BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar belakang

Secara geografis Suku Tolaki berada diwilayah daratan Sulawesi bagian Tenggara yang mendiami beberapa kabupaten yaitu Kabupaten Konawe, Kota Kendari, Konawe Selatan, Konawe Utara, Kolaka, Kolaka Utara, dan Kolaka Timur yang merupakan bekas wilayah Kerajaan Konawe dan Kerajaan Mekongga. Sebelum kedua kerajaan tersebut diperintah oleh Wekoila sebagai raja di Kerajaan Konawe dan Larumpalangi sebagai Raja di Kerajaan Mekongga, dikedua wilayah tersebut sering dilanda pertikaian dan perang saudara.[1]Selama 7 generasi Suku Tolaki mengalami kekacauan tanpa kepemimpinan yang teratur. Hidup mereka tersebar secara berkelompok-kelompok namun tidak memiliki satu kesatuan kepemimpinan.[2]

Kedatangan Wekoila dan Larumpalangi yang oleh masyarakat pada saat itu diyakini sebagai dewa yang turun dari langit, mampu menyatukan dan sekaligus mengakhiri pertikaian dan perang saudara serta dapat menciptakan ketertiban dan kedamaian serta kesejahteraan pada masyarakat dikedua kerajaan tersebut. Atas jasa-jasa kedua tokoh tersebut, oleh masyarakat dikedua wilayah kerajaan sepakat mengangkat mereka sebagai raja.[3] Untuk menjaga suasana tertib dan damai, kedua raja tersebut menetapkan sebuah pedoman berprilaku yang dinamakan Kalosara

---

[1]Erens E. Koodoh, Abdul Alim, Bachruddin, ***Hukum Adat Orang Tolaki,*** Teras, Konawe, 2011.h. 21-23.

[2]Muslimin Su'ud, ***Hukum Adat Tolaki (Osara)***, Cetakan I, Unaaha:Lembaga Pusat Pengkajiandan Pengembangan Sejarahdan KebudayaanTolaki (LP3SKT),2006,h.32.

[3]***Ibid***

yang berwujud dalam bentuk simbol, akan tetapi sarat dengan makna/ nilai-nilai yang harus selalu di pedomani oleh segenap warga Masyarakat Suku Tolaki baik yang berada di Kerajaan Konawe maupun yang berada di Kerajaan Mekongga.

Menurut Abdurrouf Tarimana, Kalosara sebagai pedoman hidup (*sara Owoseno* Tolaki atau *sara mbu'u* Tolaki) adalah terdiri dari:[4]

1. *Sara Wonua* yaitu Hukum adat bidang pemerintahan yang mengatur dan menetapkan hak dan kewajiban, fungsi dan tugas seorang Raja aparatnya, mengatur dan menetapkan struktur organisasi dan personalia untuk menyelenggarakan pemerintahan, mengatur hak dan kewajiban rakyat terhadap raja.
2. *Sara mbedulu*, yaitu hukum adat bidang hubungan kekeluargaan dan persatuan pada umumnya.
3. *Sara mbe'ombu* yaitu hukum adat bidang aktivitas keagamaan, mengatur dan menetapkan tempat-tempat upacara, tatacara berdoa, perlakuan terhadap dukun, serta penyelenggaraan bidang keagaamaan.
4. *Sara mandarahia,* yaitu hukum adat bidang pekerjaan dan profesionalisme.
5. *Sara monda'u, mombopaho, mombakani, melambu, dumahu, meoti-oti* yaitu hukum adat tata cara berladang, berkebun, berternak berburu, dan menangkap ikan.

Pelanggaran terhadap ketentuan/aturan tersebut diatas oleh individu Suku Tolaki, dapat berakibat terganggunya keseimbangan, baik dalam hubungan sesama manusia maupun hubungan manusia dan alamnya. Untuk mengembalikan keseimbangan akibat adanya pelanggaran ketentuan hukum adat Kalosara khususnya hubungan manusia dengan alamnya maka akan diadakan ritual pensucian yang disebut dengan istilah *Mosehe.* Sedangkan gangguan keseimbangan dalam hubungan manusia dengan manusia yang dapat merusak tatanan kehidupan kemasyarakatan ditetapkan aturan hukum mengenai cara penyelesaian sengketa

[4]Abdurrouf Tarimana, ***Kebudayaan Tolaki,*** Balai Pustaka, Jakarta,1993,h.22-23

yaitu melalui Lembaga Adat Tolaki atau *Saasarano Monggotuhi Osara*,artinya aturan-aturan hukum di bidang prosedur dan tatacara menyelesaikan sengketa.

Penyelesaian sengketa melalui Lembaga Adat Tolaki hingga saat ini masih berlaku dan efektif serta dipatuhi oleh individu Suku Tolaki baik mereka yang tinggal di desa-desa dan hidup dari bertani tradisional, maupun mereka yang tinggal di kota dan hidup sebagai pegawai atau sebagai pengusaha.[5] Berbagai perkara atau sengketa dapat diselesaikan oleh Lembaga Adat Tolaki seperti: sengketa warisan, sengketa utang piutang, sengketa tanah, perkawinan serta perkara tindak pidana penganiayaan, pelanggaran lalulintas dan pelanggaran norma kesusilaan.

Keberadaan prinsip hukum yang terkandung dalam hukum adat kalosara yang menjadi pedoman bagi Lembaga Adat Tolaki dalam memberikan putusan terhadap penyelesaian sengketa menjadi alasan bagi para pihak lebih memilih penyelesaian sengketanya diselesaikan melalui lembaga tersebut. Selain itu, setiap putusan Lembaga Adat Tolaki oleh individu Suku Tolaki dirasakan sebagai putusan yang terbaik karena adanya kesesuaian dengan nilai-nilai yang mereka yakini kebenarannya sehingga dalam pelaksanaan putusannya dilakukan dengan penuh kesadaran dan tidak memerlukan adanya eksekutor.

Dengan demikian, Penelitian tentang prinsip Hukum Adat Kalosara penting dilakukan tidak saja dilihat dari segi berfungsinya hukum dalam realitas masyarakat lokal, akan tetapi sekaligus dilakukan untuk menjelaskan adanya unsur-unsur keadilan, kepastian dan kemanfaatan sebagai konstribusi nilai-nilai hukum lokal. Dalam hal ini, prinsip hukum adat Kalosara dapat dijadikan sebagai sarana

---

[5]***Ibid.,h.20***

reformasi hukum nasional (Politik Hukum) khususnya Hukum Penyelesaian sengketa.[6]

Perlu pula diperhatikan hasil seminar hukum adat dan pembinaan hukum nasional yang diadakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Gajahmada Tanggal 1-2 Mei 2007 yang disimpulkan sebagai berikut[7]:

1. Hukum adat merupakan sumber penting bagi pembangunan hukum nasional, dalam rangka menuju unifikasi hukum melalui pembuatan peraturan perundang-undangan .
2. Penggunaan konsepsi-konsepsi dan asas-asas hukum dari hukum adat untuk dapat dirumuskan dalam norma-norma hukum yang memenuhi kebutuhan masyarakat masa kini dan mendatang, dalam rangka membangun masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.
3. Pembangunan lembaga-lembaga hukum adat yang dimordenisasi disesuaikan dengan kebutuhan zaman tanpa menghilangkan ciri dan sifat kepribadian Indonesiannya.
4. Dengan terbentuknya hukum nasional yang mengadung unsur-unsur hukum adat, maka kedudukan dan peranan hukum adat itu telah terserap di dalam hukum nasional.

Berdasarkan hal tersebut diatas, alasan untuk melakukan penelitian tentang Prinsip Hukum adat Kalosara Kesatuan Masyarakat Hukum adat Tolaki adalah:

---

[6]Hukum Nasional adalah hukum yang merupakan pancaran dan realisasi dari Rechtsidee Nasional yaitu yang tertera didalam pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 yang secara yuridis historis adalah merupakan inclinatie perumusan nasional tentang konsep Hukum Adat dari Poetoesan Congres pemoeda tahun 1928. Koesno,***Hukum adat dalam alam kemerdekaan Nasional dan persoalanya menghadapi era Globalisasi***, Kumpulan Makalah, editor Siti Soendari, Agni Udayati, Ubhara Press, Surabaya, 1996, h.49.

[7]Seminar hukum adat dan pembinaan hukum nasional yang diadakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Gajahmada tanggal 1-2 Mei 2007

Pertama penyelesaian sengketa dalam sistem hukum nasional pengaturannya terdapat dalam Pasal 24 Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang menentukan kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Ayat (2) pasal tersebut lebih lanjut menentukan Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan Peradilan Umum, Lingkungan Peradilan Agama, Lingkungan Peradilan Militer, Lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Penyelenggaraan kekuasaan kehakiman sebagaimana yang diamanatkan oleh ketentuan Pasal 24 Undang-Undang Dasar 1945 tersebut pelaksanaannya diatur melalui Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999, Tentang kekuasaan Kehakiman, sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970. Mengenai keberadaan kekuasaan kehakiman diatur pada Pasal 1 Angka 1 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2000 tentang kekuasaan kehakiman yang menentukan:

> Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelengarakan peradilan guna menegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Selanjutnya Pasal 18 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman menentukan:

> Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah mahkamah dan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan Peradilan Umum, Lingkungan Peradilan Agama, Lingkungan Peradilan Militer, Lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.Ketentuan yang sama dalam Pasal 18 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tersebut sebelumnya diatur dalam Pasal 10 Ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004.

Susunan kekuasaan badan peradilan yang berada dibawah Mahkamah Agung tersebut diatur dengan Undang-Undang tersendiri.Berdasarkan Pasal 2 jo.Pasal 6 Undang-Undang Nomor49 Tahun 2009 tentang perubahan kedua atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum, yang dimaksud dengan peradilan dalam Lingkungan Peradilan Umum atau lazim disebut Peradilan Umum adalah Pengadilan Negeri sebagai pengadilan tingkat pertama dan Pengadilan Tinggi sebagai Pengadilan Tingkat Banding. Tugas pokok dan wewenang Peradilan Umum berdasarkan ketentuan Pasal 50 Undang-Undang tersebut adalah memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara pidana dan perkara perdata.

Dalam rangka mewujudkan kesatuan hukum khususnya bidang peradilan sebagaimana hal tersebut diatas, sebelumnya telah diatur melalui Pasal 1 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951, oleh pemerintah melalui Menteri Kehakiman secara berangsur-angsur akan melakukan penghapusan Pengadilan Adat/Swapraja, di seluruh Bali, Propinsi Sulawesi,Lombok, Sumbawa, Timor, Kalimantan, Jambi dan Maluku.

Dengan adanya penghapusan peradilan adat, maka peradilan negeri menjadi satu-satunya lembaga yang menyelesaikan sengketa atau perkara yang terjadi di Indonesia, sehingga membuat lembaga peradilan tersebut terjadi *over capacity* terhadap jumlah perkara yang ditangani, selain itu penyelesaian sengketa melalui pengadilan dianggap sebagai penyelesaian sengketa yang tidak memberikan keadilan kepada para pihak yang berperkara, lambatnya serta tingginya biaya penyelesaian sengketa di Pengadilan yang diakibatkan oleh meningkatnya beban

tugas pengadilan serta hasil yang dicapai oleh putusan pengadilan yang bersifat bermusuhan, sehingga dimana-mana para pencari keadilan mengeluhkan pelayanan yang dilakukan oleh lembaga peradilan tersebut.

Basuki Rekso Wibowo,[8] mengemukakan bahwa paradigma beracara di pengadilan telah mengalami pergeseran yang memprihatinkan. Idealisme beperkara untuk menegakkan keadilan yang substansial, telah bergeser menjadi pergulatan kesempatan dan kekuatan untuk saling mengalahkan (to be the winner, not the losser). Dengan pergeseran paradigma tersebut, maka keadilan direduksi menjadi persoalan kalah dan menang.[9] Pengadilan (yang sesat tersebut) yang seharusnya menjadi tempat pencari keadilan berubah menjadi 'plaza keadilan', dimana pengadilan merupakan arena transaksi kalah-menang. Kondisi demikian akhirnya membuat masyarakat pencari keadilan sedapat mungkin menghindari pengadilan dalam menyelesaikan berbagai problematika hukum yang mereka hadapi.

Menurut Yahya Harahap[10] terdapat beberapa kelemahan dalam penyelesaian sengketa melalui pengadilan yaitu:

1. Sangat lambat-lama.
   Penuh dengan Formalitas, karena pengadilan sebagai sarana untuk menegakan wibawa hukum terbuka upaya Hukum Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali, yang prosesnya panjang memakan waktu lama bisa bertahun-tahun.Belum lagi munculnya berbagai upaya proses yang lain seperti intervensi atau perlawanan pihak ketiga (*derden Verset*) dalam eksekusi yang mengakibatkan penyelesaian sengketa semakin rumit dan panjang.
2. Biaya berperkara mahal, sebagai akibat proses yang lama diatas.
3. Hukum acara bersifat *adversary*.

---

[8] Basuki Rekso Wibowo, menyelesaikan sengketa bisnis di Luar Pengadilan (pidato) Disampaikan pada pengukuhan jabatan Guru besar dalam Bidang Ilmu Hukum Fakultas hukum Universitas Airlangga, 17 desember 2005,h.8

[9]***ibid***

[10]Yahya Harahap, ***Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem peradilan dan penyelesaian sengketa***, Bandung:Citra Aditya Bakti,1997),h.153-154.

4. Putusan kalah menang, melukai pihak yang kalah, hancurnya/putusnya hubungan kedua belah pihak.
5. Persidangan terbuka untuk umum.Masalah terpublikasi, sehingga reputasi nama baik dan kepercayaan tercemar.
6. Putusan cenderung tidak dilaksanakan. Kecuali dengan eksekusi secara paksa, sehingga timbul permusuhan yang semakin sengit dan mendendam.

Kritik terhadap kelemahan pada proses penyelesaian sengketa litigasi, bukan hanya terjadi di Indonesia. Di Amerika sebagai negara maju tidak luput dari kritikan oleh rakyat Amerika sendiri terhadap sistem peradilan Amerika. Tony Mc. Adams[11] "*To many Americans our systems of justice is neither systematic or just...*" *selanjutnya dikatakan" in recent years our cour systems has come under increasing criticism".* Mahkamah Agung Amerika dituduh mengacau keseimbangan konstitusional. Walaupun masyarakat Amerika tetap berpendirian pengadilan sebagai katup penekan atas kehidupan masyarakat demokrasi, namun mereka mengeluh dan mengutuk sikap peradilan yang sangat tertutup. Bahkan pada umumnya tidak responsif terhadap kepentingan umum. Selain itu, penyelesaian sengketa melalui peradilan perdata di Amerika serikat melalui sistem peradilan tidak memberi kesempatan yang adil, karena lebih memberi kesempatan kepada lembaga-lembaga besar atau orang kaya, sebaliknya secara tidak wajar menghalangi rakyat biasa (ordinary citizens) untuk berperkara di pengadilan.[12]

Abraham Lincoln[13] "*Discourage litigation persuade your neigbours to compromise whenever you can. Poin out to them how the nominal winner is often a real loser-infees, expense, and waste of time*". Hindari berperkara, bujuk dan ajak

---

[11]Alternatif penyelesaian Sengketa melalui Jalur Non Litigasi, Http:// www. Kesimpulan.com/2009/04/ diunduh pada tanggal 1 Oktober 2014.

[12]***Ibid***

[13]***Ibid***

tetanggamu berkompromi sedapat mungkin. Tunjukan kepada mereka, seorang yang menang perkara pada hakekatnya adalah kalah perkara, karena yang mahal dibarengi dengan pemborosan waktu yang sia-sia.

Voltair[14] "*I was ruined but twice, one when I won a lawsuit and when I lost one".* Pihak yang berperkara di Peradilan mengalami kehancuran dua kali, pertama kalau kalah perkara dan kedua kalau menang perkara. Demikian pula pepatah Cina mengatakan"Going to the is losing a cow for the sake of a cat". Kalau seorang pergi berperkara, dia akan kehilangan seekor lembu, hanya untuk memperkarakan seekor kucing. Serta "*A lawsuit breeds ten years hatred".* Berperkara di pengadilan, menanamkan benih benci selama sepuluh tahun.[15]

Selanjutnya Peter Lovenheim[16] mengatakan: " sistem peradilan dalam menyelesaikan perkara tidak dirancang untuk menyelesaikan masalah orang yang berperkara. Tujuan mengadili perkara di pengadilan adalah menemukan kebenaran, namun kebenaran yang ditemukan adalah sangat kabur karena hanya diungkapkan dalam perkataan "salah" (guilty) atau "tidak bersalah" (not guilty) maupun melanggar perjanjian (not breach of contract), pelanggaran (violation) atau tidak pelanggaran hukum (not violation of law).

Akibat adanya kelemahan-kelemahan dalam penyelesaian sengketa Litigasi tersebut[17], dan Pemikiran untuk menyelesaikan sengketa secara sederhana, cepat,

---

[14]***Ibid***

[15] ***Ibid***

[16]***Ibid***

[17]I Made Sukardana, ***Mediasi Peradilan*****,** prestasi pustaka,2012, h.9 baca Juga Konsideran Perma No. 2 tahun 2003 bahwa pengintegrasian mediasi ke dalam proses beracara di pengadilan dapat menjadi salah satu instrumen efektif mengatasi kemungkinan penumpukan perkara di pengadilan.

dan biaya murah, serta mengandung nilai keadilan, kemudian melahirkan pemikiran tentang penyelesaian sengketa melalui proses nonformal (Non Litigasi). Khususnya mengenai penyelesaian perkara perdata, melalui Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, yang sebelumnya juga telah diatur dalam ketentuan Pasal 3 Ayat (1) Penjelasan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004, yang memberikan peluang alternatif untuk penyelesaian sengketa secara damai diluar pengadilan yang lazim disebut Alternatif Penyelesaian Sengketa. Penyelesaian sengketa diluar pengadilan ini juga sebelumnya telah diatur dalam Pasal 3 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970, yang telah dijadikan dasar hukum pembentukan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Beberapa produk hukum yang mengatur tentang penyelesaian sengketa di luar pengadilan melalui mediasi secara parsial/terbatas(dalam) hal timbul suatu persengketaan) adalah:

1. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, (dalam Pasal 45).
2. Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (dalam Pasal 74)
3. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang,(dalam Pasal 12).
4. Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merk,. (dalam Pasal 84)
5. Undang-Undang Nomor 14 tahun 2001 tentang Paten,(dalam Pasal 124)
6. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri (dalam Pasal 47)
7. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2004 tentang Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial (dalam Pasal 4 dan Pasal 5).
8. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup dalam Pasal 85).

Dari berbagai produk hukum penyelesaian sengketa yang ada,nampak adanya usaha dari negara (politik Hukum) untuk menghadirkan produk hukum yang dapat memberikan keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan dalam

penyelesaian sengketa. Namun usaha-usaha tersebut belum memenuhi harapan para pihak dalam penyelesaian sengketa yang terkesan hukum penyelesaian sengketa di Indonesia berorientasi pada pemilahan jenis sengketa serta cara penyelesaiannya (parsial/terbatas) dan belum menyentuh kondisi sosial dari masyarakat di Indonesia.

Pentingnya pembangunan hukum khususnya dalam bidang penyelesaian sengketa dengan memperhatikan kondisi sosial masyarakat di kemukakan oleh M. Rogers[18] bahwa negara-negara berkembang perlu meneliti dan memperhatikan aspek-aspek sosio-kultural dari masalah-masalah pembangunan, termasuk yang berkaitan dengan sikap, persepsi, kepercayaan, nilai-nilai yang hidup.

Pendapat Rogers di atas, merupakan persoalan-persoalan mendasar yang perlu mendapatkan perhatian, karena berhasil atau gagalnya pembangunan termasuk pembangunan hukum karena dimensi sosio-budaya atau kearifan lokal seringkali diabaikan.

Kedua,walaupun peradilan adat (swapraja) telah dihapuskan akan tetapi diberbagai komunitas yang ada di Indonesia tetap melaksanakan penyelesaian sengketa melalui lembaga adat. Hal ini didukung oleh hasil penelitian Bank Dunia, bahwa sebagian besar warga Indonesia mendapatkan keadilan melalui mekanisme penyelesaian sengketa secara informal di komunitasnya.[19]

Salah satu fungsi lembaga adat adalah menjaga suasana harmonis di masyarakat tetap terpelihara dengan baik sehingga di dalam menyelesaikan

---

[18]M. Rogers, dalam Sanapiah Faisal, "Etos Kerja Petani Dalam Perspektif Budaya Suku Sumbawa", Studi Kasus Di Desa Poto, Kecamatan Moyo Hilir, Kabupaten Sumbawa", ***Disertasi***, Malang: Universitas Negeri Malang. 1999. h. 46.

[19]Rachamadi Usman, ***Pilihan penyelesaian sengketa di Luar Pengadilan***, citra aditya Bakti, Bandung, 2013.h. 195.

sengketa yang terjadi, baik sengketa perdata atau perkara pidana, Lembaga Adat wajib untuk menyelesaikannya. Tentang hal tersebut, Soepomo[20] menyatakan:

> Hukum adat tidak mengadakan pemisahan antara pelanggaran hukum yang mewajibkan tuntutan memperbaiki kembali hukum di dalam lapangan hukum pidana dan pelanggaran hukum yang hanya dapat dituntut dilapangan hukum perdata.
> …apabila terjadi suatu pelanggaran hukum, maka petugas hukum menggambil tindakan konkret guna membentulkan hukum yang dilanggar itu.

Akan tetapi kewenangan lembaga adat dalam menyelesaikan perkara pidana menurut hukum adat memunculkan terjadinya kesenjangan antara hukum yang hidup dalam masyarakat dan hukum yang berasal dari negara, seperti dalam penyelesaian perkara pidana oleh Lembaga Adat Tolaki. Dalam perkara pidana yang dilakukan oleh Seorang murid SMA bernama Tauwi pada Tanggal 5 September 1985 yang terbukti melakukan perbuatan asusila terhadap S.R Atas perbuatannya itu Tauwi oleh Lembaga Adat Tolaki kesatuan masyarakat adat suku Tolaki memutuskan bahwa Tauwi bersalah melanggar "norma adat sehingga oleh Kepala Adat ditetapkan suatu *"reaksi adat"* berupa *"peohala"* (Berutang), yaitu Tauwi harus membayar seekor kerbau dan satu *piece* kain kaci. Hukuman Adat (reaksi adat) yang dijatuhkan oleh Lembaga Adat Tolaki masyarakat Adat Suku Tolaki telah dilaksanakan oleh Tauwi. Akan tetapi masalah tersebut di sidik lagi oleh Kepolisian dan selajutnya diserahkan kepada pihak kejaksaan. Kemudian oleh pihak kejaksaan perkara tersebut dilimpahkan ke Pengadilan Negeri Kendari dimana terdakwa didakwa dengan dakwaan telah melanggar tindak pidana berupa **dakwaan primair** melanggar Pasal 53 jo Pasal 285 KUH Pidana, **dakwaan**

[20]Soepomo, Bab-Bab Tentang Hukum Adat, Pradnya Paramita, Jakarta,2000,h.112

subsidair melanggar Pasal 281 Ayat (1) ke-1e KUH Pidana dan **dakwaan lebih subsidair lagi** melanggar Pasal 5 Ayat 3 sub b Undang-Undang Drt. Nomor 1 Tahun 1951.

Hakim Pengadilan Negeri Kendari melalui putusan tertanggal 15 Juni 1987 No. 17/PID/B/1987/PN.Kdi menjatuhkan putusan dan menyatakan bahwa Terdakwa Tauwi terbukti secara sah dan meyakinkan telah bersalah atas "*Dakwaan Lebih Subsidair Lagi*" melakukan tindak pidana adat memperkosa. [21]

Atas Putusan Hakim Pengadilan Negeri Kendari, Tauwi mengajukan banding ke Pengadilan Tinggi Kendari, Hakim Banding memperbaiki Putusan Hakim Pengadilan Negeri Kendari mengenai kualifikasi perbuatan pidananya, dengan menyatakan terdakwa Tauwi terbukti bersalah melakukan perbuatan pidana adat siri.[22]

Putusan Pengadilan Tinggi tersebut oleh Terdakwa Tauwi mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung RI.Mahkamah Agung Republik Indonesia melalui putusan Tanggal 15 Mei 1991 Nomor: 1644 K/Pid/1988) berpendirian bahwa putusan judex facti dinilai sebagai putusan yang salah menerapkan hukum sehingga putusan pengadilan tinggi harus dibatalkan. Pendirian Mahkamah Agung ini didasari oleh pertimbangan hukum yang intisarinya sebagai berikut:

> "... keberatan pemohon kasasi (terdakwa) dapat dibenarkan oleh Mahkamah Agung. Terdakwa yang oleh Kepala Adat harus membayar seekor kerbau dan satu piece kain kaci karena telah melakukan pelanggaran adat itu adalah merupakan suatu hukumanadat (sanksi adat). Hukuman mana telah diikuti oleh terdakwa Tauwi. Hukuman adat tersebut adalah sepadan dengan kesalahan terhukum, sehingga menurut Pasal 5 ayat (3) Undang-Undang

---

[21] Pontang Moerad B.M. ***Pembentukan Hukum Melalui putusan pengadilan dalam perkara Pidana***, Alumni, Bandung, 2005,h. 290.

[22]***ibid***, h.291

No. 1/Drt/1951, terdakwa tidak dapat dijatuhi hukuman pidana lagi oleh Pengadilan".[23]

Walaupun akhirnya Terdakwa Tauwi dibebaskan oleh Mahkamah Agung, akan tetapi Tauwi telah menjalani suatu proses hukum mulai dari penyidikan, penuntutan, serta penahanan yang membuat Tauwi harus kehilangan waktu, biaya dan juga terpaksa harus berhenti dari sekolah.

Munculnya permasalahan dalam penyelesaian sengketa oleh Lembaga Adat seperti tersebut diatas oleh Satjipto Raharjo menyatakan:[24]Bahwa hukum negara memiliki *legitimasi* kekuasaan yang sangat luas, yang lazim disebut kedaulatan. Hukum berdaulat di suatu wilayah dan dengan kedaulatan itu ia meminggirkan sekalian institut ketertiban yang semula ada dalam wilayah tersebut. Hukum yang berdaulat itu tidak membiarkan kehadiran tatanan lain, kecuali atas izinnya. Hukum tampil memegang *hegemoni* dengan hampir membabat habis komunitas-komunitas tatanan yang telah ada jauh sebelum kehadiran hukum modern. *Legitimasi* tersebut memberi peluang dan kekuasaan kepada hukum, yang akan disebut sebagai hukum negara, untuk melakukan konsolidasi kekuasaan dengan menentukan sendiri apa yang bisa dan yang akan dilakukan hukum. Maka ia mulai dengan mengeluarkan sejumlah besar peraturan yang berlaku untuk seluruh wilayah kekuasaannya. Hukum membentuk badan pembuat peraturan dan hanya peraturan yang dihasilkan oleh badan tersebut yang memiliki kekuatan berlaku. Di luar itu tidak ada hukum, kecuali memperoleh izin dari hukum negara tersebut rezim tatanan yang telah ada

---

[23]***ibid***,h. 292

[24]Satjipto Raharjo, ***Biarkan Hukum Mengalir***, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2007 h. 24-25

sebelum kehadiran hukum negara, seperti adat, hanya akan tetap berlaku, apabila hukum tegas-tegas memberi izin untuk itu.

Hukum juga membangun sarana kelengkapan, seperti prosedur menjalankan hukum, administrasi dan personel khusus. Oleh negara juga disiapkan sejumlah institusi yang akan mendukung dan mengoperasikan hukum itu, seperti pengadilan, kepolisian, kejaksaan, pemasyarakatan dan lain-lain. Maka, membicarakan sebuah institut seperti itu adalah juga membicarakan suatu jejaring kekuasaan dari kekuatan yang hebat. Dengan kekuasaan dan kekuatan yang demikian itu, hukum semakin merangsek memasuki dunia kehidupan manusia. Hukum modern memasuki hampir sekalian ranah kehidupan manusia dan membangun bentuk ketertiban yang dikehendakinya. Hukum sudah melakukan *intervensi* ke dalam proses dan suasana alami kehidupan manusia. Kehidupan manusia tidak lagi sepenuhnya mandiri dan alami, melainkan sudah berubah menjadi kehidupan yang dirancang dan dibentuk oleh hukum.[25]

Ketiga, jika terjadi sengketa penyebabnya dapat dikategorikan kedalam sengketa perdata atau perkara pidana, akan tetapi suatu perkara atau sengketa sering bersinggungan secara bersama-sama antara Hukum Pidana dan Hukum Perdata, kalau suatu perbuatan pidana menimbulkan kerugian perdata maka seseorang dapat dituntut pertanggungjawaban menurut hukum Perdata dan menurut hukum Pidana.[26] Hal tersebut tidak sesuai dengan Pasal 2 ayat 4, Undang-Undang Nomor

---

[25]***ibid***

[26]Tentang Klasifikasi Hukum publik dan hukum privat, hukum pidana adalah merupakan hukum publik dan hukum perdata adalah hukum privat oleh Van Apeldoorn dalam bukunya ***Inleiding,***h.132 bahwa batas yang tajam antara hukum publik dan hukum privat tidak dapat ditarik karena kedua-duanya, pada hakekatnya bertujuan untuk kepentingan umum. Demikian pula Scholten dalam bukunya ***Algemeen Deel***,h.26 bahwa tidak ada pemisahan antara hukum Publik dan

48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang menghendaki peradilan yang cepat, adil dan biaya ringan. Penjelasan Pasal 2 ayat 4, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 bahwa peradilan harus memenuhi harapan dari pencari keadilan yang selalu menghendaki peradilan yang cepat, adil dan biaya ringan. Tidak diperlukan pemeriksaan dan acara yang berbelit-belit yang dapat menyebabkan proses sampai bertahun-tahun, bahkan kadang-kadang harus dilanjutkan oleh para ahli waris pencari keadilan.

Melalui pasal 98 KUHAP tentang penggabungan gugatan perdata kedalam Proses Persidangan perkara pidana dicoba untuk mewujudkan apa yang diharapkan, yaitu suatu proses peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan. Namun demikian persoalannya tidak begitu mudah dalam pelaksanaanya. Menurut pasal 100 KUHAP apabila terjadi penggabungan antara perkara perdata dan perkara pidana, maka penggabungan ini dengan sendirinya berlangsung dalam pemeriksaan tingkat banding. Berarti perkara perdatanya baru memperolehkekuatan hukum tetap apabila perkara pidananya sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap. Akibatnya tidak ada putusan perdata atau ganti rugi yang dapat dijalankan jika tidak ada putusan pidana yang bersifat tetap.

Apabila ada suatu perkara penggabungan gugatan ganti rugi terhadap putusan perkara perdatanya terdakwa menerima, tetapi tidak untuk pidananya, maka putusan perdatanya tidak dapat dilaksanakan lebih dahulu menunggu sampai putusan pidananya mempunyai kekuatan hukum tetap. Sebaliknya apabila terdapat

---

hukum perdata. (Sudikno Mertokusumo, ***Mengenal hukum Suatu Pengantar,*** edisi Revisi,Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta,2010,h.169-170).

putusan perkara pidananya terdakwa menerima, tetapi tidak untuk putusan ganti ruginya, terdakwa tidak berhak mengajukan banding. Demikian pula halnya penggugat. Penggugat kehilangan haknya untuk naik banding mengenai putusan ganti rugi apabila terdakwa menerima putusan perkara pidananya. Hal ini sesuai sifat tuntutan ganti rugi itu sendiri yang mengikuti perkara pidananya.

Berbagai persoalan hukum penyelesaian sengketa yang telah dikemukakan diatas, maka menurut penulis keberadaan hukum yang hidup pada masyarakat dalam menyelesaikan berbagai sengketa termasuk dalam hal ini prinsip hukum adat Kalosara yang bersumber dari kearifan lokal sangat beralasan untuk diangkat kepermukaan dalam rangka pembentukan hukum penyelesaian sengketa secara nasional. Dengan demikian dapat memberikan sumbangsih yang berarti bagi kedamaian dan ketentraman dalam masyarakat.[27]

Penelitian Disertasi ini yang berjudul "Prinsip Hukum Adat Kalosara Masyarakat Adat Suku Tolaki Sebagai Dasar Alternetif Penyelesaian Sengketa", memiliki keaslian yang dapat dipertanggungjawabkan, berbagai hasil penelitian yang membahas tentang penyelesaian sengketa dikaitkan dengan aspek hukum adat yang dilakukan oleh para peneliti, dari penelusuran yang telah dilakukan ada beberapa disertasi sebagai pembanding dalam rangka kesempurnaan penulisan disertasi ini, yaitu:

a. Jawahir Thontowi dalam *disertasinya* yang berjudul Law and Custom in Makasar Society : The Interaction of Local Custom and The Indonesian Legal System in Dispute Resolution, meneliti tentang fungsi hukum, dikaitkan dengan

[27]Sudarto, ***Kapita Selekta Hukum Pidana***, Alumni, Bandung, 1986,h.89

budaya kekerasan pada masyarakat Bugis Makasar dalam mempertahankan martabat. Hal ini juga dikaitkan dengan praktek penegakan hukum dan kearifan lokal mengenai penyelesaian konflik pada masyarakat Makassar di Sulawesi Selatan.

Disertasi tersebut menjelaskan bahwa budaya Siri' pada masyarakat Makassar merupakan budaya khas lokal yang mentolerir seseorang membunuh dalam upaya mempertahankan martabat dan kehormatan atau harga diri keluarga. Membunuh karena Siri' dalam adat Hukum Adat Makassar dipandang sebagai kewajiban adat, bukan kejahatan, malah merupakan kebanggaan dan mendapat kehormatan. Namun dalam sistem hukum Nasional, tetap perbuatan membunuh untuk alasan kehormatan dan martabat serta harga diri keluarga, kerabat atau kaumnya, tetap sebagai kejahatan dan bertentangan dengan hukum. Hanya saja kelebihan kasus-kasus Siri' yang bertalian dengan upaya mempertahankan martabat, keluarga seperti kawin lari dan sebagainya dalam proses peradilan betul-betul dijadikan bahan pertimbangan. Sehingga hakim majelis dalam suatu persidangan umumnya sepakat jika pembunuhan Siri' dijadikan alasan peringan hukuman.[28]

b. A. Latief Wiyata (2000) dalam *disertasinya* mengangkat budaya carok pada masyarakat Madura dengan judul disertasi Carok Konflik Kekerasan dan Harga Diri Orang Madura. Kedua hasil penelitian ini nampaknya memiliki kemiripan, namun Wiyata nampak sekali tidak melakukan kajian secara normatif

[28]Jawahir Thontowi, ***Law and Custom in Makassar Society : The Interaction of Local Custom and The Indonesian legal Sistem in Despute Resolution***, Madyan Press, Yogyakarta, 2003.h.5.

berdasarkan hukum yang berlaku, tetapi lebih berusaha mengkritisi budaya carok dari aspek sosiologis antropologis semata. Sebagaimana kesimpulan penelitiannya pada halaman 229 dijelaskan carok adalah institusionalisasi kekerasan dalam masyarakat Madura yang memiliki relasi sangat kuat dengan faktor-faktor struktur budaya. Struktur sosial, kondisi sosial ekonomi, agama dan pendidikan.[29]

Carok sebagai suatu institusionalisasi kekerasan yang secara historis telah dilakukan oleh sebagian masyarakat Madura sejak beberapa abad lalu. Selain mempunyai kaitan dengan faktor-faktor tersebut tampaknya juga tidak dapat dilepaskan dari faktor politik, yaitu lemahnya otoritas Negara/Pemerintah sejak sebelum dan sesudah kemerdekaan mengontrol sumber-sumber kekerasan serta ketidak mampuan memberikan perlindungan terhadap masyarakat akan rasa keadilan. Carok juga merupakan kekurang mampuan para pelaku carok mengapresiasikan budi bahasa oleh karena mereka lebih mengedepankan perilaku-perilaku agresif secara fisik untuk menghilangkan nyawa orang-orang yang dianggap musuh sehingga konflik yang berpangkal pada pelecehan harga diri tidak akan pernah mencapai rekonsiliasi.

Carok selalu dilakukan sebagai (tindakan pembalasan terhadap orang yang melakukan pelecehan harga diri-terutama gangguan terhadap istri (perempuan) yang menyebabkan orang Madura malu.[30]

---

[29]A. Latief Wiyata. ***Carok Konflik Kekerasan dan Harga Diri Orang Madura.***L.Kis,Jogjakarta. 2002, h. 231.

[30]Hal ini menceminkan kekerasan dimonopoli suami (laki-laki) terhadap istri (perempuan). Hal ini ditandai oleh adanya perlindungan secara berlebihan (over protection) terhadap istri (perempuan) seperti tampak pada pola pemukiman taneyan lanjang, tata cara penerimaan tamu (khususnya laki-laki), cara pakaian dan model pakaian (fashion), kebiasaan melakukan perkawinan

Predikat sebagai orang jago merupakan kebanggaan tersendiri bagi para pemenang carok. Oleh karena konsep kebudayaan antara lain mencakup pula sistem ekonomi, dalam arti antara para pendukung kebudayaan saling mempertukarkan simbol-simbol budaya-baik berupa sikap maupun perilaku-bermuatan makna, maka carok bagi sebagian pelakunya dianggap sebagai alat untuk mengkomunikasikan simbol-simbol tentang sikap dan perilaku kekerasan pada lingkungan kerabat dan lingkungan sosialnya.[31] Tindakan carok sangat memungkinkan terjadinya tindakan kekerasan berikutnya. Dalam konteks ini, carok bukan merupakan cara pernyelesaian konflik melainkan lebih merupakan proses reproduksi kekerasan yang akan selalu menimbulkan tindakan-tindakan kekerasan baru (carok turunan).

Memang keberadaan hukum adat mengalami perkembangan yang statis dan posisinya semakin terjepit, dilematis ketika berhadapan dengan politik hukum nasional. Selama masa orde baru nilai-nilai dan rasa keadilan masyarakat tidak pernah mendapat tempat dan pengakuan yang memadai dari pemerintah, malah seiring dengan kebijakan pemerintah menerapkan paham legisme dengan kebijakan kodifikasi dan unifikasi, yaitu hanya mengakui keberadaan hukum tertulis dan hanya ada satu hukum tertulis yang berlaku secara nasional, sehingga dengan sendirinya politik unifikasi dan kodifikasi tersebut seolah-olah membatasi dan malah tidak mengakui eksistensi nilai-nilai hukum dan rasa

---

antar keluarga (klin group endogamy) khususnya melakukan perkawinan di bawah umur, dan sebagainya. ***Ibid.*** h. 232.

[31]Hal ini tampak pada perilaku hampir semua pelaku carok yang dengan sengaja dan pernuh rasa bangga rnenyimpan benda-benda yang pernah dipergunakan ketika melakukan Carok atau dengan sengaja menguburkan korban carok di pekarangan rumah.

keadilan yang hidup dalam masyarakat.

c. Abdurrahman juga pernah melakukan penelitian tentang Hukum Adat Dayak tentang Penyelesaian Sengkcta Lingkungan di Kalimantan Tengah dengan judul Penyelesaian Sengketa Lingkungan Menurut Hukum Adat Dayak di Kalimantan Tengah. Dalam kajian tersebut ia mendeskripsikan peranan hukum adat Dayak yang memiliki kearifan tradisional tidak mampu berhadapan dengan kecanggihan teknologi dan modernisasi Negara. Sementara Penegakan Hukum dalam Penyelesaian Sengketa Lingkungan sangat terbatas dan memiliki kelemahan.[32]

Penyelesaian sengketa lingkungan dianggap ada jika telah terjadi kerusakan lingkungan. Pada aspek yang lain, klaim adanya tuntutan adalah apabila terjadi perselisihan dua pihak atau lebih yang ditimbulkan oleh adanya atau diduga adanya pencemaran dan /atau perusakan lingkungan Hidup.

Penyelesaian kasus sengketa lingkungan secara tradisional menurut ketentuan hukum adat di kalangan masyarakat Dayak hanya terbatas pada kasus-kasus "kecil" dalam bentuk sengketa antara warga masyarakat seperti dalam kasus perladangan, di mana seseorang yang membakar hutan mengakibatkan terbakarnya ladang orang lain. Kepada mereka yang bersalah dikenakan denda adat. Penyelcsaian secara adat dalam hal sengketa besar atau yang melibatkan perusahaan hanya berlaku bilamana pihak "luar" bersedia memenuhi kewajiban adat, yaitu membayar denda adat dan melakukan upacara adat. Dalam kasus-

[32]Abdurrahman, penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup Menurut Hukum Adat Dayak ***disertasi***, Program Pasca sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2002, h. 90.

kasus seperti ini dilakukan penyelesaian dengan melibatkan Bupati Kepala Daerah yang bertindak scbagai pihak ketiga, netral yang tidak mempunyai kewenangan untuk menetapkan keputusan. Namun dengan wibawa dan kewenangannya dapat melakukan penekanan kepada pihak-pihak untuk menyelesaikan sengketanya secara damai.[33]

d. Iswanto (1995)[34] meneliti tentang adanya kecenderungan masyarakat menyelesaikan pelanggaran lalu lintas secara berdamai dengan kewajiban membayar retritusi kepada korban, karena dianggap lebih praktis daripada melalui prosedur hukum formal di pengadilan. Menurut Iswanto dalam disertasi tersebut yang berjudul Retritusi Kepada Korban Mati atau Luka Berat Sebagai Syarat Pidana Bersyarat Pada Tindak Pidana Lalu Lintas Jalan Raya, demi kepastian hukum kiranya perlu diformalkan dalam bentuk putusan pengadilan melalui yurisprudensi guna menghindari malpraktik yang dilakukan oleh oknum penegak hukum (polisi) untuk mengambil keuntungan pribadi. Temuan Iswanto tersebut jika dikaitkan dengan penelitian ini ada kemiripannya, yaitu dari segi lingkup peristiwa penganiayaan atau perkelahian yang sering diselesaikan oleh masyarakat Banjar secara badamai, perlu diformalkan dalam bentuk putusan pengadilan melalui yurisprudensi atau putusan hakim dalam artian putusan adat badamai dapat dijadikan sebagai legitimasi pertimbangan untuk memberatkan atau meringankan putusan. Meskipun peristiwa

---

[33]***Ibid***,h. 488-489.

[34]Iswanto, Retritusi Kepada Korban Mati atau Luka Berat Sebagai Syarat Pidana Bersyarat Pada Tindak Pidana Lalu Lintas Jalan Raya, Ringkasan ***Disertasi***, Program Pasca Sarjana Fakultas HukumUniversitas Gajah Mada, Jogjakarta. 1995, h. 44.

pelanggaran lalu lintas agak berbeda dengan kasus pidana.

e. Idrus Abdullah dipromosikan di program Doktor Universitas Indonesia pada tanggal, 10 Agustus 2002 tentang "Penyelesaian Sengketa Melalui Mekanisme Pranata Lokal Studi Kasus Dalam Dimensi Pluralisme Hukum Pada Area Suku Sasak Di Lombok Barat". Yang pada intinya yaitu menemukan dan menganalisis prosedur-proseduryang mendasari penyelesaian sengketa di luar pengadilan pada masyarakat Suku Sasak Nusa Tenggara Barat. Dengan maksud mencari jawab, bagaimana warga masyarakat suku Sasak, khususnya suku Sasak di lingkungan Peresak Timur dan desa Bayan Lombok Barat, dengan latar-belakang sejarahnya yang berbeda-beda sistem nilai budaya dan latar sejarahnya, menyelesaikan sengketa-sengketa hukum yang timbul diantara mereka tanpa harus terfokus kepada lembaga peradilan formal. Keanekaragaman nilai-nilai budaya yang melingkupi kehidupan sosial masing-masing komunitas merupakan fenomena sosial yang menarik untuk dipahami, ditekuni, kemudian dicari "benang merah" persamaan dan perbedaannya.

f. Nyoman Serikat Putra Jaya di Promosikan di Program Doktor Universitas Indonesia, 2002 dengan judul “Relevansi Hukum Pidana Adat dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional”,yang pada intinya menjelaskan penerapan hukum pidana adat Bali dalam praktek pengadilan, sanksi adat dapat memenuhi tujuan pemidanaan serta relevansi hukum pidana adat dalam pembaharuan hukum pidana nasional.

g. Ahmadi Hasan dipromosikan di program Doktor Universitas Islam Indonesia pada tahun 21 juli 2007. Dengan judul disertasi "Penyelesaian Sengketa Hukum

Berdasarkan Adat Badamai Pada Masyarakat Banjar Dalam Kerangka Sistem Hukum Nasional", Yang pada intinya menjelaskan mengenai eksistensi dan peranan adat badamai dalam penyelesaian sengketa dalam perkara perdata maupun dalam aspek pidana, serta politik hukum Nasional dalam menyelaraskan antara pola penyelesaian sengketa dengan adat badamai dengan sistem hukum nasional.

h. I Made Sukadana dipromosikan di program Doktor Universitas Brawijaya angkatan tahun 2007/2008 tentang "Mediasi Dalam Sistem Peradilan Perdata Dalam Rangka Mewujudkan Proses Peradilan Yang Sederhana, Cepat, Dan Biaya Ringan", yang pada intinya membahas mengenai esensi mediasi dalam penyelesaian sengketa perdata yang terintegrasi ke acara Peradilan adalah Keadilan yaitu memenuhi keinginan kedua belah pihak, tidak ada yang merasa dikalahkan apalagi direndahkan, kedua pihak merasa dihormati sehingga memenuhi esensi ego manusia yang paling dalam yaitu kejayaan untuk selalu dihormati, selalu lebih unggul dari manusia lainnya. Esensi mediasi tersebut sesuai dengan asas musyawarah untuk mufakat yang merupakan cita hukum bangsa Indonesia untuk menuju harmonisasi sosial. Terintegrasinya mediasi ke proses atau acara peradilan memperkuat fungsi pokok peradilan yang bersifat ajudiksi. Mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa di luar peradilan menurut UU No. 30 1999 dapat dan sangat bermanfaat digunakan dalam proses peradilan, sebagai cara yang terintegrasi ke acara peradilan, mediasi memiliki keunggulan spesifik yaitu mampu menghasilkan putusan tanpa menyisakan masalah, bersifat final dan mengikat, bertitel eksekutorial, mewujudkan proses

peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan, sehingga akan mengurangi derasnya laju perkara ke pengadilan khususnya ke Mahkamah Agung.

i. Ruliah dipromosikan di Program Doktor Universitas Hasanuddin pada Tanggal 12 Agustus 2013 tentang Hakikat Nilai Kalosara pada Suku Tolaki sebagai Sumber Kesadaran Hukum Masyarakat. Yang pada intinya yaitu menemukan dan menganalisis karakter Nilai Hukum Kalosara dalam aplikasinya sebagai budaya hukum dan sebagai sumber kesadaran hukum masyarakat, implementasi nilai hukum Kalosara dalam perda Kota Kendari serta implementasi nilai hukum *Kalosara* sebagai sumber kesadaran hukum dalam kehidupan masyarakat Suku Tolaki. Melalui pendekatan metode penelitian sosial Ruliah menemukan Karakter nilai hukum keadilan *Kalosara* adalah keadilan substantif, dimana sanksi adat yang dijatuhkan tidak hanya dirasakan oleh pelaku, tetapi juga dirasakan oleh keluarga bahkan kampung ataupun negeri dapat merasakan secara batiniah sanksi *Kalosara.* Karakter nilai hukum kemanfaatan *Kalosara* tercermin pada kehidupan masyarakat Tolaki terikat oleh solidaritas akan persamaan, kepentingan dan kesadaran sebagai ciri komunal dan magis religius. Adapun karakter nilai kepastian hukum Kalosara terwujud pada keyakinan warga bahwa sanksi adat yang dijatuhkan benar-benar telah mewakili rasa *utility* masyarakat Tolaki, sehingga warga dapat mawas diri untuk tidak melakukan pelanggaran hukum adat Tolaki. Hal inilah menjadikan *Kalosara* berkarakter nilai hukum.Terkait nilai hukum *Kalosara* yang di kongkretkan dalam norma-norma hukum pertanahan, perkawinan, kewarisan, kekerabatan, pidana dan acara adat, ternyata belum semua materi ini

terakomodasi di dalam perda, seperti pelaksanaan perkawinan adat dan kewarisan adat belum sama sekali terakomodasi di dalam perda. Kesadaran hukum Masyarakat Adat Tolaki berada pada tatanan ketaatan *internalization* karena didasarkan pada nilai-nilai intrinsik yang dianut oleh nenek moyang Masyarakat Adat Tolaki yang tercermin pada perilaku hukum Masyarakat Adat Tolaki.

Berbeda dengan penelitian Jawahir Thontowi, A. Latief Wiyata, Abdurrahman, Iswanto, Idrus Abdullah, Ahmadi Hasan, I Made Sukadana, Nyoman Serikat Putra Jaya dan Ruliah fokus penelitian disertasi ini adalah berupaya menemukan prinsip dan mekanisme Hukum adat Kalosara sebagai Alternatif penyelesaian sengketa pada Masyarakat adat Suku Tolaki, sebagai cara untuk menemukan konsep hukum sebagai dasar penyelesaian sengketa nasional yang berkeadilan serta berbasis kearifan lokal.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, maka pokok permasalahan tentang Prinsip Hukum Adat *Kalosara* Sebagai dasar Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah:

a. Prinsip hukum adat Kalosara Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Suku Tolaki.
b. Model penyelesaian sengketa Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Suku Tolaki.

1.3 Tujuan Penelitian

Berdasarkan latar belakang masalah tentang perlunya antisipasi terhadap

kebijakan (politik) Hukum di Indonesia khususnya dalam merujuk pada prinsip-prinsip hukum adat dalam bidang penyelesaian sengketa dan rumusan masalah yang hendak diteliti, maka tujuan penelitian ini adalah:

a. Untuk menganalisis dan menemukan prinsip hukum adat kalosara Kesatuan Masyarakat Hukum adat suku Tolaki sebagai dasar alternatif penyelesaian sengketa.
b. Untuk menganalisis serta menemukan model penyelesaian sengketa Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Suku Tolaki.

1.4.Manfaat penelitian

Secara teoritik, penelitian dalam disertasi ini memberikan manfaat:

a. memahami prinsip hukum adat Kalosara Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Suku Tolaki dan penerapannya dalam putusan pengadilan dan Putusan Lembaga Adat Tolaki yang terkait dengan penyelesaian sengketa Perdata dan atau perkara Pidana untuk kepentingan hukum penyelesaian sengketa nasional.
b. memahami perlunya mekanisme dan model penyelesaian sengketa Lembaga Adat Tolaki yang terumuskan dalam peraturan hukum terhadap penyelesaian sengketa pidana dan perdata untuk kepentingan pembangunan hukum penyelesaian sengketa nasional yang berbasis kearifan lokal, sebagai akibat adanya kelemahan-kelemahan dalam penyelesaian sengketa dengan cara litigasi.

Dalam kepentingan praktis, hasil penelitian dalam disertasi ini diharapkan memberikan manfaat:

a. sebagai sumbangan pemikiran dalam penyusunan peraturan perundangan (legal drafting) yang terkait dengan penyelesaian sengketa untuk kepentingan para pihak yang bersengketa guna mewujudkan ketertiban dan kedamaian yang berkeadilan didalam masyarakat dan negara.
b. sebagai masukan dan sekaligus memperkaya bahan hukum dalam memecahkan persoalan-persoalan hukum yang muncul terkait dengan hukum penyelesaian sengketa untuk kepentingan pembangunan hukum penyelesaian sengketa nasional.

1.5 Kerangka Konseptual

Konsep atau pengertian adalah isi pikiran yang dimunculkan oleh sebuah perkataan tertentu jika sebuah obyek atau seseorang pribadi memperoleh sebuah nama. Jadi perkataan itu adalah nama (tanda Bahasa) untuk obyek atau orang,[35] konsep atau pengertian adalah apa yang timbul dalam pikiran kita sebagai arti dari perkataan, mengingat penunjukan perkataan itu pada obyek atau orang tertentu.[36]

Pembentukan konsep atau pengertian memberikan kemungkinan untuk memberikan dimensi universal pada pengetahuan teoritikal dan praktikal yang terkumpul, sebab pengertian-pengertian dapat diterjemahkan ke dalam berbagai bahasa, sejauh bahasa-bahasa yang bersangkutan mungkin untuk itu.[37]

Cara menjelaskan suatu konsep atau pengertian adalah dengan melalui definisi, sebagaimana yang dikemukakan oleh Bruggink bahwa maksud sebuah definisi adalah untuk menentukan batas-batas suatu pengertian secermat mungkin,

---

[35] J.J.H.Bruggink,***Refleksi tentang Hukum*****,** alih bahasa Arief Sidarta,Citra Aditya Bakti, Bandung,1999,h.46

[36]***ibid***

[37]***Ibid*** h.48

sehingga jelas bagi tiap orang dalam setiap keadaan, apa yang diartikan oleh pembicara atau penulis dengan sebuah perkataan istilah tertentu. Jika ia sesudahnya menggunakan perkataan atau istilah itu, maka sudah pasti apa yang ditunjuk dengan perkataan itu.[38] Apa yang dikemukakan Bruggink tersebut diatas sangatlah diperlukan adanya suatu konsep yang jelas khususnya dalam hukum, karena hal itu akan dapat memberikan kepastian hukum.

Untuk mendukung penelitian ini terdapat beberapa konsep yang akan digunakan sebagai dasar penelitian yaitu pertama **Konsep Kesatuan Masyarakat Hukum adat, prinsip hukum, konsep keadilan dan Konsep alternatif penyelesaian sengketa.**

1.5.1 Kesatuan Masyarakat Hukum Adat

Van Vollenhoven menyatakan bahwa tatkala kapal-kapal dagang Belanda pertama kali membuang sauh pada penghubung abad XVI di Nusantara, yang mereka jumpai bukanlah kawasan yang tidak bertuan melainkan penuh dengan lembaga kemasyarakatan dan tatanan kekuasaan yang diperintah oleh kerabat, berbentuk perserikatan, republik, dan kerajaan-kerajaan. Lembaga kemasyarakatan dan tatanan kekuasaan dibawah kerabat, yang berbentuk perserikatan, republik atau pun kerajaan itulah yang secara keseluruhan merupakan masyarakat hukum atau lebih tepat disebut persekutuan hukum (rechtsgemeenschappen).[39]

---

[38]***Ibid***. h.71

[39]Van Vollenhoven dalam Suriyaman Mustari Pide, ***Dilema Hak Kolektif Eksistensi dan Realitas Sosialnya Pasca-UUPA***, Pelita Pustaka, Jakarta,2007, h.64

Konsep persekutuan hukum yang dikemukakan oleh Van Vollenhoven tersebut di atas diperinci lagi oleh Ter Haar dalam bukunya *Beginselen en stelsel Van het adatrecht* menyatakan:

> *"... geordende groepen van blijvend karakter met eigen bewind en eigen materieel en immaterieel vermogen".*[40]

Bahwa Persekutuan Hukum adat adalah kelompok masyarakat yang teratur, menetap disuatu daerah tertentu, mempunyai kekuasaan sendiri, dan mempunyai kekayaan sendiri, baik yang berwujud ataupun tidak berwujud, dimana para anggota kesatuan masing-masing mengalami kehidupan dalam masyarakat sebagai hal yang wajar menurut kodrat dan tidak seorang pun diantara para anggota itu mempunyai pikiran atau kecenderungan untuk membubarkan ikatan yang telah tumbuh itu atau meninggalkannya dalam arti melepaskan diri dari ikatan itu untuk selama-lamanya.[41]

Hazarin[42] dalam uraian yang relatif panjang memberikan definisi kesatuan masyarakat Hukum adat, sebagai kesatuan-kesatuan kemasyarakatan yang mempunyai kelengkapan-kelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri yaitu mempunyai kesatuan hukum, kesatuan penguasa dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan air bagi semua anggotanya. Kesatuan masyarakat Hukum adat terbentuk berdasarkan hukum kekeluargaan (patrineal, matrineal, atau bilateral) dan berlandaskan atas pertanian, peternakan, perikanan dan pemungutan hasil hutan dan hasil air, ditambah sedikit dengan perburuan

---

[40] Ter Haar Bzn, ***Beginselen en stelsel Van het adatrecht***, Gorningen-Jakarta:J.B. Wolters,1950,h.16.

[41] Bushar Muhammad, ***Asas-asas Hukum adat Suatu pengantar***, Pradnya Paramita, Jakarta,1988, h.30.

[42] Soerjono Soekanto, Hukum adat Indonesia, Rajawali Pers, Jakarta, *h.93*

binatang liar, pertambangan dan kerajinan tangan. Semua anggotanya sama dalam hak dan kewajibannya. Penghidupan mereka berciri: komunal, di mana gotong royong, tolong menolong, serasa dan semalu mempunyai peranan yang besar." Adapun Kesatuan Masyarakat hukum adat yang dimaksud oleh Hazairin adalah Desa di Jawa, marga di Sumatera Selatan, Nagari di Minangkabau, Kuria di Tapanuli, Wanua[43] di Sulawesi Selatan.

Suryaman Mustari Pide[44] membedakan persekutuan hukum yang berbentuk kerajaan dan persekutuan hukum rakyat, walaupun perbedaan itu lebih bersifat perbedaan tingkatan daripada perbedaan yang mendasar. Pada persekutuan bentuk kerajaan, kekuasaan terpusat pada pribadi raja sebagai pemilik kekuasaan , raja dan kerajaannya adalah satu, segala sesuatu dalam kerajaannya adalah miliknya, dan secara teoritis kekuasaannya tidak terbatas.

Pada zaman Hindia Belanda Kedua persekutuan hidup tersebut dikenal dengan istilah *Zelfbestuur* atau *Swapraja* dan *Inlandsch Gemeente* . *Zelfbestuur* atau *Swapraja* adalah merupakan kerajaan asli yang terdapat di Nusantara ini yang tetap diakui keberadaannya oleh Pemerintah Hindia Belanda. Walaupun sebenarnya kurang tepat jika dikatakan bahwa semua Swapraja itu merupakan kerajaan asli yang diakui oleh pemerintah Hindia Belanda, karena ada swapraja-swapraja yang merupakan bagian dari kerajaan asli tetapi karena menyatakan tunduk dan bekerja sama dengan pemerintah Hindia Belanda lalu dikerajaankan oleh Pemerintah Hindia Belanda, atau ada kerajaan yang tidak tunduk atau bekerjasama dengan

---

[43]Istilah wanua (Wonua dalam Bahasa Tolaki) pada Kesatuan Masyarakat adat Suku Tolaki adalah suatu wilayah kerajaan yang merupakan gabungan beberapa Tobu yang dipimpin oleh Mokole.

[44] Suriyaman Mustari Pide,***Op. cit***. *h.69*

pemerintah Hindia Belanda digabung kedalam swapraja atau kerajaan tetangganya.[45]

Setelah Indonesia merdeka keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat berdasarkan kerajaan digambarkan melalui penjelasan Undang-undang dasar 1945 (sebelum dilakukan amandemen), bahwa ada kurang lebih 250 Zelfbestuurrende land-schappen yang merupakan wilayah-wilayah kesultanan/kerajaan yang bersifat Otonom (daerah Swapraja) di Indonesia.

Persekutuan hukum rakyat atau *Inlandsch Gemeente* ini kalau di Jawa-Madura disebut Desa. Sedangkan di Daerah Seberang, *Inlandsch Gemeente* ini mempunyai ragam dan bentuk yang beraneka macam. Oleh karena itu orang Belanda biasa memberi sebutan yang seragam, yaitu Persekutuan Hukum atau Persekutuan Adat (Rechts-of adats gemeenschap).[46] Pada persekutuan hukum tesebut, kekuasaan berpusat pada penghulu rakyat walaupun tidak bersifat mutlak. Tentang hal ini Soepomo memberikan contoh:[47] Di Minangkabau famili adalah suatu persekutuan hukum, karena famili di Minangkabau diketuai oleh seorang penghulu andiko dan terdiri dari beberapa bagian yang disebut rumah atau jurai dan dikepalai oleh seorang tungganai atau mamak kepala waris. Satu jurai terdiri dari beberapa nenek dengan anak-anaknya (laki-laki dan perempuan) serta saudara-saudaranya laki-laki dan perempuan. Famili tersebut bertindak sebagai kesatuan terhadap famili lain, terhadap Desa (Nagari), ditempat mereka tinggal, terhadap orang-orang asing dan terhadap pemerintah atasan. Selain menjadi kesatuan famili

---

[45] Usep Ranawijaya,1955,h.5 dalam Koerniatmanto Soetoprawiriro, ***ibid***,h. 81-82

[46] Koerniatmanto Soetoprawiro, ***Pemerintah dan Peradilan di Indonesia***, Citra Aditya bakti, Bandung, 1994,h. 68.

[47] Soepomo,O***p.cit***.h.50-51

di Minangkabau mempunyai harta pusaka yang diurus oleh penghulu andiko dan mempunyai gelar famili yang dipakai oleh orang yang mewakili famili itu dan yang tidak boleh dipakai oleh famili-famili lain.

Tidak ada seorang pun yang mempunyai pikiran akan kemungkinan pembubaran persekutuan famili di Minangkabau. Persekutuan itu mungkin berakhir, yaitu menjadi punah, oleh karena semua anggotanya meninggal dunia. Mungkin pula famili di Minangkabau terpecah menjadi beberapa famili yang kecil-kecil, jika jumlah anggotanya menjadi terlalu besar, akan tetapi membubarkan kesatuan famili adalah tidak mungkin.

Seorang anggota famili dapat de facto memutuskan segala ikatan dengan familinya, berhubung ia meninggalkan nagari, tempat tinggal familinya, untuk selama-lamanya. Pun seorang anggota dapat dibuang dari lingkungan famili, oleh karena ia berkelakuan jahat.

Keluarga Jawa, tidak bersifat persekutuan hukum. Sesuatu keluarga Jawa mempunyai harta benda rumah tangga yang tetap ada, meskipun kepala rumah tangga meninggal dunia. Kepala rumah tangga atau kepala keluarga itu mempunyai otoritas terhadap anggota-anggota keluarga (yaitu anak-anaknya sendiri), akan tetapi keluarga Jawa tidak bersifat tetap, keluarga itu akan bubar berhubung anak-anak dari keluarga itu akan berpisah, setelah mereka menjadi dewasa, anak-anak itu akan membentuk keluarga baru. Pun oleh karena percerain, sesuatu persekutuan keluarga dapat bubar.

Desa di Jawa adalah persekutuan hukum, sebab terdiri dari suatu golongan manusia yang mempunyai tata susunan tetap, mempunyai pengurus, mempunyai

wilayah dan harta benda, bertindak sebagai kesatuan terhadap dunia luar dan tidak mungkin desa itu dibubarkan. Kampung di Kota praja di Jakarta, meskipun mempunyai pengurus, tidak bersifat persekutuan hukum, sebab tidak ada tata susunan yang wajar, tidak ada ikatan batin antara para penduduk kampung. Kampung hanya merupakan daerah administratif belaka.

Adanya kesatuan hukum itu menunjukkan bahwa persekutuan hukum itu dikuasai dan dikendalikan oleh sistem hukum adatnya masing-masing, yang ditegakkan oleh kesatuan penguasa yang menunjukan adanya sistem pemerintah sendiri dengan berbagai istilah setempat yang bermakna sama meskipun namanya berbeda. Dengan perangkat-perangkat kelengkapannya itulah mereka menjalankan fungsinya di dalam lingkup kesatuan lingkungan hidup atau wilayah kekuasaannya wilayah kekuasaan itu menunjukan suatu yang berindikasi teritorial.

Kepala rakyat menurut Soepomo[48] adalah bapak masyarakat, yang mengetuai persekutuan sebagai suatu keluarga besar, memimpin pergaulan hidup, memelihara dan menjaga kehidupan hukum agar berjalan dengan selayaknya. Aktifitasnya bersama pembantunya meliputi seluruh lapangan dalam kehidupan masyarakat. Tidak hanya yang menyangkut penyelenggaraan tatausaha badan persekutuan seperti urusan jalan, gawe desa dan urusan tanah, tetapi juga terlibat dalam penyelesaian masalah perkawinan, kewarisan, pemeliharaan anak yatim dan sebagainya.

Berdasarkan hal tersebut diatas, maka unsur-unsur kriteria ekstensial Kesatuan Hukum masyarakat Adat baik yang berbentuk kerajaan maupun kesatuan

[48]Soepomo, ***Op.cit***. h.65-66

rakyat menurut sistem hukum adat adalah: a) tatanan kelompok yang bersifat Tetap; b) dengan kekuasaan (penguasa) Sendiri; c) kekayaan materiel dan bukan Materiel.

Kesatuan masyarakat hukum adat berdasarkan kerajaan dan kesatuan masyarakat berdasarkan rakyat terbentuk berdasarkan faktor-faktor (a) teritorial, (b) genealogis; dan (c) genealogis-teritorial. Kesatuan Masyarakat hukum adat yang dipengaruhi oleh faktor teritorial disebut persekutuan hukum teritorial yang dapat dibedakan atas dorpgemeenschap atau masyarakat Dusun, streekgemeenschap atau masyarakat wilayah dan dorpenbond atau gabungan desa.

Dengan demikian, Kesatuan Masyarakat Hukum Adat adalah sekelompok Orang yang hidup bersama karena ikatan yang bersifat territorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional, tinggal dalam satu kawasan tertentu yang jelas batas-batasnya, mempunyai kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adat, mempunyai kelembagaan penyelesaian sengketanya, memiliki perangkat norma-norma Hukum adat dan memilki harta kekayaan atau benda-benda adat materiil dan immaterial.

1.5.2 Prinsip Hukum

Dalam berbagai literatur ditemukan adanya berbagai pendapat mengenai apa yang dimaksud dengan prinsip hukum atau asas hukum. J.H.P. Bellefroid sebagaimana dikutip oleh Peter Mahmud Marsuki[49] menyatakan bahwa peraturan-peraturan hukum yang berlaku umum dapat diuji oleh aturan-aturan pokok. Aturan-

[49] Peter Mahmud Marzuki,***Penelitian Hukum***, Prenada Media, Jakarta,2005, h.78

aturan pokok tersebut tidak perlu diuji lagi. Di atas aturan-aturan pokok tersebut tidak ada lagi aturan. aturan-aturan pokok inilah yang disebut sebagai asas-asas hukum. Asas-asas hukum tersebut menampakan diri kepermukaan melalui aturan-aturan hukum. Didalam setiap aturan hukum dapat dilacak asas hukumnya.

Paul Scholten sebagaimana dikutip oleh Bruggink[50] menguraikan asas hukum sebagai pikiran-pikiran dasar, yang terdapat didalam dan dibelakang sistem hukum masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan perundang-undangan dan putusan hakim, yang berkenaan dengan ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya.

Sudikno Mertokusumo[51] mengemukakan bahwa asas hukum atau prinsip hukum bukanlah peraturan hukum yang konkrit, melainkan merupakan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan konkrit yang terdapat didalam dan dibelakang sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat diketemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkrit tersebut.

Selanjutnya Sudikno mengemukakan bahwa asas hukum bukanlah kaedah hukum yang konkrit melainkan merupakan latar belakang peraturan konkrit dan bersifat umum atau abstrak. Memang pada umumnya asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkrit atau pasal-pasal, akan tetapi tidak jarang asas hukum itu dituangkan dalam peraturan yang konkrit seperti misalnya *asas the presumption of innocence* yang terdapat dalam pasal 8 Undang-undang No. 14

[50]J.J.H. Brunggink, ***Op.cit.***h.199-120.
[51]Sudikno Mertokusumo, ***Op.cit.*** h.33

Tahun 1970 dan *asas Nullum delictum nulla Poena sine praevia lege poenali* seperti yang tercantum dalam pasal 1 ayat (1) KUHP.[52]

Kedudukan asas hukum dalam semua sistem hukum yang didalamnya mengatur sistem normahukum mempunyai peran yang penting. Asas hukum merupakan landasan atau pondasi yang menopang kokohnya suatu norma hukum.[53]

> Paton menyatakan a principle is the broad reason which lies at base of a role of law: it has not exhausted itself in giving birdh to that particular rule but is still fertile[54] selanjutnya paton mengemukakan pula bahwa legal rules sometimes born from principles.[55]

Yohanes Sogar Simamora mengemukakan bahwa prinsip-prinsip hukum diperlukan sebagai dasar dalam pembentukan aturan hukum dan sekaligus sebagai dasar dalam memecahkan persoalan hukum yang timbul mana kala aturan hukum yang tersedia tidak memadai.[56]

Prinsip hukum merupakan meta norma yang dapat dijadikan landasan pembentukan suatu peraturan perundang-undangan serta dapat pula dijadikan dasar bagi hakim di dalam menemukan suatu hukum terhadap kasus-kasus yang sedang dihadapinya untuk diputuskan ketika hakim tidak dapat merujuk pada norma hukum positifnya. Disamping itu pula prinsip hukum dapat dijadikan parameter untuk mengukur suatu norma sudah pada jalur yang benar (on the right track)[57]

---

[52]***Ibid.***

[53] Agus Yudha Hernoko, Asas Proposional Dalam Kontrak Komersial, ***Disertasi***Program Pascasarjana, Unair, 2007,h,22.

[54] G.W. Paton, ***A text-book of jurisprudence***, Oxford university press, Third Edition, 1964 h. 204.

[55]***Ibid***. *h*. 205

[56] Yohanes Sogar Simamora, Prinsip Hukum Kontrak dalam Pengadaan Barang dan Jasa oleh pemerintah, ***Disertasi***, Program Pascasarjana, Universitas Airlangga Surabaya, 2005.h.22.

[57] M. Hadi Shubhan, Prinsip Hukum Kepailitan Di Indonesia, ***disertasi***, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya,2006.h.35.

1. **Prinsip hukum dan aturan Hukum**

Pentingnya kajian prinsip hukum dalam ilmu hukum, apalagi jika dikaitkan dengan aturan hukum yang merupakan elemen dari sistem hukum yang mempunyai keterkaitan yang erat dan tidak dapat dipisahkan satu sama lain oleh John Austin seperti yang dikutip secara lengkap oleh Hari Chand[58] menyatakan:,

"I mean, then, by general jurisprudence, the science concerned with the exposition of the principles nations, and distinctions which are common to systems of law; understanding by systems of law, the ampler and more mature systems which, by reason of their amplitude and maturity, are pre-eminently pregnant with instructions".

Aturan hukum baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis pada dasarnya merupakan formulasi atau pembingkaian dari kaedah hukum. Menurut Bruggink,[59] kaedah hukum dapat dibedakan dalam kedudukannya sebagai kaedah perilaku dan sebagai meta kaidah. Kaedah prilaku adalah kaedah yang ditujukan pada perbuatan warga suatu masyarakat hukum tertentu, dalam artian kaedah tersebut memuat perintah perilaku (gedragsvoorschrift), sedangkan meta kaidah dipahami sebagai kaidah yang berkenaan dengan keberadaan dari kaidah prilaku.

Hal senada juga dikemukakan oleh HLA Hart yang membedakan aturan hukum sebagai *primary rules* (Untuk kaidah perilaku) *dan secondary rules* (untuk meta kaidah).[60] Penyebutan primary rules dan secondary rules juga dilakukan oleh Stig Stromholm, hanya saja terhadap secondary rules tidak dipahami sebagai meta juridis, tetapi dipandang sebagai sanksi yang harus dikenakan jika terjadi

---

[58] Hari Chand, ***modern Jurisprudence*****,** internasional Law book Services, kuala lumpur, 1994,h.6

[59]J.J.H. Brunggink***Op. Cit***.,h.99.

[60] Hart HLA, ***the Concept of law,*** oxford, Clarendon Press, 1961,h.92

pelanggaran terhadap kaidah perilaku (primary rules)[61] sebagai kaidah prilaku, aturan hukum didalamnya akan dapat berisi kaidah yang digolongkan sebagai kaedah perintah, (gebod) larangan (verbod), pembebasan (vrijstelling, dispensasi), dan izin (toestemming).[62]

Terhadap prinsip hukum apakah harus selalu berbentuk dan atau menjadi aturan hukum dan apakah setelah menjadi aturan hukum lalu prinsip hukum akan kehilangan kekuatannya sebagai prinsip hukum, kedua hal ini perlu mendapatkan perhatian. Menurut Peter Mahmud Marzuki[63] asas-asas hukum atau prinsip-prinsip hukum dapat saja timbul dari pandangan akan kepantasan dalam pergaulan sosial yang kemudian diadopsi oleh pembuat Undang-undang sehingga menjadi aturan hukum, akan tetapi tidak semua asas atau prinsip hukum dapat dituangkan menjadi aturan hukum , meskipun demikian, keberadaan asas atau prinsip hukum tersebut tidak boleh diabaikan begitu saja melainkan harus tetap dirujuk. Begitu suatu prinsip hukum berubah menjadi aturan hukum, bukan berarti prinsip hukum itu akan kehilangan kekuatannya.Prinsiphukum tetap hidup sebagai prinsip hukum walaupun telah melahirkan dan atau terumuskan dalam aturan hukum, oleh karena itu prinsip hukum akan dapat terus melahirkan aturan-aturan hukum lainnya.[64]

Uraian diatas menunjukan betapa pentingnya prinsip hukum dalam hubungannya dengan aturan hukum, utamanya dalam proses pembentukannya (*legal draifing*). Namun demikian, peran prinsip hukum tidak sampai

---

[61]J.J.H. Brunggink, ***op.cit***,h.100

[62]***Ibid.***

[63] Peter Mahmud Marzuki, Batas-batas Kebebasan Berkontrak, dalam ***Yuridika***, Volume 18, No. 3, Mei 2003,h. 193-221.

[64] G.W.Paton, ***Op.cit***,h.85

disitu.Prinsiphukum juga mempunyai peran dalam menyelesaikan kasus-kasus atau persoalan hukum yang terjadi dalam kehidupan masyarakat yang penyelesaiannya dilakukan lewat Pengadilan (litigasi) dan Non Litigasi. Prinsip hukum ini dibutuhkan kehadirannya, manakala dalam penyelesaian suatu persoalan hukum, ternyata tidak dijumpai adanya aturan hukum ataukah aturan hukum yang tersedia tidak memadai. Dalam posisi seperti ini prinsip hukum mempunyai peran untuk mengisi kevakuman atau kekosongan hukum dengan cara memberikan dasar atau landasan juridik bagi hakim untuk menjatuhkan putusan. Putusan pengadilan yang demikian ini sama halnya dengan memformulasikan prinsip hukum secara tertulis.

Setelah memaparkan keberadaan atas prinsip hukum dan kaitannya pula dengan aturan hukum seperti yang diuraikan di atas, perlu kiranya pula memahami tentang perbedaan keduanya. Bruggink secara cermat dan kritis melakukan pembedaan antara prinsip hukum dengan aturan hukum sebagai kaidah perilaku dengan mendasarkan pendapat dari ahli hukum yang lain seperti Paul Scholten, Ronald Dworkin, serta Robert Alexy,[65]. Perbedaan antar prinsip hukum dan aturan hukum bukan bersifat prinsipiil tapi hanya bersifat graduil. perbedaan tersebut mencakup 5 (lima) hal, yaitu pertama, prinsip hukum bersifat umum, dengan sifatnya yang umum ini berimplikasi pada wilayah penerapan yang luas, dan aturan hukum yang dirumuskannya semakin abstrak. Aturan hukum bersifat khusus, dalam artian dirumuskan secara konkrit sehingga memberikan pedoman yang jelas bagi perbuatan, misalnya dengan memberikan suatu hak dan atau membebankan suatu kewajiban. Perbedaan yang kedua terletak pada penerapan atau daya kerjanya pada

[65] Yohanes Sogar Simamora, ***Op.cit***.h.23

proses penemuan hukum dalam memecahkan persoalan hukum. Aturan hukum memiliki isi yang jauh lebih konkrit, yang menyebabkan dalam proses penemuan hukum, aturan hukum itu dapat diterapkan secara langsung. Tidak demikian halnya dengan prinsip hukum, yang penerapan ataupun daya kerjanya dalam penemuan hukum dilakukan secara tidak langsung melalui interpretasi terhadap aturan hukum. Perbedaan ketiga terletak pada segi kewibawaan prinsip hukum dan aturan hukum berbeda. Aturan hukum bertumpu pada kewibawaan dari pembentuk undang-undang atau dari hakim, serta bertumpu pada kewibawaan para pengemban kewenangan hukum, sedangkan pada prinsip hukum tidak demikian. Oleh karena itu, aturan hukum dapat kehilangan keberlakuannya. Perbedaan keempat, aturan hukum memiliki sifat Welles of niets karakter (semua atau tidak sama sekali). Dalam artian terhadap suatu kejadian hanya terdapat satu aturan hukum yang dapat diterapkan dan menutup pintu bagi aturan hukum lainnya. Pada prinsip hukum tidak memiliki sifat demikian, sehingga memungkinkan pada satu kejadian diberlakukan berbagai prinsip hukum. Perbedaan ke lima muncul sebagai akibat dari adanya perbedaan ke empat seperti yang diuraikan diatas. Mengingat aturan hukum memiliki sifat "Welles of niets karakter" (semua atau tidak sama sekali), maka tidak dimungkinkan adanya konflik diantara aturan-aturan hukum. Hal ini dapat dipahami karena begitu satu aturan hukum yang berlaku, berarti aturan hukum lainnya tersisihkan. Pada pemberlakuan asas hukum dimungkinkan akan timbul konflik diantaranya, mengingat berbagai macam asas hukum dapat diberlakukan secara bersama pada satu kejadian.

Prinsip hukum atau asas hukum secara reflektif meletakan perkaitan antara nilai-nilai, pokok-pokok pikiran, perlibatan moril dan susila pada satu pihak dengan hukum positif pada pihak lain. Struktur formil dan substantif dari prinsip hukum oleh Meuwissen[66] di kemukakan sebagai berikut: didalam hukum positif asas-asas hukum memiliki suatu struktur formil tertentu, berdasarkan mana asas tersebut membedakan diri dari fenomena lainnya, seperti Nilai, norma, ideologi, dan aturan. Tata nilai adalah suatu fenomena yang tiap kali mewujudkan diri dalam kaitannya dengan apa yang baik atau benar, sedangkan norma merujuk pada ranah keseyogiaan. Norma adalah konkretisasi yang diperhalus dari tata nilai dan apa secara nyata harus ada tatkala suatu putusan tentang nilai diberikan. Demikian, maka norma niscaya muncul dalam perintah, larangan, dan kewenangan. Dengan kata lain, nilai secara srtuktural merupakan landasan pijak norma berkenanaan dengan norma, apa yang terpikirkan adalah bagaimana seyogyanya manusia berprilaku. Ruang lingkup substansi norma ditentukan oleh putusan-putusan nilai (waardeoordelen) yang mencakup pernyataan-pernyataan tentang bagaimana seharusnya masyarakat yang baik ditata.

Ideologi adalah merupakan konkretisasi dari suatu nilai tertentu, namun ideologis sekaligus merupakan nilai yang bermuatan politik tertentu baik secara struktural maupun substatif, nilai merupakan landasan atau titik pijak dari norma dan ideologi. Prinsip-prinsip hukum pada gilirannya dilandaskan pada Norma, nilai, dan ideologi. Dengan demikian, asas-asas hukum juga merujuk pada perintah,

---

[66] D.H.M. Meuwissen, ***Rechtsbeginselen en natuurrecht,*** AA 40 (1991) 10 (732-733) h. 16-17

larangan dan kewenangan dan juga terkait pada moral, norma, nilai dan ideologi. Dari uraian diatas tampak pula bahwa asas hukum merupakan bentuk antara tata nilai, norma, dan ideologi pada satu pihak dengan aturan–aturan hukum serta putusan-putusan hukum pada lain pihak.

Suatu asas hukum mengkonkretisasikan nilai, norma, dan ideologi berkenaan dengan hukum dengan cara menstimulasi dan mengaktifkan aturan-aturan dan putusan-putusan hukum yang secara positif mengikat.

2. Keberlakuan dari prinsip-prinsip hukum

Prinsip hukum memiliki perkaitan dengan hukum positif dalam artian bahwa aturan-aturan hukum harus dimengerti beranjak dari latarbelakang prinsip-prinsip hukum yang selaras dengan atau terkait pada hukum positif. prinsip hukum mengkonkretisasi Nilai, Norma-norma dan Ideologi. Dengan ini dimaksudkan bahwa prinsip hukum terikat pada budaya hukum, terhadap keseluruhan norma-norma positif, praktik hukum yang dikembangkan darinya, dan latarbelakang tatanilai yang dianut suatu masyarakat. Dengan demikian, tidak dapat kita temukan prinsip-prinsip hukum yang ada secara alamiah. Tetapi prinsip-prinsip hukum hanya memiliki keberlakuan jika obyek yang terkait dengannya dimunculkan dalam bentuknya yang terbaik. Karena itu, keberadaan asas-asas hukum, sebagaimana dijelaskan oleh Dworkin,[67] bukanlah merupakan keberadaan sosial, melainkan semata-mata konstruktif. Sebab itu menurut hemat Dworkin perlu bahwa:

> ....the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified. And standarrds taken to provide the tentative content of the practice identified”.... it must fit enough for the interpreter to be able to see

[67] R. Dworkin, ***Law’s Empire,*** Fortana Press, Hamper Collins Publishers, London,1991,h.65-66

himself as interpreting that practice...:.. what the practice really requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretative stage...

Tujuannya adalah bahwa suatu asas haruslah kurang lebih selaras atau cocok dengan aturan-aturan dari hukum yang akan ditafsirkan dan juga bahwa asas tersebut dapat dijustifikasi secara memadai oleh praktik hukum yang bersangkutan. Pengetahuan akan dan keberadaan dari asas-asas hukum dilandaskan pada argumentasi bahwa asas-asas yang bersangkutan cocok atau selaras dengan aturan-aturan hukum positif dan bahwa asas-asas tersebutlah yang menjustifikasi adanya aturan-aturan tersebut.

Scholten[68] berpendapat bahwa ada keterkaitan antara prinsip hukum atau asas hukum dan aturan hukum. Bahwa suatu aturan hukum ditopang oleh kewibawaan pembuat undang-undang atau hakim, satu hal yang tidak segera kentara berkenaan dengan asas hukum. Karena aturan hukum secara langsung ditopang atau dilandaskan pada kewibawaan dari otoritas hukum, maka aturan-aturan tersebut, berbeda dengan aturan hukum, mungkin akan kehilangan daya berlakunya, yakni jika aturan tersebut tidak lagi diberlakukan. Pada lain pihak, asas-asas hukum tidak mungkin akan kehilangan daya berlakunya kecuali adanya perubahan pada tata nilai. Ada kemungkinan bahwa putusan-putusan hukum beranjak dari asas-asas hukum umum. Secara umum aturan-aturan hukum bertopang pada kewibawaan dari otoritas hukum melalui pembuatan perundang-undangan, sedangkan asas-asas hukum keberlakuanya dilandaskan pada penerimaannya oleh forum yuridis. Melalui penerimaan tersebut asas-asas hukum

[68] G.J. Scholten, Y. Scholten en M.H. *Bregstein (samenstellers),* verzamelde geschriften van wijlen Prof.Mr. Paul Scholten, Deel I Zwolle,1949,h.403

memperoleh suatu keberlakukan dalam bentuk putusan hakim atau lembaga adat yang mengujikan asas-asas hukum tersebut pada undang-undang atau kebiasaan yang hendak diaplikasikannya terhadap kasus tertentu yang ia hadapi. Keduanya aturan maupun asas dapat kehilangan daya berlakunya aturan hukum akan kehilangan daya berlakunya jika tidak lagi dipergunakan, sedangkan asas-asas hukum kehilangan daya berlakunya jika tata nilai yang tercakup didalamnya telah berubah.[69] Mengingat fungsi dari asas hukum dan lingkup keberlakuanya faktual yang seharusnya dimiliki aturan hukum, maka asas hukum dapat dikatakan memiliki peran tidak langsung. Berbeda dengan peran aturan hukum. Didalam suatu putusan hukum, disamping fakta dari kasus, ragam aturan hukum akan secara langsung berperan, dan akhirnya hanya satu aturan hukum yang akan diterapkan. Dalam memutus asas hukum mana yang menjustifikasi satu aturan hukum, kiranya satu asas hukum akan memainkan peran lebih penting ketimbang lainnya dalam penafsiran aturan-aturan hukum terkait. Asas-asas hukum tersebut mungkin saja bertentangan satu sama lainnya atau masing-masing dalam bentuk aslinya merupakan bagian dari hukum yang sama. Konflik antara asas-asas hukum juga harus dituntaskan, Sekalipun tidak seradikal seperti dilakukan dalam konflik norma, karena asas-asas hukum lainnya, dalam kadar yang lebih rendah, memainkan peran atau berpengaruh terhadap putusan yang diambil.[70] Asas-asas hukum berbeda dengan aturan hukum atau putusan hakim tidak pernah secara eksplisit

---

[69] J.J.H. Bruggink, ***rechtsreflecties, Groundbegrippen uit de rechtstheorie***, Deventer 1993,h.88

[70]***Ibid.***

dienjawantahkan, namun sama halnya dengan keduanya itu, asas-asas hukum harus dipandang sebagai bagian dari hukum positif.

3. Menemukan asas-asas hukum

Menurut Scholten[71] asas-asas hukum didalam dan dibelakang tiap ketentuan perundang-undangan serta putusan pengadilan yang tercakup kedalam suatu sistem hukum dapat ditemukan adanya dasar-dasar pemikiran. Dasar pemikiran tersebutlah yang kemudian mengejawantahkan ke dalam ketentuan-ketentuan khusus serta putusan-putusan pengadilan atau lembaga adat.

Asas hukum terutama dapat ditemukan dengan cara mengungkap dan merujuk unsur umum didalam ketentuan-ketentuan konkret. Namun demikian, Scholten telah menunjukkan bahwa adalah keliru untuk dalam pemahaman hukum induktif mengandaikan bahwa konklusi umum kemudian dapat ditarik dari ketentuan-ketentuan konkret.

Asas-asas secara seksama dikembangkan dalam proses pemikiran yang beranjak dari dasar-dasar pemikiran tertentu. Dasar-dasar pemikiran tersebut bisa saja merupakan landasan universal, misalnya kebebasan, nilai-nilai, norma, atau ideologi. Namun, muatan isinya dapat berbeda-beda sejalan dengan perkembangan masyarakat dalam ruang dan waktu. Ihwalnya adalah menemukan unsur-unsur umum didalam aturan-aturan yang tersebar acak. Dengan mengungkap fundamen-fundamen dari dasar pemikiran tersebut, maka asas-asas tersebut setelah berhasil ditunjukkan akan mudah dikenali oleh siapapun. Dasar-dasar pemikiran yang

[71]G.J. Scholten, Y. Scholten ***Op.cit***. h.403

ditemukan kembali dalam aturan hukum, sebenarnya telah ada takkala aturan-aturan tersebut pertama kali diciptakan. Satu asas dikembangkan dengan beranjak dari suatu proses pemikiran dan dasar pemikiran yang hidup dalam masyarakat dan sebab itu pula merupakan bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku pada waktu tertentu di dalam masyarakat tersebut. Untuk dapat mengenali suatu asas hukum, maka asas hukum demikian harus diformulasikan lebih lanjut. Akan tetapi, perumusan tersebut mensyaratkan bentuk dan pemaknaan yang berbeda daripada aturan-aturan hukum yang termaktub di dalam ketentuan perundang-undangan atau putusan hakim.

1.5.3. **Keadilan**

Konsep selanjutnya yang perlu diuraikan adalah Konsep keadilan. Di Dalampenyelesaian sengketa, keadilan adalah merupakan tujuan hukum yang paling penting bahkan merupakan tujuan hukum satu-satunya, Bismar Siregar [72] mengatakan bila untuk menegakkan keadilan saya korbankan kepastian hukum , akan saya korbankan hukum itu karena hukum hanya sarana, sedangkan tujuannya adalah keadilan. Demikian pentingnya keadilan, lalu keadilan itu sendiri apa sesungguhnya? Pertanyaan seputar apa itu "keadilan" adalah sebuah pertanyaan yang acap kali kita dengar, namun pemahaman yang tepat justru rumit bahkan abstrak, terlebih apabila dikaitkan dengan latar belakang pemikiran filsafat yang mendasari serta pelbagai kepentingan yang demikian kompleks[73].

---

[72]Darji Darmodiharharjo dan Shidarta, ***Pokok-Pokok filsafat Hukum***,Gramedia Pustaka Utama Jakarta,2006.h.156.

[73]Agus Yudha Hernoko, ***Op. cit***. h. 47

Menurut Aristoteles[74] dalam karyanya *Nichomachean ethic"* artinya berbuat kebajikan, atau dengan kata lain keadilan adalah kebajikan yang utama. Menurut Aristoteles justice consists in their inequality." Prinsip ini beranjak dari asumsi untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proposional.

Lebih lanjut, Aristoteles membedakan keadilan dalam dua bentuk keadilan, keadilan "*distributief*" dan keadilan "*commutatief*". Pertama, keadilan distributif yaitu memberikan kepada semua orang jatah menurut jasanya. Dalam praktik biasa disebut sebagai penjatuhan sanksi sesuai dengan tingkat kesalahannya. Bentuk keadilan ini tidak menuntut supaya setiap orang mendapat bagian atau sanksi yang sama, melainkan kesebandingan berdasarkan prestasi atau tingkat kesalahan.[75]Kedua, keadilan komulatif sebagai keadilan yang memberikan kepada semua orang sama banyaknya tanpa mengingat pada jasanya. Idealisme ini dianut dalam Pasal 27 ayat (1) UUD UUD 1945 sebagai prinsip equality before the law atau persamaan kedudukan di dalam hukum dan pemerintahan. Hukum tidak boleh diskriminasi, baik pada substansi aturannya maupun pelaksanaannya.[76]

Upianus[77] keadilan sebagai justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (keadilan adalah kehendak yang terus menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing apa yang menjadi haknya) atau tribuere cuique

---

[74]Aristotle***Nicomachean Ethics**: with an introduction***by Hye-Kyung Kim, terj. F.H. Peters di Oxford, 1893. (Barnes & Noble, 2004)

[75]Marwan Masrasa, ***keadilan dalam hukum*** http://makassar. Tribunnews .com /mobile/ index.php/2013/01/23/

[76]L..J. Van Apeldoorn, ***Pengantar Ilmu Hukum***, Jakarta, Pradnya Paramita, cetakan kedua puluh enam, 1996,h. 11-12.

[77]Agus Yudha Hernoko,***Op.cit***.h.48

suum. To give everybody his own". Memberikan setiap orang apa yang menjadi haknya. Perumusan ini dengan tegas mengakui hak masing-masing person terhadap lainnya serta apa yang seharusnnya menjadi bagiannya.

Demikian pula sebaliknya oleh justinianus[78]. Dalam corpus iuris Civilis: juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere,suum cuique tribuere, bahwa peraturan-peraturan dasar dari hukum adalah terkait dengan hidup dengan patut, tak merugikan orang lain dan memberi pada orang lain apa yang menjadi bagiannya.

John Rawls yang mengembangkan teori keadilan sebagai Justice as Fairness (keadilan sebagai kejujuran). Jadi, prinsip keadilan yang paling fair itulah yang harus dipedomani. Menurut John Rawls, ada 2 (dua) prinsip dasar keadilan, yaitu:[79]

1. Keadilan formal (formal justice, legal justice) yaitu menerapkan keadilan yang sama bagi setiap orang sesuai dengan bunyi peraturan.
2. Keadilan substantif (substancial justice) yaitu menerapkan hukum itu berarti mencari keadilan yang hakiki dan didukung oleh rasa keadilan sosial.

Rawls berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (*social institutions*). Akan tetapi, menurutnya, kebaikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau menganggu rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan, khususnya masyarakat lemah. Oleh karena itu, sebagian kalangan menilai cara pandang Rawls sebagai perspektif "liberal-egalitarian of social justice".

---

[78]***Ibid.***

[79]John Rawls, ***A Theory of Justice***,Chapter II The Principle of Justice, Publisher: 1971,h.23

Secara spesifik, Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaannya yang dikenal dengan "posisi asali" (*original position*) dan "selubung ketidaktahuan" (*veil of ignorance*). Sebagaimana pada umumnya, setiap penyelesaian sengketa pastilah memiliki suatu hipotesis dan tidak terkecuali pada konsep Rawls mengenai penyelesaian sengketa berkeadilan. Dirinya berusaha untuk memosisikan adanya situasi yang sama dan setara antara tiap-tiap orang di dalam masyarakat serta tidak ada pihak yang memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, seperti misalnya kedudukan, status sosial, tingkat kecerdasan, kemampuan, kekuatan, dan lain sebagainya. Sehingga, orang-orang tersebut dapat melakukan penyelesaian sengketa tanpa adanya tekanan dari pihak lainnya.

Kondisi demikianlah yang dimaksud oleh Rawls sebagai "posisi asali" yang bertumpu pada pengertian ekulibrium reflektif dengan didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*). Hipotesa Rawls yang tanpa rekam historis tersebut sebenarnya hampir serupa dengan apa yang dikemukakan oleh Thomas Nagel sebagai "pandangan tidak darimanapun (*the view from nowhere*), hanya saja dirinya lebih menekankan pada versi yang sangat abstrak dari "the State of Nature".

Sementara itu, konsep "selubung ketidaktahuan" diterjemahkan oleh Rawls bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutakan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah

berkembang. Melalui dua teori tersebut, Rawls mencoba menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip kesamaan yang adil. Itulah sebabnya mengapa Rawls menyebut teorinya tersebut sebagai "justice as fairness".

Rawls[80] menjelaskan bahwa para pihak di dalam posisi asali masing-masing akan mengadopsi dua prinsip keadilan utama.

1. prinsip kebebasan yang sama" (*equal liberty principle*) setiap orang memiliki hak yang sama atas kebebasan-kebebasan dasar yang paling luas dan kompatibel dengan kebebasan-kebebasan sejenis bagi orang lain.
2. prinsip perbedaan" (*difference principle*) ketidaksamaan sosial dan ekonomi diatur sedemikian rupa, sehingga diperoleh manfaat sebesar-besarnya bagi anggota masyarakat yang paling tidak diuntungkan, terdiri dari:
   a. prinsip ketidaksamaan yang dapat dibenarkan melalui kebijaksanaan terkontrol sepanjang menguntungkan kelompok masyarakat yang lemah misalnya jabatan-jabatan dan posisi-posisi harus dibuka bagi semua orang dalam keadaan dimana adanya persamaan kesempatan yang adil.
   b. prinsip persamaan kesempatan adalah tidak hanya memerlukan adanya prinsip kualitas kemampuan semata, namun juga adanya dasar kemauan dan kebutuhan dari kualitas tersebut. Sehingga

[80]John Rawls, ***A Theory of Justice London***: Oxford University press, 1973,terjemahkan oleh Uzair Fausan dan Heru Prasetyo,Teori Keadilan, dasar-dasar Filsafat Politik untuk mewujudkan Kesehjateraan social, dalam Negara, Pustaka Pelajar,Yogyakarta,2011.h72.

dengan kata lain, ketidaksamaan kesempatan akibat adanya perbedaan kualitas kemampuan, kemauan, dan kebutuhan dapat dipandang sebagai suatu nilai yang adil berdasarkan persepktif Rawls.

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

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

John Rawls mencoba untuk memperkuat argumentasi dari adanya kemungkinan kesepakatan yang lebih bebas tanpa memperhatikan kedalaman dari nilai-nilai keyakinan agama dan metafisik yang disetujui oleh para pihak sepanjang kesepakatan tersebut terbuka untuk dibicarakan secara damai, logis, adil, dan

bijaksana, serta melepaskan adanya klaim-klaim atas kebenaran yang universal (*universal truth*).

Dengan demikian, John Rawls telah menyempurnakan prinsip-prinsip keadilannya menjadi sebagai berikut: ***Pertama***, setiap orang memiliki klaim yang sama untuk memenuhi hak-hak dan kemerdekaan-kemerdekaan dasarnya yang kompatibel dan sama jenisnya untuk semua orang, serta kemerdekaan berpolitik yang sama dijamin dengan nilai-nilai yang adil; ***Kedua***, ketidaksamaan sosial dan ekonomi dapat dipenuhi atas dasar dua kondisi, yaitu: (a) melekat untuk jabatan-jabatan dan posisi-posisi yang dibuka bagi semua orang di bawah kondisi adanya persamaan kesempatan yang adil; dan (b) diperuntukan sebagai kebermanfaatan sebesar-besarnya bagi anggota-anggota masyarakat yang paling tidak diuntungkan.

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

Prinsip-prinsip keadilan yang disampaikan oleh John Rawls pada umumnya sangat relevan bagi negara-negara dunia yang sedang berkembang, seperti Indonesia misalnya. Relevansi tersebut semakin kuat tatkala hampir sebagian besar populasi dunia yang menetap di Indonesia masih tergolong sebagai masyarakat kaum lemah yang hidup di bawah garis kemiskinan.

Akan tetapi, apabila dicermati jauh sebelum terbitnya karya-karya Rawls mengenai "keadilan sosial" (*social justice*), bangsa Indonesia sebenarnya telah menancapkan dasar kehidupan berbangsa dan bernegaranya atas dasar keadilan sosial. Dua kali istilah "keadilan sosial" disebutkan di dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945. Dengan demikian, keadilan sosial telah diletakkan menjadi salah satu landasan dasar dari tujuan dan cita negara (staatsidee) sekaligus sebagai dasar filosofis bernegara (*filosofische grondslag*) yang termaktub pada sila kelima dari Pancasila. Artinya, memang sejak awal the founding parents mendirikan Indonesia atas pijakan untuk mewujudkan keadilan sosial baik untuk warga negaranya sendiri maupun masyarakat dunia.

Dalam konsepsi Rawls, keadilan sosial tersebut dapat ditegakkan melalui koreksi terhadap pencapaian keadilan dengan cara memperbaiki struktur dasar dari institusi-institusi sosial yang utama, seperti misalnya pengadilan, pasar, dan konstitusi negara.

Apabila kita sejajarkan antara prinsip keadilan Rawls dan konstitusi, maka dua prinsip keadilan yang menjadi premis utama dari teori Rawls juga tertera dalam konstitusi Indonesia, terlebih lagi setelah adanya perubahan UUD 1945 melalui empat tahapan dari 1999 sampai dengan 2002. Prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*) tercermin dari adanya ketentuan mengenai hak dan kebebasan warga negara (*constitutional rights and freedoms of citizens*) yang dimuat di dalam Bab XA tentang Hak Asasi Manusia, diantaranya yaitu Pasal 28E UUD 1945 mengenai kebebasan memeluk agama (*freedom of religion*), kebebasan menyatakan

pikiran sesuai hati nurani (*freedom of conscience*), serta kebebasan berserikat dan mengeluarkan pendapat (*freedom of assembly and speech).*

Begitu pula dengan prinsip kedua bagian pertama sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*), Konstitusi Indonesia mengadopsi prinsip yang sama pada Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi, "Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan". Dari sinilah dasar penerapan affirmative action atau positive discrimination dapat dibenarkan secara konstitusional. Pengaturan demikian sama halnya dalam Konstitusi India yang menerapkan sistem "reservation" untuk mengangkat kelas terbelakang (*backward class*) di bidang pendidikan dan sosial berdasarkan Pasal 15 ayat (4) dan Bagian IV tentang "Directive Principles of State Policy" Konstitusi India.

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

Begitu pula dalam praktik ketatanegaraan sehari-hari, walaupun tidak selalu digunakan, eksistensi teori keadilan Rawls telah malang-melintang penggunaannya baik di muka persidangan maupun di dalam Putusan Mahkamah Konstitusi. Ahli-ahli Hukum Tata Negara seringkali merujuk pemikiran Rawls ketika menafsirkan

makna dan esensi keadilan yang terkandung di dalam Konstitusi, sebagaimana misalnya terekam dalam Perkara Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008 dan Perkara Nomor 3/PUU-VII/2009.

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

Masih terkait dengan konstitusi, Rawls juga menggarisbawahi bahwa keadilan dapat tercapai manakala terjadi kepatuhan terhadap konstitusi dan terintegralisasinya hak dan kewajiban konstitutional yang berlandaskan nilai-nilai moral. Dengan kata lain, Rawls juga menempatkan moral konstitusi (*constitutional morality*) untuk menentukan apakah institusi-institusi yang diatur di dalamnya sudah bersifat adil. Oleh karenanya menurut Rawls, antara moral dan konstitusi, keduanya saling membutuhkan satu sama lain guna mewujudkan tatanan dasar kehidupan sosial dan bernegara. Artinya, konstitusi haruslah berlandaskan nilai-

nilai moral dan sebaliknya juga agar berlaku efektif maka nilai-nilai moral harus didukung oleh konstitusi.

Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagian didalamnya.[81]

Pandangan Hans Kelsen ini pandangan yang bersifat positifisme, nilai-nilai keadilan individu dapat diketahui dengan aturan-aturan hukum yang mengakomodir nilai-nilai umum, namun tetap pemenuhan rasa keadilan dan kebahagian diperuntukan tiap individu.

Lebih lanjut Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif. Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagian setiap perorangan, melainkan kebahagian sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan. Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan. Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor-faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.[82]

---

[81]Hans Kelsen, ***General Theory of Law and State***, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Bandung, Nusa Media, 2011, h. 7.

[82]***Ibid.***

Sebagai aliran positivisme Hans Kelsen mengakui juga bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakikat suatu benda atau hakikat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya sahih dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.[83]

Pemikiran tentang konsep keadilan, Hans Kelsen yang menganut aliran positifisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam. Sehingga pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam.

Menurut Hans Kelsen :[84]

> "Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari fislafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda : yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapatditangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak."

Dua hal lagi konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen : pertama tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui

---

[83] ***Ibid.***
[84] ***Ibid.***, h. 14.

suatu tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan. [85]

Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan diatas dasar suatu yang kokoh dari suatu tananan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian "Keadilan" bermaknakan legalitas. Suatu peraturan umum adalah "adil" jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah "tidak adil" jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.

Kahar Masyhur[86]mengemukakan pendapat tentang apakah yang dinamakan adil, terdapat tiga hal tentang pengertian adil.

1) Adil ialah : meletakkan sesuatu pada tempatnya.
2) Adil ialah : menerimahak tanpa lebih dan memberikan orang lain tanpa kurang.
3) Adil ialah : memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggaran".

Keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban. Apabila ada pengakuan dan perlakuan yang seimbang hak dan kewajiban, dengan sendirinya apabila kita mengakui "hak hidup", maka sebaliknya harus mempertahankan hak hidup tersebut dengan jalan bekerja keras, dan kerja keras yang dilakukan tidak pula menimbulkan kerugian

[85]***Ibid**, h. 16.*
[86]Kahar Masyhur, ***Membina Moral dan Akhlak***, Jakarta, Kalam Mulia, 1985, h.71.

terhadap orang lain, sebab orang lain itu juga memiliki hak yang sama (hak untuk hidup) sebagaimana halnya hak yang ada pada diri individu.[87]

Dengan pengakuan hak hidup orang lain, dengan sendirinya diwajibkan memberikan kesempatan kepada orang lain tersebut untuk mempertahankan hak hidupnya.Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan "keadilan sosial", maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai :[88]

1) Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak.
2) Menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan.
3) Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar".

Sebagaimana diketahui bahwa keadilan dan ketidakadilan tidak dapat dipisahkan dari hidup dan kehidupan bermasyarakat. Dalam kehidupan sehari-hari sering dijumpai orang yang "main hakim sendiri", sebenarnya perbuatan itu sama halnya dengan perbuatan mencapai keadilan yang akibatnya terjadi ketidakadilan, khususnya orang yang dihakimi itu.

---

[87]Suhrawardi K. Lunis, ***Etika Profesi Hukum***, Cetakan Kedua, Jakarta, Sinar Grafika, 2000, h. 50.

[88]Kahar Masyhur,***Loc. Cit.***

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan Individu yang lainnya

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

1.5.4. Alternatif Penyelesaian Sengketa

Konsep ADR (Alternative Dispute Resolution) atau jalur nonlitigasi relatif baru dikenal di Indonesia, akan tetapi sebenarnya penyelesaian-penyelesaian sengketa secara konsensus sudah lama dilakukan oleh masyarakat, yang intinya menekankan pada upaya musyawarah mufakat, kekeluargaan, perdamaian dan sebagainya. ADR mempunyai daya tarik khusus di Indonesia karena keserasiannya dengan sistem sosial budaya tradisional berdasarkan musyawarah mufakat.

Sehubungan dengan itu, konsep ADR perlu dicari padanannya di Indonesia. Dewasa ini dikenal beberapa istilah untuk ADR, antara lain : Pilihan Penyelesaian sengketa (PPS), Mekanisme Alternatif Penyelesaian Sengketa (MAPS), Pilihan Penyelesaian Sengketa di luar pengadilan, dan Mekanisme penyelesaian sengketa secara kooperatif.

Untuk memperoleh gambaran umum tentang apa yang disebut ADR,

George Applebey,[89] dalam tulisannya "An Overview of Alternative Dispute Resolution" berpendapat bahwa ADR pertama-tama adalah merupakan suatu eksperimen untuk mencari model-model :

a. Model-model baru dalam penyelesaian sengketa
b. Penerapan-penerapan baru terhadap metode-metode lama
c. Forum-forum baru bagi penyelesaian sengketa
d. Penekanan yang berbeda dalam pendidikan hukum.

Konsep di atas sangat luas dan terlalu akademis. Konsep lain yang lebih sempit dan akademis dikemukakan oleh Philip D. Bostwick[90]

"A set of practices and legal techniques that aim :

a. To permit legal disputes to be resolved outsidethe courts for the benefit of all disputants.
b. To reduce the cost of conventional ligitation and the delay to which it is ordinary subjected.
c. To prevent legal disputes that would otherwise likely be brought to the courts."

ADR merupakan serangkaian praktek dan teknik-teknik hukum yang ditujukan untuk :

a. Memungkinkan sengketa-sengketa hukum diselesaikan diluar pengadilan untuk keuntungan atau kebaikan para pihak yang bersengketa
b. Mengurangi biaya atau keterlambatan kalau sengketa tersebut diselesaikan melalui litigasi konvensional

[89]George Applebey, Dalam Bambang Sutiyoso, ***Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa,*** Gama Media, Yogyakarta, 2008,h. 20.

[90]Philip D. Bostwick, ***Going Private With the Judicial System*****,** New York, McGraw-Hill, Inc., 2010, h. 16.

c. Mencegah agar sengketa-sengketa hukum tidak di bawa ke pengadilan.

Sedangkan pendapat pakar hukum lainnya yaitu menurut Priyatna Abdurasyidmengatakan bahwa[91] ;

> "ADR adalah Sekumpulan prosedur atau mekanisme yang berfungsi memberi alternatif atau pilihan suatu tata cara penyelesaian sengketa melalui bentuk APS / arbitrase [negosiasi dan mediasi] agar memperoleh putusan akhir dan mengikat para pihak. Secara umum, tidak selalu dengan melibatkan intervensi dan bantuan pihak ketiga yang independen yang diminta membantu memudahkan penyelesaian sengketa tersebut".

Dengan demikian ADR merupakan kehendak sukarela dari pihak-pihak yang berkepentingan untuk menyelesaikan sengketa mereka di luar pengadilan, dalam arti diluar mekanisme ajudikasi standar konvensional. Oleh karena itu, meskipun masih berada dalam lingkup atau sangat erat dengan pengadilan, tetapi menggunakan prosedur ajudikasi non standar, mekanisme tersebut masih merupakan ADR.

Dalam praktik, hakikatnya ADR dapat diartikan sebagai Alternative to litigation atau alternative to adjudication. Alternative to litigation berarti semua mekanisme penyelesaian sengketa di luar pengadilan, sehingga dalam hal ini arbitrase termasuk bagian dari ADR. Sedangkan Alternative to adjudication berarti mekanisme penyelesaian sengketa yang bersifat konsensus atau kooperatif, tidak melalui prosedur pengajuan gugatan kepada pihak ke tiga yang berwenang mengambil keputusan. Termasuk bagian dari ADR adalah konsultasi, negosiasi,

---

[91]Priyatna Abdurrasyid, ***Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa:Suatu Pengantar,*** Fikahati Aneska bekerjasama dengan Badan Arbitrase Nasional (BANI),Jakarta, 2002, h. 17

mediasi, konsiliasi, dan pendapat ahli, sedangkan arbitrase bukan termasuk ADR. Di Amerika sendiri[92], ADR diartikan sebagai alternative to adjudication, karena output dari proses adjudikasi umumnya berupa win-lose solution (menang-kalah), padahal yang dikehendaki pihak-pihak yang bersengketa adalah wini-win solution atau mutual acceptable solution.

Undang-Undang No. 30 tahun 1999, tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa antara Alternatif penyelesaian sengketa dan Arbitrase. Pasal 1 butir 10, disebutkan bahwa ADR adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsolidasi, atau penilaian ahli. Sedangkan menurut Pasal 1angka 1 UU No. 30 Tahun 1999, yang dimaksud arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Berdasarkan materi atau isinya, UU No. 30 Tahun 1999 lebih banyak membahas tentang seluk beluk arbitrase, sedangkan alternatif penyelesaian sengketa hanya diatur dalam satu Pasal saja, yaitu Pasal 6. Oleh karena itu, sementara pihak menyebut undang-undang tersebut lebih tepat disebut sebagai Undang- Undang Arbitrase.

Apakah UU No. 30 Tahun 1999 menganut acuan Alternative to litigation ataukah Alternative to adjudication? Menurut jawaban pemerintah Republik Indonesia, yang diwakili Menteri Kehakiman Muladi[93] pada waktu sidang

---

[92]Bambang Sutiyoso, ***Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa***, Gama media,2008.h. 27

[93]***Ibid***,h. 28

pembahasan pengesahan Rancangan Undang-undang tersebut dengan Dewan Perwakilan Rakyat, dikatakan bahwa dalam Undang-undang tersebut menganut sistem kombinasi (campuran), dalam arti bahwa arbitrase dapat sebagai bagian dari ADR, tetapi dapat pula arbitrase sebagai bagian terpisah dari ADR.

1.6 Metode Penelitian

Dalam metode penelitian ini, akan dikemukakan adanya 3 (tiga) hal yang merupakan suatu yang termuat dalam metode penelitian, diantaranya: (a) tipe penelitian; (b) pendekatan masalah dan (c) sumber hukum. Ketiganya akan diuraikan di bawah ini:

1.6.1 Tipe Penelitian

Penelitian ini, mengacu pada penelitian yang bertipe normatif atau yang lazim disebut sebagai penelitian hukum normatif. Kekhasan penelitian ini bertitik tumpuh mencari kebenaran koherensi yaitu suatu kebenaran didasarkan pada kesesuaian antara yang ditelaah dengan aturan yang diterapkan. Peter Mahmud Marzuki mengatakan bahwa, penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Hal ini sesuai dengan karakter preskriptif dari ilmu hukum[94].

1.6.2 Pendekatan Masalah

Dalam penelitian ini akan mengemukakan beberapa pendekatan sebagai sarana untuk mengatasi persoalan yang terdapat dalam penelitian ini, diantaranya:

1. Pendekatan konsep (conceptual approach). Pendekatan ini berawal dari

[94]Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit.* h.35

adanya pemikiran-pemikiran dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum. Keberadaan pendekatan ini akan digunakan sebagai usaha dan keinginan untuk menemukan ide atau gagasan, yang akan menghasilkan sebuah konsep dan argumentasi hukum yang berkaitan dengan alternatif penyelesaian sengketa pada masyarakat adat suku Tolaki.

2. Pendekatan undang-undang (statute approach). Pendekatan ini dilakukan untuk menganalisis semua undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan permasalahan dalam penelitian ini, dalam lingkup; hukum penyelesaian sengketa.
3. Pendekatan kasus (case approach). Pendekatan ini akan dilakukan untuk memahami ratio decindendi yaitu alasan-alasan hukum yang digunakan oleh Lembaga Adat Tolaki untuk sampai pada putusannya.
4. Pendekatan Historis (*historical approach*) pendekatan historis dilakukan untuk menganalisis dan menemukan prinsip-prinsip hukum berdasarkan latar belakang filosofis, serta perkembangan histori tentang hukum adat Kalosara.

1.6.3 Bahan hukum

Ilmu hukum dengan sifat keilmuan yang khas, pengkajian hukum *(rechtsbeoefening*) tipe penelitian ini beranjak dari telaah hukum positif yang kajiannya meliputi tiga lapisan dari ilmu hukum, yakni Dogmatik Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum. Pada penelitian ini juga, akan melakukan sistematisasi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan-bahan Non Hukum. Peter

Mahmud Marzuki mengatakan bahwa, bahan hukum primer yaitu bahan hukum autoritatif artinya yang mempunyai otoritas. Bahan hukum primer terdiri atas: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, peraturan perundang-undangan (UU), catatan resmi atau risalah dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim.

Bahan hukum sekunder yaitu berupa semua publikasi tentang hukum, yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar putusan pengadilan. Sedangkan bahan-bahan non hukum adalah sumber-sumber non hukum yang berguna bagi identifikasi dan analisis fakta secara akurat dan menemukan isu hukum atas fakta yang kompleks. Salah satu bahan non hukum dalam penelitian ini adalah wawancara.[95] Dengan wawancara Interprestasi yuridis dalam lingkungan hukum adat dapat dilakukan berdasarkan pada keputusan-keputusan dari Lembaga adat yang sebagian besar tidak tertulis, Dari keputusan itu disusun suatu kesimpulan umum tentang bagaimana prinsip-prinsip dalam hukum adat tentang sesuatu persoalan yang dapat dianggap sebagai persoalan hukum. Penemuan prinsip-prinsip tersebut dibuat atas dasar suatu analisis terhadap apa yang disebut sebagai yurisprudensi hukum adat.[96]

Pada kesatuan hukum masyarakat adat Tolaki petugas hukum adat yang mempunyai kewenangan untuk menyatakan Perbuatan atau penolakan perbuatan dengan tujuan untuk memelihara atau menegakkan hukum adalah *Puutobu, Tolea,*

---

[95]***Ibid***.2014,h.206
[96] Mohammad Koesnoe, ***Op.cit***.h.154

Pabitara, Tonomotuo dan beberapa tokoh adat beserta kepala desa dan Lurah. Mereka inilah yang terhimpun dalam Lembaga Adat Tolaki. Dengan demikian penelitian ini akan dilakukan terhadap putusan-putusan Lembaga Adat Tolaki dengan cara mewawancarai Puutobu atau anggota lainnya di Lembaga Adat Tolaki serta para pihak yang pernah terlibat sengketa dan menyelesaikan sengketa mereka pada Lembaga Adat Tolaki.

Soepomo dalam bukunya bab-bab tentang hukum adat[97] menunjukkan cara atau metode wawancara terhadap Tokoh adat yaitu dengan cara menanyakan fakta-fakta, kejadian-kejadian yang telah dialami atau diketahui sendiri oleh mereka. Jumlah perbuatan yang diteliti bukanlah yang menentukan dalam penyelidikan hukum adat tetapi meskipun jumlah perbuatan yang sama di dalam daerah yang bersangkutan itu hanya ada dua, apabila kedua perbuatan itu benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai hal yang memang sudah seharusnya, maka dari dua fakta itu sudah dapat ditarik kesimpulan adanya suatu norma hukum.

1.6.4 Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Seluruh sumber bahan hukum yang terkumpul dalam penelitian ini, baik berupa sumber hukumprimer, sekunder dan Sumber Non hukum akan dilakukan pengolahan dengan pendekatan analisis sesuai dengan sifat dan karakter penelitian hukum yang normatif. Sumber bahan hukum yang primer dilakukan dengan cara melakukan inventarisasi hukum positif, baik berupa peraturan perundang-undangan dan seluruh peraturan-peraturan lainnya yang ada hubungan dengan penelitian ini. Pada sisi lain sumber hukum sekunder dilakukan dengan cara penelusuran seluruh

[97]Soepomo, *Op.cit*. h.31

bahan hukum kepustakaan (studi pustaka) yang ada kaitannya dengan penelitian ini. Seluruh sumber hukum baik primer dan sekunder, ternyata memiliki pulastruktur berkutub dari hukum, yang oleh Meuwissen[98] mengatakan bahwa, hukum itu memperlihatkan suatu struktur berkutub (struktur polaritatif, polar structure),artinya bahwa ia di dalam dirinya mengandung idea-hukum(isi) pada suatu sisi dan bentuknya (struktur forma) pada sisi lainnya. Pada satu sisi terdapat idea-hukum (cita-hukum: isi atau tujuan dari hukum) dan pada sisi lain instrumentarium yuridikal (perundang-undangan, peradilan, negara), dan dengan bantuan instrumentarium (sarana) tersebut idea-hukum harus (dapat) di wujudkan.

Sejalan dengan pandangan Meuwissen tersebut, di atas, ternyata hukum juga mempunyai momen-hukum yang dikemukakan oleh D. Schindler[99] bahwa:hukum harus memiliki suatu sifat : "dialektika" yang berarti bahwa pertentangan-pertentangan itu dipikirkan dalam hubungan antara yang satu dengan yang lainnya. Pertentangan-pertentangan (antinomy) antara fakta dan kaidah, antara bentuk dan isi. Empat aspek ini saling "memotong" dan dari dalamnya tampil empat momen-hukum (aspek) itu. Momen yang pertama adalah momen normatif-formal. Pada momen normatif-formal, berintikan bentuk-bentuk hukum: aturan, keputusan, dan asas-asas hukum, yang dipandang sebagai penataan umum. Momen yang kedua memiliki sifat faktual-formal. Pada intinya momen sifat faktual-formal, hukum itu juga gejala kekuasaan, sejauh ia bertujuan untuk mempengaruhi perilaku manusia.

---

[98]Meuwissen dalam Supanto,***Filhum Mencari Keadilan,***http: //supanto .staff. hukum. uns. ac.id /2010/04/18diunggah pada tanggal 28 Agustus 2014.

[99]Meuwissen, ***Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum,***Penerjemah, B. Arief Sidharta, Refika Aditama. cetakan Ketiga;Bandung, Oktober 2009,h. 38

Momen yang ketiga adalah momen normatif-materil. Pada intinya momen normatif-materil, yaitu pada hukum itu juga terdapat suatu sisi (aspek) etika, terdapat kaidah-kaidah konkret yang berlaku, yang isinya untuk hukum yang relevan tentang keadilan, hukum dan etika tidak dipisahkan yang satu dengan yang lainnya. Momen keempat adalah faktual- materil. Pada intinya momen faktual-materil, yaitu hukum itu berkaitan dengan "keperluan dan kebutuhan vital", juga terarah pada upaya pemenuhan kebutuhan yang minimal diperlukan bagi keberadaan (eksistensi) manusia.

Selain itu, dalam penelitian ini, akan dibahas dari perspektif ilmuhukum dogmatik, yang oleh Meuwessen[100] memiliki karakter sendiri, ia adalah sebuah ilmu "sui generis", yang tidak dapat dibandingkan (diukur, dinilai) dengan bentuk ilmu lain yang mana pun. Ia memiliki berbagai ciri:

a. bersifat empiris analisis, yakni memaparkan dan menganalisis terhadap isi dan dan struktur hukum yang berlaku.
b. mensistematisasi gejala-gejala hukum yang dipaparkan dan dianalisis itu.
c. melakukan interpretasi terhadap substansi hukum yang berlaku, yaitu ilmu hukum memiliki suatu sifat hermeneutika, itu berarti bahwa di sini terdapat relasi dengan apa yang dinamakan ilmu-ilmu rohani (Geisteswissenchafteri).
d. menilai hukum yang berlaku, yaitu dalam arti ini ia relatif bersifat normatif. Itu mengandung arti tidak hanya bahwa objeknya terdiri atas kaidah-kaidah,

[100]D. Schindler, ***Verfassungsrecht Und Zoziale Struktur*,** (1970), dalam Meuwissen, Ibid,h. 39

tetapi terutama bahwa pendirian-pendirian, yang ia sendiri ambil, memiliki suatu dimensi pengkaidahan (menetapkan norma).

e. arti praktis ilmu hukum berkaitan erat dengan dimensi normatifnya. Untuk itu hukum dipaparkan, dianalisis, disistematisisasi, dan diinterpretasi. Pada penerapan praktikal itulah juga penilaian normatif terhadap hukum positif diarahkan. Pada tataran teoritikal, ilmu hukum dogmatik itu memberikan (menyediakan) suatu model bagi perwujudan hukum secara praktikal (dan dengan demikian "tujuan" dari hukum).

Berpatokan pada sistematisasi pada bahan hukum primer dan bahan hukun sekunder dan sumber non hukum lainnya tersebut di atas, yang ada kaitannya dengan penelitian ini, akan dilakukan pengkajian dan analisis terhadapnya. Analisis terhadap sumber bahan-bahan hukum tersebut, akan menggunakan konsep hukum yang ada kaitannya dengan konsep normatif, dan momen-hukum, dan konsep dogmatik hukum yang melihat hukum sebagai ilmu yang memiliki diri sendiri. Selain itu, dalam melakukan penelahaan terhadap bahan-bahan hukum, juga akan dilakukan dengan menggunakan penalaran hukum, dengan menggunakan metode deduktif-induktif, dan juga dilakukan penafsiran (interpretasi) untuk mampu menemukan jawaban terhadap issu hukum atau masalah hukum yang diangkat dalam penelitian ini, dengan menggunakan doktrin, peraturan-peraturan perundang-undangan, asas atau prinsip hukum yang terdapat dalam peraturan-peraturan (tertulis dan tidak tertulis) dan pendapat para sarjana.

Peter Mahmud Marzuki[101] mengatakan bahwa penalaran hukum mengenal

[101]Peter Mahmud Marzuki, ***Op. cit,*** h.47

dua metode, baik metode deduksi maupun induksi. Kedua metode tersebut dipergunakan dalam menganalisis bahan-bahan hukum dalam penelitian ini. Penggunaan metode deduktif untuk menjelaskan atau menganalisis memecahkan isu hukum dalam penelitian ini dengan bertumpu pada seluruh peraturan yang termuat dalam undang-undang, dan aturan-aturan lainnya serta dikaitkan dengan fakta hukumnya. Pada sisi lain, metode induktif digunakan untuk menjelaskan atau memecahkan isu hukum dengan bertumpu dari perumusan fakta hukum terlebih dahulu, kemudian dihubungkan dengan aturan hukum yang termuat dalam undang-undang dan peraturan lainnya.

Dalam melakukan analisis terhadap seluruh sumber bahan hukum, khususnya yang berkaitan dengan ide-hukum (cita hukum isi dan tujuan hukum), analisisnya menggunakan analisis normatif/preskripsi, yaitu analisis yang berasal dari Putusan-putusan Lembaga Adat Tolaki yang akan dikaitkan dengan isu hukum dalam penelitian ini. Pada sisi lain, analisis juga dilakukan dengan pendekatan deskriptif, yaitu memaparkan isi atau makna Putusan Lembaga Adat Tolakiyang dipergunakan dalam penelitian ini, serta terhadap isi atau makna putusan Lembaga Adat Tolakiyang belum jelas (kabur), akan digunakan penafsiran atau interpretasi untuk mendapatkan kejelasan makna yang terkandung dalam peraturan hukum yang digunakan tersebut.

Dalam terminologi Hukum dikenal beberapa penafsiran, yaitu interpretasi gramatikal, sistematis, sejarah, perbandingan hukum, antisipasi, dan teleologis.

Philipus M. Hadjon[102] memberikan pengertian masing-masing sebagai berikut:

1. Interpretasi gramatikal: mengartikan sutau term hukum atau suatu bagian kalimat yang menurut bahasa sehari-hari atau bahasa hukum;
2. Interpretasi sistematis: dengan titik tolak dari sistem aturan mengartikan suatu ketentuan hukum;
3. "wets-en rechshistorische" menelusuri maksud pembentukan Undang-undang adalah suatu "wetshistorische interpretatie" dalam hal usaha menemukan jawaban atas suatu isu hukum dengan menelusuri perkembangan hukum (aturan) disebut "rechtshistorische interpretatatie
4. Interprestasi perbandingan hukum: mengusahakan penyelesaian suatu isu hukum dengan mendasarkan pada suatu aturan dengan membandingkan stelsel hukum;
5. Interpretasi antisipasi: menjawab suatu isu hukum dengan mendasarkan suatu aturan yang belum berlaku.
6. Interpretasi teleologis: setiap interpretasi pada dasarnya adalah teleologis

Pada penelitian tersebut akan digunakan:Interpretasi gramatikal mengartikan suatu term hukum atau suatu bagian kalimat yang menurut bahasa sehari-hari atau bahasa hukum; Interprestasi wets-en rechshistorische" menelusuri maksud pembentukan undang-undang adalah suatu "wetshistorische interpretatie" dalam hal usaha menemukan jawaban atas suatu isu hukum dengan menelusuri perkembangan hukum (aturan) disebut "rechtshistorische interpretatatie dan interprestasi teologis.

1.7 . Pertanggungjawaban Sistematika

Penulisan disertasi akan terbagi dalam 4 (empat) Bab yang terdiri dari 2 (dua) bab pembahasan atas masalah yang diteliti, dan 2 (dua) bab lainnya merupakan bab pendahuluan dan penutup. Secara keseluruhan dari bab-bab tersebut tersusun dengan sistematika dibawah ini:

---

[102]Philipus M. Hadjon, Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif*), **Yuridika***, Majalah FH. Unair, No. 6 Tahun IX Nopember-Desember 1994, h.6,

Bab I, merupakan bab pendahuluan yang berisikan gambaran umum serta arah yang akan ditulis dalam disertasi. Bab ini akan menjelaskan latar belakang penelitian, yang merupakan uraian tentang perlunya penelitian dan penulisan disertasi ini. Kemudian disusul dengan memaparkan rumusan masalah yang akan diteliti dan ditulis. Rumusan masalah ini sekaligus merupakan fokus batasan dan arah penelitian. Tujuan dan manfaat yang ingin dicapai dalam penelitian dan penulisan ini juga menjadi pokok bahasan. Selain itu, bab, pendahuluan juga mengetengahkan kerangka konseptual. Kerangka konseptual ini memberikan pemahaman hal-hal yang berhubungan dengan permasalahan dalam penelitian dan penulisan disertasi ini. Bab pendahuluan diakhiri dengan pembahasan tentang metode penelitian, pendekatan masalah, serta bahan-bahan hukum yang dipergunakan dalam penelitian dan penulisan disertasi ini.

Bab II, membahas tentang prinsip hukum adat kalosara pada masyarakat adat Suku Tolaki. Telaah terhadap prinsip-prinsip hukum tersebut dilakukan dengan cara menganilisis putusan-putusan lembaga Hukum adat kalosara serta beberapa Putusan Hakim tentang sengketa yang telah di putuskan oleh Lembaga Adat Tolaki yang bertujuan untuk menemukan prinsip hukum adat Kalosara. Dengan ditemukannya asas-asas tersebut dapat menjadi acuan dasar pembentukan hukum penyelesaian sengketa. Oleh karena itu Bab II terbagi dalam sub bab yang membahas tentang hukum adat, hukum adat sebagai aturan hukum, Ruang lingkup penyelesaian sengketa oleh lembaga adat, prinsip penyelsaian sengketa oleh lembaga adat sebagai alternatif penyelesaian sengket serta prinsip hukum adat kalosara Masyarakat Adat Suku Tolaki. **Bab III Membahas Model**