandingan Hukum*, Alumni, Bandung, 1982.

Ko Tjay Sing, "Hukum Tertulis atau Hukum Tidak Tertulis", dalam majalah *Hukum dan Keadilan*, No. 4 Tahun ke -1/1970.

Koesnoe, Moh., "Tentang Tiga Asas-Asas Kerja Untuk Menghadapi Perkara-Perkara Hukum Adat Indonesia," dalam *Lima Puluh Tahun Pendidikan Hukum Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1974.

_____, "Asas-Asas Dari Pada Hukum Adat", dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selektu Hukum Adat Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe*, Varia Peradilan, Jakarta, 2002.

_____, "Ciri-ciri dan Sifat-sifat Dari Pada Hukum Adat", dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selektu Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, S.H.*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002.

_____, "Hukum Adat Sebagai Salah Satu Type Hukum Didunia", dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selektu Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, S.H.*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002.

_____, "Peradilan Menurut Hukum Adat" dalam M. Ali Boediarso (editor), *Kapita Selektu Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe, S.H.*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002.

- _____, “Sistim Hukum Adat”, dalam Ali Boediarto (editor), *Kapita Selekta Hukum Adat, Suatu Pemikiran Baru Prof. Dr. H. Moh. Koesnoe*, Varia Peradilan-Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002.
- Kurniawan, Joeni Arianto, “Gagasan Membangun (kembali) Ilmu Hukum Adat Normatif: konsepnalisasi” dalam *Muhammad Koesnoe tentang Hukum Adat Sebagai Dasar Hukum Nasional Indonesia*”, Epistema Institute, Jakarta, 2013.
- Kusumohamidjojo, Budiono, *Perbandingan Hukum Kontrak (Comparative Contract Law)*, Mandar Maju, Bandung, 2015.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009.
- Muhammad, Abdulkadir (Penterjemah), *Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1980. (Judul aslinya adalah *Business Law*, edisi 1978, tulisan S.B. Marsh dan J. Soulsby, penerbit McGraw-Hill Book Company (UK) Limited).
- Muhammad, Bushar, *Asas-asas Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1978.
- _____, *Pengantar Hukum Adat*, Balai Buku Ichtiar, Jakarta, 1961.
- Prodjodikoro, Wirjono, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, Sumur Bandung, Bandung, 1981.
- Pudjosewojo, Kusumadi, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1983.
- Purbacaraka, Purnadi dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1982.

- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1986.
- Roesmali, Mohammad, *Seluk Beluk Hukum*, Diktat Kuliah Pengantar Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Lamdung Mangkurat, Banjarmasin 1976.
- Sardjono, *Perbandingan Hukum Perdata*, materi kuliah, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1985.
- Shidarta, "Posisi Pemikiran Teori Hukum Adat Mohammad Koesnoe Dalam Konfigurasi Aliran Pemikiran Hukum (Sebuah Diagnosis Awal), dalam *Mohammad Koesnoe Dalam Pengembaraan Gagasan Hukum Indonesia*, Epistema Institute, Jakarta, 2013.
- Soedarto, *Perbandingan Hukum Pidana (Hukum Pidana Inggris)*, catatan kuliah, dikeluarkan oleh Badan Penyediaan Bahan Kuliah Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1981.
- Soekanto, *Meninjau Hukum Adat Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1981.
- Soekanto, Soerjono dan Soleman B. Taneko, *Hukum Adat Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1981.
- Soekanto, Soerjono, *Perbandingan Hukum*, Alumni, Bandung, 1979.
- _____, *Penelitian Hukum Normatif*, Rajawali, Jakarta, 1985.
- Soepomo, *Kedudukan Hukum Adat Dikemudian Hari*, Pustaka Rakyat, Jogjakarta, 1974.
- _____, *Bab-Bab tentang Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1980.

Subekti, *Perbandingan Hukum Perdata*, Pradya Paramita, Jakarta, 1983.

Syahrani, Riduan, *Seluk Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 2004.

Tungadi, Tahir, “Apakah Pentingnya Mempelajari *Perbandingan Hukum*,” makalah tanpa tahun.

Yudiono, Ily dan Agni Udayati “Perjalanan Karier Mohammad Koesnoe” dalam *Mohammad Koesnoe Dalam Pengembaraan Gagasan Hukum Indonesia*, Epistema-Huma, Jakarta, 2013.

TENTANG PENULIS



Dr. Djoni Sumardi Gozali, S.H., M. Hum., dilahirkan di Surabaya pada tanggal 19 Juni tahun 1961. Sejak tahun 1986 sampai sekarang mengajar sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat di Banjarmasin, dengan jabatan fungsional Lektor Kepala. Pendidikan tinggi ilmu hukum Strata 1 (S1) ditempuh di Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat lulus tahun 1985. Strata 2 (S2) diselesaikan di Program Pascasarjana Universitas Airlangga tahun 1995, sedangkan Strata 3 (S3) juga ditempuh di Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Airlangga lulus tahun 2016 dengan predikat cumlaude, dan merupakan lulusan/wisudawan terbaik periode Desember 2016. Di samping sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat mengajar di Program S1, dan di Program Pascasarjana S2 (Magister Ilmu Hukum dan Magister Kenotariatan), juga sebagai dosen tidak tetap di Sekolah Tinggi Ilmu Hukum (STIH) Sultan Adam Banjarmasin mengajar di Program S1 dan Program Pascasarjana S2 (Magister Hukum).