

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Umum Hak Ulayat

1. Istilah dan Pengertian Hak Ulayat

Asal-usul konsepsi hak ulayat bersumber pada aspek kebudayaan pada masyarakat melayu yang memiliki landasan dalam masyarakat adat bersangkutan pada saat itu. Secara konseptual, hak ulayat hanya dimiliki oleh masyarakat adat yang ber-klen (*clan*), dan masyarakat adat ber-klen tersebut berasal dari masyarakat adat yang bersistem kekerabatan unilateral (system gabungan antara *system matrilineal* dengan *system patrilineal*). Landasan-landasan kekerabatan tersebut kemudian memunculkan pengertian “hak ulayat”. Dalam pengertian ekstensif tanah hak ulayat pada dasarnya berfungsi sebagai jaminan kesejahteraan bersama, sumber kebutuhann taktis, lalu sebagai sumber dana untuk menyelenggarakan hajatan adat (tuntutan adat). Dengan demikian, pengertian hak ulayat menurut konsepsi hukum adat adalah hak yang dimiliki oleh suatu klen/kerabat masyarakat adat dalam suatu satuan hukum adat.

Masyarakat adat yang berdasarkan pada asas keturunan anggota-anggotanya merasa terikat dalam suatu ketertiban berdasarkan kepercayaan bahwa mereka semua berasal dari satu keturunan yang sama. Dalam masyarakat hukum adat dikenal tiga macam pertalian keturunan yakni menurut garis laki-laki (*patrilineal*), garis perempuan (*matrilineal*) dan gabungan ibu dan bapak (*parental*).¹⁵ Di Indonesia masih terdapat dua jenis landasan mempersatukan orang berdasarkan keturunan, yang dalam bahasa Belanda disebut *altenerend* dan *dubbelunilateraal*.

¹⁵ Ter Haar, *Asas-Asas, dan Susunan Hukum Adat*, (Terjemahan K.Ng. Soebakti Poespono). Cetakan ke-13. Pradnya Paramita, Jakarta, 2001, hlm.68

Undang-Undang Pokok Agraria menggunakan istilah hak ulayat (wilayah) untuk menunjukan pada tanah yang merupakan wilayah lingkungan masyarakat hukum bersangkutan. UUPA mengakui keberadaan masyarakat hukum adat dan hak ulayat. Pengakuan terhadap hak ulayat dilakukan sepanjang menurut kenyataannya masih ada, tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi. Berbeda dengan UUD 1945 sebelum perubahan, UUPA memperkenalkan konsep pengakuan bersyarat, yang kemudian diikuti secara baku oleh peraturan perundangan sesudahnya.

Sedangkan hukum tidak memberikan nama terhadap istilah ulayat, namun hanya untuk menunjukan tanah wilayah sebagai Ambon (tanah wilayah sebagai kepunyaan), *panyampeto*- Kalimantan (tempat yang memberi makan), *pewatasan*- Kalimantan, *wewengkon*-Jawa, *prabumian*-Bali (sebagai daerah yang dibatasi), atau sebagai tanah yang terlarang bagi orang lain misalnya, *tatabuan*-Bolaang di Mangondow. Selain itu juga dikenal pada beberapa daerah hak tanah yang hampir sama seperti *torlok*-Angkola, *limpo*-Sulawesi Selatan, *muruburu*-Buru, *payar*-Bali, *paer*-Lombok, dan ulayat-Minangkabau.¹⁶ Sedangkan di Maluku Utara dikenal dengan *aha cocatu*, *aha kolano*-Tidore, *aha kolano* dan *aha cocatu*-Ternate/Jailolo (tanah sultan, tanah suku, tanah bagi orang-orang tertentu). Penggunaan istilah yang berbeda-beda tersebut tidak bisa lepas dari hukum adat yang berlaku di daerah dan masyarakat hukum adat masing-masing di Indonesia, karena pada dasarnya hak-hak ulayat merupakan bagian dari hukum adat, dan merupakan *salah satu otoritas* hak penguasaan tertinggi atas tanah dalam hukum adat. Untuk menyebut hak ulayat, **van vollenhoven** menggunakan istilah *beschikkingsrecht*.¹⁷

¹⁶ Ter Haar, Ibid

¹⁷ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Nasional, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jambatan, Jakarta, 2003, hlm 186.

Menurut **van vollenhoven**,¹⁸ hak ulayat adalah suatu hak yang sudah sangat tua meliputi seluruh Indonesia yang asal muasal bersifat keagamaan. Hak ini dimiliki oleh suatu suku (*stam*), atau oleh sebuah gabungan desa (*drosbond*) atau biasanya oleh sebuah desa saja, tetapi tidak pernah dipunyai oleh suatu orang individu. Sedangkan **Holleman**, menguraikan hak pertuanan diumpamakan sebagai cat (warna) dasar sebuah lukisan. Segala jenis hak atas tanah yang bertumpu di atasnya dimisalkan sebagai warna luar dan nyata sekali terhadap warna dasar. Hak pertuanan adalah fondasi bagi semua hak-hak luar biasa, maka hak-hak luar biasa melentur, maka hak pertuanan akan nampak sekali, sebaliknya jika tidak ada hak-hak luar biasa di atasnya, maka hak pertuanan akan nampak sekali, sebaliknya jika tidak ada hak-hak luar biasa di atasnya, maka hak pertuanan akan nampak secara penuh.

Sedangkan **Boedi Harsono**,¹⁹ mengartikan hak ulayat sebagai seperangkat wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat yang berhubungan dengan tanah yang terletak dalam lingkungan wilayahnya sebagai pendukung utama penghidupan dan kehidupan masyarakat yang bersangkutan sepanjang masa. Selain itu hak ulayat juga diartikan sebagai tanah kepunyaan bersama yang diyakini sebagai karunia suatu kekuatan Gaib atau peninggalan nenek moyang kepada kelompok atau masyarakat hukum adat. Bagi **Hilman Hadikusuma** menyebutkan hak wilayah, hak persekutuan, atau masyarakat hukum adat atas lingkungan tanah yang belum dibuka atau tidak dikerjakan. Di atas hak tersebut terdapat hak penguasaan atau hak pengawasan atau hak mengatur dari pemerintahan marga tertentu yang kita kenal dengan masyarakat hukum adat. Hak ulayat sebagai istilah teknis yuridis adalah hak yang melekat sebagai kompetensi khas

¹⁸ Van Vollenhoven, *Ichtisar lengkap De Indonesier en zijn grond jilid 1*(terjemahan Soewargono). Yayasan Badan penerbit Gajah Madah, Yogyakarta, 1956.

¹⁹ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia*, Op.Cit, hlm. 185

pada masyarakat hukum adat, berupa wewenang/kekuasaan mengurus dan mengatur tanah seisinya dengan daya laku ke dalam dan ke luar.²⁰

Menurut **Achmad Sodiki**,²¹ konsep penguasaan tanah yang berlaku pada masyarakat tradisional salah satunya adalah hak ulayat, yaitu suatu hak masyarakat hukum sebagai suatu kesatuan yang mempunyai wewenang ke luar dan ke dalam, serta di dalamnya terdapat hak individu atas tanah yakni hak yang lahir karena pengusahaan yang terus menerus secara intensif atas sebidang tanah (kosong). Sedangkan **Muchsin**,²² mendefinisikan hak ulayat sebagai hak yang dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas wilayah tertentu, yang merupakan lingkungan hidup para warganya untuk mengambil manfaat dari sumberdaya alam, termasuk tanah dalam wilayah tersebut bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya. Lebih lanjut **Iman Sudiyat** menegaskan bahwa ciri-ciri pokok hak ulayat adalah hanya persekutuan hukum itu sendiri beserta para warganya yang berhak dengan bebas mempergunakan tanah-tanah liar di wilayah kekuasaannya. Dalam hal ini ditentukan norma sebagai berikut :

- a. Orang luar hanya boleh mempergunakan tanah itu dengan izin penguasa persekutuan tersebut. Tanpa adanya izin itu ia dianggap melakukan pelanggaran;
- b. Warga persekutuan hukum boleh mengambil manfaat dari wilayah hak purba dengan restriksi : hanya untuk keperluan *somah* atau *brayat* atau keluarganya sendiri: jika dimanfaatkan untuk kepentingan orang lain, ia dipandang sebagai orang asing, sehingga harus mendapat izin lebih dahulu. Sedangkan orang asing

²⁰ Fakultas Hukum UGM, *Laporan Penelitian Integrasi Hak Ulayat ke dalam Yuridiksi UUPA*, Depdagri-FH UGM, 1978.

²¹ Achmad Sodiki, *Penataan Kepemilikan Hak*, 1999. hlm.21

²² Muchsin, *Kedudukan Tanah Ulayat Dalam Sistem Hukum Tanah Nasional*, dalam Varia Peradilan Tahun XXI No. 245 April 2006. Ikahi, Jakarta, 2006.

hanya diperkenankan mengambil manfaat dari wilayah hak purba dengan izin Kepala persekutuan hukum serta pembayaran *upeti, mesi (recognitie, retributie)*, kepada persekutuan hukum;

- c. Persekutuan hukum bertanggung jawab atas segala hak yang terjadi dalam wilayahnya, terutama yang berupa tindakan melawan hukum, yang merupakan delik;
- d. Hak purba tidak dapat dilepaskan, dipindah-tangankan, diasingkan untuk selamanya; dan
- e. Hak purba meliputi juga tanah yang sudah digarap, yang sudah diliputi oleh hak perorangan.

Pengertian hak ulayat yang dapat disebut juga dengan hak persekutuan adalah daerah dimana sekelompok masyarakat hukum adat bertempat tinggal mempertahankan hidup tempat berlindung yang sifatnya megis-religius. Masyarakat yang hidup di dalam hak ulayat berhak mengerjakan tanah itu, dimana setiap anggota masyarakat dapat memperoleh bagian tanah dengan batasan-batasan tertentu.²³ Sedangkan **van Vollenhoven** memberi ciri-ciri hak ulayat itu adalah sebagai berikut :

- a. Tiap anggota dalam persekutuan hukum (suku, sub suku, atau fam) mempunyai wewenang dengan bebas untuk mengerjakan tanah yang belum digarap, misalnya dengan membuka tanah untuk mendirikan tempat tinggal baru.
- b. Bagi orang di luar anggota persekutuan hukum, untuk mengerjakan tanah harus dengan izin persekutuan hukum (dewan pimpinan adat).

²³ Syamsul Rizal. *Kebijaksanaan Agraria Sebelum dan Sesudah Keluarnya UUPA*. Fakultas Hukum Bagian Hukum Perdata, Universitas Sumatera Utara, Medan, 2003.

- c. Anggota-anggota persekutuan hukum dalam mengerjakan tanah ulayat itu mempunyai hak yang sama, tapi untuk bukan anggota selalu diwajibkan membayar suatu retribusi (uang adat, sewa lunas, sewa hutang, bunga pasir dan lain-lain) ataupun menyampaikan suatu persembahan (ulutaon, pemohon).
- d. Persekutuan hukum sedikit banyak masih mempunyai campur tangan dalam hal tanah yang sudah dibuka dan tanami oleh seseorang.
- e. Persekutuan hukum bertanggung jawab atas segala sesuatu yang terjadi dalam ulayatnya.
- f. Persekutuan hukum tidak dapat memindah tangankan hak penguasaan kepada orang lain.
- g. Hak ulayat menurut hukum adat ada di tangan suku/masyarakat hukum/desa.²⁴

Berdasarkan pengertian yang dikemukakan para pakar di atas, dapat dipahami bahwa hak ulayat mempunyai ciri-ciri sebagai berikut :

- a. Merupakan hak komunal dari suatu komunitas masyarakat hukum adat;
- b. Merupakan hak atau wewenang yang diberikan oleh hukum untuk memanfaatkan sumberdaya alam termasuk tanah;
- c. Hak tersebut memiliki wilayah (yuridiksi) di tempat hidup para warga masyarakatnya;
- d. Hak tersebut berlaku terhadap masyarakat hukum adat maupun masyarakat pada umumnya (berlaku ke dalam dan ke luar);
- e. Terdapat ikatan hukum antara masyarakat hukum adat dengan tanah ;

²⁴ Bushar Muhammad. *Asas-Asas Hukum Adat : Suatu Pengantar*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1988.

- f. Mempunyai norma hukum yang mengatur hubungan antar masyarakat hukum adat dengan wilayah dimana sumberdaya alam tersebut berada; dan
- g. Memiliki istitusi/lembaga yang melakukan pengawasan atas pemanfaatan tanah ulayat.

2. Subjek Hukum Hak Ulayat

Subjek hukum dalam kapasitas sebagai pembentuk dan pelaksana suatu norma, masyarakat ditempatkan pada posisi yang dominan dalam konteks hak ulayat dan hak perorangan, karena semua bentuk atau hukum yang ditetapkan pada akhirnya bermuara pada kepentingan atau kebutuhan masyarakat. **Soepomo** setelah mengutip pendapat **van Vollenhoven** yang disampaikan pada tanggal 2 Oktober 1901, menyatakan bahwa untuk mengetahui hukum, maka terutama perlu diseliki tentang hukum buat waktu apabilapun dan di daerah manapun, sifat dan susunan badan-badan persekutuan hukum, dimana orang-orang yang dikuasai hukum itu hidup sehari-hari.²⁵

Masyarakat merupakan suatu sistem sosial yang menjadi wadah dari pola-pola interaksi sosial atau hubungan interpersonal maupun hubungan antar kelompok sosial.²⁶ Untuk itu dalam hukum adat dapat disimpulkan bahwa suatu masyarakat hukum adat dapat terjadi dalam suatu bingkai kedaerahan yang kita kenal dengan asas teritorial dan berdasarkan keturunan (asas geneologis) atau gabungan teritorial dan geneologis.²⁷

Masyarakat hukum adat dapat dikategorikan berdasarkan teritorial, yakni susunan berasaskan lingkungan hubungan darah, dimana anggota masyarakatnya merasa bersatu dan oleh sebab itu merasa bersama-sama merupakan kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan, karena ada ikatan antara mereka masing-masing dengan tanah

²⁵ Soepoma, Bab-Bab Tentang Hukum Adat. Pradnya Paramitha. 1980. hlm. 49.

²⁶ Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 91.

²⁷ Soepomo, Op.Cit., hlm. 51

tempat tinggal. Jadi unsur yang mempersatukan anggota masyarakat adalah ikatan antara orang dengan tanah yang didiami sejak kelahirannya, didiami oleh orang tua dan bahkan sejak nenek moyang mereka secara turun temurun. Untuk itu, pada masyarakat kategori ini, ikatan dengan tanah (wilayah) merupakan inti dari asas teritorial.

Hubungan dengan masyarakat hukum adat yang strukturnya berdasarkan teritorial, dikenal ada 3 (tiga) jenis masyarakatnya, yakni : (1) masyarakat hukum desa; (2) masyarakat hukum wilayah (persekutuan desa); dan (3) masyarakat hukum serikat desa (perserikatan desa). Masyarakat hukum desa merupakan sekumpulan/golongan orang yang hidup bersama berasaskan pandangan hidup, cara hidup dan sistem kepercayaan yang sama, menetap pada suatu tempat kediaman bersama dan merupakan satu kesatuan, suatu tata susunan, yang tertentu, baik keluar ke dalam.

Salah satu sifat khas dari hak ulayat pada masyarakat hukum adat yakni komunalistik religius dimana memungkinkan penguasaan tanah secara individu, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi sekaligus mengandung unsur²⁸. Unsur kebersamaan ini merupakan hak bersama masyarakat hukum adat atas tanah yang kita kenal dengan hak ulayat, sekaligus bersifat religius karena tanah hak ulayat yang diperoleh warga masyarakat diyakini sebagai karunia Tuhan yang diberikan kepada nenek moyang mereka sampai pada generasi selanjutnya.

Pemanfaatan hak ulayat dilakukan oleh para warga sebagai anggota kelompok masyarakat hukum adat (baik teritorial maupun geneologis). Masing-masing mempunyai hak untuk menguasai dan menggunakan sebagian tanah kepunyaan bersama guna memenuhi kebutuhan keluarga. Imam Ruchiyat menulis bahwa hak ulayat tidak dapat dilepaskan kecuali untuk sementara waktu, guna kepentingan anggota-anggotanya atau

²⁸ Boedi Harsono, *Op.Cit.*, hlm. 180.

mungkin orang asing.²⁹ Sifat penguasaan yang demikian itu pada dirinya mengandung apa yang disebut unsur kebersamaan.³⁰

Selain subjek hak ulayat berupa masyarakat atau individu juga dikenal badan hukum sebagai pihak yang diberikan wewenang dan tugas untuk melakukan pemeliharaan, pemanfaatan terhadap sumber daya alam yang dimiliki, sekaligus mengatur hubungan hukum antara masyarakat dengan sumber daya tersebut, dengan tujuan agar pemanfaatannya tetap lestari dan tidak menimbulkan konflik.

3. Objek Hak Ulayat

Pada dasarnya objek hak ulayat meliputi semua tanah yang ada dalam lingkup wilayah masyarakat hukum adat yang bersangkutan baik yang sudah mempunyai hak diatas tanah tersebut maupun yang belum, dengan demikian dalam lingkup hak ulayat tidak mengenal adanya tanah yang *res nullius*, sehingga tanah yang ada dalam wilayah masyarakat pasti ada disekitarnya. Batas-batas tersebut misalnya serta dapat bertahan dalam jangka waktu lama.³¹ Tanah dapat berupa hak ulayat, membuka tanah (*ontiginnings-recht*), memungut hasil hutan atau hak menikmati (*genotrecht*), hak pakai (*gebruiksrecht*), hak milik adat (*inlandsch bezitrecht*), hak memungut hasil hutan (*zemelrecht*), hak menebang pohon/hutan (*kaprecht*) hak berburu (*jachtrecht*), batas wilayah adat dan sebagainya.

Menurut **ter Haar**, objek dari hak ulayat berlaku baik atas tanah, maupun atas perairan (sungai dan pantai) dan juga atas tanaman yang tumbuh sendiri (pohon-pohon lebah, pohon buah-buahan, dan pohon untuk pertukangan) beserta atas binatang-binatang

²⁹ Imam Ruchiyat, *Politik Pertanahan Sebelum dan Sesudah Berlakunya UUPA*, Alumni, Bandung, 1992, Op.Cit. hlm. 32

³⁰ Boedi Harsono, Op.Cit., hlm. 182

³¹ Ibid., hlm.186.

yang hidup liar. Objek hak ulayat seperti di atas, termasuk, lahan perkebunan, alat-alat pustaka, kuburan, dan tempat-tempat yang dianggap keramat.

4. Hubungan Hukum Antara Masyarakat Hukum Adat Dengan Hak Ulayat

Hubungan hukum hak ulayat antara tanah dengan masyarakat hukum adat dapat dikelompokkan dalam 2 (dua) bentuk, yakni hubungan hukum secara internal, dan secara eksternal. **Boedi Harsono** menggunakan istilah berlaku ke dalam dan berlaku ke luar. Hubungan hukum ini dimaksudkan agar dalam penggunaan hak ulayat tidak menimbulkan perselisihan baik antara masyarakat hukum adat maupun antara masyarakat hukum adat dengan para warga lain di luar komunitas adat tersebut.

1) Hubungan Hukum Hak Ulayat Secara Internal

Pengaturan pengelolaan hak ulayat dimaksudkan untuk menjaga keseimbangan kepentingan antara warga, maka ditunjuk kepala adat untuk memelihara, mengatur, mengolah serta memanfaatkan tanah ulayat secara efektif dan efisien. Kewajiban diemban oleh para penguasa adat yang bersumber dari hak ulayat adalah untuk meningkatkan kesejahteraan dan melindungi kepentingan masyarakat hukum sekaligus mencegah dan menyelesaikan timbulnya perselisihan mengenai penguasaan dan pemakaian tanah hak ulayat. Melalui kewajiban tersebut, secara tidak langsung masyarakat hukum adat tekeh menyerahkan kewenangan yang dimiliki kepada penguasa adat guna mengelola kepentingan mereka dengan pembatasan-pembatasannya. **Boedi Harsono** menyebutkan pembatasan tersebut seerti pada dasarnya tidak diperbolehkan penguasa adat mengalihkan seluruh atau sebagian tanag wilayahnya kepada siapapun. Walaupun demikian ada pengecualiannya seperti berwenang untuk menunjuk hutan-hutan tertentu sebagai hutan cadangan yang tidak boleh dibuka oleh siapa pun, menunjuk tanah tertentu untuk dipakai keperluan umum atau

keperluan bersama seperti untuk kuburan, tempat penggembalaan, tempat ibadah dan sebagainya.³²

Secara konseptual, di atas tanah hak ulayat terdapat hak dan kewajiban dari masyarakat hukum adat. Hak tersebut antara lain berkaitan dengan keleluasan untuk membuka tanah dan mempergunakan tanah dalam wilayah hukum. Kewajiban masyarakat hukum adat terhadap tanah hak ulayat juga diharapkan tidak menimbulkan konflik antarwarga hukum adat, karena itu keseimbangan pengelola sangat diperlukan dalam pemanfaatannya. Bagi masyarakat yang akan menggunakan tanah, diharuskan memberitahukan kepada penguasa adat, agar tidak terjadi tumpang tindih (*overlapping*) dalam pemanfaatan. Pemberitahuan ini bukan bersifat permintaan izin.

Pemanfaatan tanah hak ulayat biasanya digunakan untuk kebun, ladang, sawah, perumahan dan sebagainya dengan hak pakai atau bahkan dikuasai dengan hak milik. Pengakuan penguasaan hak ulayat dengan hak milik memberikan konsekuensi bahwa hukum adat selain mempunyai prinsip penguasaan tanah secara komunal (bersama-sama), juga diakui hak-hak perorangan. Hubungan kedua hak tersebut bersifat timbal balik dimana semakin dimanfaatkannya tanah secara perseorangan maka semakin kuat hubungan tanah dengan yang bersangkutan, dan sebaliknya semakin berkurang usaha dilakukan di atas tanah tersebut, maka semakin kuat hak ulayat yang ada. Hubungan antara hak ulayat dengan hak individual merupakan hubungan yang lentur, fleksibel.

³² Boedi Harsono, Op.Cit., hlm. 187.

2) Hubungan Hukum Hak Ulayat Secara Eksternal

Selain warga masyarakat hukum adat yang dapat memanfaatkan tanah yang ada dalam wilayah hukumnya, juga dapat diberikan kepada orang lain yang berada diluar masyarakat hukum adat yang bersangkutan jika diijinkan oleh penguasa adat. Orang asing dapat membuka tanah, mengambil hasil hutan berburu dan sebagainya, namun harus memberikan sesuatu barang yang disebut pengisi adat. Hak ulayat tidak dapat dilepaskan kepada orang asing terkecuali untuk sementara waktu, dan yang bersangkutan harus memberikan kompensasi berupa pembaruan cukai (*beffingen*) atas penghasilan yang hilang karena pelepasan tanah tersebut kepada masyarakat ditempat tanah ulayat tersebut terletak. Besarnya pengisi adat dilakukan dengan pembagian sebagian atau sepersepuluh dari hasil yang diperoleh.

5. Penguasaan Tanah dalam Dimensi Budaya

Studi tentang masalah hak ulayat atas tanah di Indonesia, secara normatif maupun empiris menggambarkan bahwa tanah hak ulayat cenderung berada dalam dimensi *budaya* dan *hukum* pada masyarakat *hukum adat*. Studi dalam dimensi budaya terhadap tanah umumnya memperlihatkan eksistensi tanah dalam berbagai dimensi kehidupan masyarakat dalam suatu negara merdeka, baik dari sisi kolonialisme, perubahan cultural, perubahan struktur masyarakat dengan domain politik praktik penguasaan dan pemanfaatan tanah. Hal ini dapat dipahami pada budaya Taro Goh (1998) yang memperlihatkan bahwa perubahan pola penguasaan tanah dari *sistem komunal* ke individu. Jawa abad 19 merupakan akibat penetrasi budaya Eropa sehingga

praktis perubahan tak dapat dihindari. Studi **Ruwiastuti**³³ memperlihatkan bahwa ketika Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) dibuat tahun 1960 konsep *recusnite adat* (pengakuan secara adat) dari pemerintah kolonial Belanda ikut teradopsi. Hal demikian dapat dipahami dengan sejumlah tanda *recognitie* adat versi nasional, seperti penyerahan surat pelepasan hak ulayat tokoh masyarakat adat, maka status tanah mengalami perubahan, hak ulayat menjadi tanah negara.

Di bagian **Sudjatmiko**,³⁴ (2000), membandingkan sejarah feodalisme dalam penerapan *landreform* dengan Eropa. Di Eropa tanah dikuasi tuan-tuan tanah dan tersentralisir. Sedangkan di Indonesia khususnya di Jawa struktur pemilikan tanah adalah milik dewa atau Tuhan. Tanah secara penuh dikuasai oleh raja sebagai wakil Tuhan di muka bumi. Pandangan ini telah diakomodir oleh **Laksono** (1985) bahwa (1) akibat keterbatasan informasi tentang kehidupan sosial masyarakat pada kuas prokolonial; (2) akibat umumnya informasi yang tersedia hanya hubungan dengan administrasi kerajaan, sehingga lebih menggambarkan hirarki wewenang dan distribusi kekuasaan dalam kerajaan; (3) adanya penelitian selalu mengkonstruksi dan mereduksi masyarakat ke dalam hubungan yang terjalin karena pengelolaan sumber yang terkait dengan pengarah dan pengaturan tenaga manusia. Sehingga masyarakat petani desa dan produksinya selalu dikontrol oleh kerajaan. Lebih lanjut **Laksono** menyebutkan bahwa pandangan seperti ini muda sekali membawa seorang peneliti pada anggapan sempit yang hanya melihat masyarakat desa Jawa sebagai masyarakat kelas berstratifikasi.³⁵

Ada kemungkinan analisis **sudjatmiko** hanya terfokus hanya terfokus pada petani jawa dalam lingkup kerajaan. Hal ini sangat kontras dengan elaborasi **Onghokam**

³³ Ruwiastuti, Op Cit, 1997.

³⁴ Sudjatmo, Op Cit, 2000.

³⁵ Laksono, P.M., *Tradisi Dalam Struktur Masyarakat Jawa Kerajaan dan Pedesaan; Alih-ubah Model Berpikir Jawa*, Yogyakarta, UGM-Press. 1985.

(1975 dan 1979) yang membagi dua kelas sosial penguasaan tanah petani Jawa, yaitu *priyai* (kelompok *elit aristocrat*) dan *sikap* (pemilik tanah), petani, serta istilah *numpang* (petani tidak bertanah yang tergantung pada *sikap*). Tesis **Ongkokan** itu berusaha untuk menolak pandangan teoritis politik pemerintah Belanda yang beranggapan bahwa tanah dimiliki secara komunal melalui penguasaan raja, tetapi sebenarnya penguasaan tanah tersebut hanya sebagai sebuah fenomena komunikasi kepemilikan individu yang disebut *sawah pusaka*. Bagi **Laksono**³⁶ (1985), ia menunjukkan bahwa walaupun di *Begelen*. *Berstradisi* kerajawian dan terdapat pada lingkup kerajaan jelas sekali menggambarkan masyarakat desa Jawa tersusun secara berlapis menurut penguasaannya atas tanah, seperti lapisan kuli baku, *hidung*, *pondok* atau *numpang* dan *rakyat*.

Jadi studi-studi Etnografi yang ditampilkan di atas umumnya memperlihatkan bahwa sistem penguasaan dan pemanfaatan tanah sangat didominasi oleh beberapa aspek yakni aspek historis, metologi, struktural sosial, geneologi dan ritual, oleh karena tanah disimbolkan sebagai *fenomena bernilai sacral* dan bukan *ekonomi belaka*.

Studi **Erari**,³⁷ tentang perspektif orang Melanesia bahwa tanah bukanlah sekedar benda tanpa roh. Namun tanah adalah komponen yang dimiliki dimensi *spiritual* sehingga seluruh dimensi hidup manusia berpusat pada tanah. Atas dasar demikian timbul masalah bagaimana keterkaitan domain kekuasaan negara yang sifatnya *universalistic* dan *fragmentasi* aturan (*prulisme hukum*) antara *aturan adat* dan *aturan negara* yang sering bertolak belakang dalam upaya penataan dan pengelolaan tanah bagi kepentingan pembangunan dewasa ini.

³⁶ Laksono, P.M., Ibid 1985.

³⁷ Erari Phil Karel, *Tanah Kita, Hidup Kita; Pendekatan Budaya Melanesia Dalam Rangka Krisis Ekologi Global*. Prisma, 6 Juni-Juli. Jakarta. 1997.

Untuk itu pertentangan beberapa hasil studi dalam konteks budaya dan hukum terhadap tanah ulayat merupakan bagian penting melengkapi kekurangan studi-studi di atas, terutama terhadap masyarakat adat Papua yang telah mengalami berbagai perubahan struktur sosial dan status nilai tanah. Sehingga pemahaman yang utuh terhadap *keberadaan hak ulayat/tanah ulayat* dan *hak perorangan* mensyaratkan pemahaman terhadap struktur masyarakat adat Papua yang pluralistik berdasarkan karakteristik ekologi kebudayaan. Oleh karena pemahaman terhadap struktur sosial sangat terkait dengan struktur hak kepemilikan dan penguasaan serta pemanfaatan tanah (tanah Ulayat). Menurut **Geertz**³⁸ (1983) berpendapat bahwa struktur kepemilikan tanah merupakan bentuk spesifik dari pola sosial dan hanya merupakan diri dalam simbol-simbol kelembagaan yang rumit. Contoh **J.R Mansoben** membebagi empat tipologi tipe kepemimpinan tradisional di Tanah Papua, yaitu 1) Tipe Big-man pada orang Dani, Damal, Nduga, Mee, dan Amungme ... di daerah Pegunungan Tengah dan Tengah bagian Barat ... ; 2) Tipe Kepala Suku/klen (Ondoafi) pada orang Sentani, Kentuk, Genyem, Namblong, Tepera, dan Ormu... (kabupaten Jayapura); 3) Tipe Pertuanan (Raja) pada orang Fak-Fak dan Kepulauan Raja Ampat (Sorong)... ; 4) Tipe Campuran pada orang Wandamen, Waropen dan Biak Numfor....³⁹

Keempat tipe kepemimpinan ini sangat terkait dengan kedudukan (status dan peran) mereka dalam sistem penguasaan, pemilikan dan pemanfaatan tanah-tanah ulayat serta memberi keputusan adat terhadap perubahan *status quo* atas tanah ulayat.

Studi **Suparlan**,⁴⁰ (1991) menggambarkan hak penataan tanah komunal biasanya diserahkan kepada kepala klen (keret/marga). Jika suatu ketika tanah alih

³⁸ Geertz M, *Agricultural Involution; The Processes of Ecological Change in Indonesia*. Berkeley University of California Press. 1983.

³⁹ J.R. Mansoben, Op Cit 1995

⁴⁰ Suparlan, Op Cit. 1991

fungsikan (dijual) maka kepala klen-lah yang bertanggung jawab. Namun tidak memiliki Otoritas sendiri untuk menjual tetapi dirundingkan bersama dengan klen (keret/marganya). Sedangkan studi **Hetharia**,⁴¹ pada orang Skouw (Jayapura) memperlihatkan juga bahwa kewenangan *Harsory* (kepala adat) sangat sentral dalam penataan, pembagian, pelepasan dan penyelesaian konflik (sengketa) tanah di wilayah adatnya. Hal serupa digambarkan pada studi **Reumi**,⁴² pada masyarakat adat Nimboran dimana kewenangan *Iram* tercermin adanya lembaga *eksekutif, legislatif dan yudikatif* secara tradisional ada dalam struktur kepemimpinan adat (*Iram*) yang sangat sentral dalam mengendalikan dimensi kehidupan masyarakat dibidang sosial budaya, ekonomi, politik, hukum bagi warganya termasuk pola penguasaan, pemilikan dan pemanfaatan tanah ulayat, termasuk yang diperuntukkan bagi kepentingan dan kebutuhan pembangunan secara berkelanjutan. Sehingga secara universal hubungan antara manusia dan tanah selalu berkaitan dengan bagaimana manusia memperlakukan tanah sebagai bagian yang tak dapat dipisahkan dari kehidupan masyarakat adat. Kemudian dalam studi lain **Reumi**⁴³, pada suku Amungme secara sentral pada kepemimpinan adat yang disebut *Menagawan* berdasarkan struktur kekerabatan fokus kepada *moety* yaitu *mom* dan *magai* bahwa penguasaan, pemilikan, pemanfaatan tanah ulayat dipegang oleh suku, klen/marga/keret/faam dan keluarga Inti/batih dalam satu wilayah persekutuan hukum adat. Sedangkan studi berikut **Reumi** bagi suku Kamoro, kepemimpinan adat disebut

⁴¹ Hetaria M, *Pembebasan Tanah Adat Untuk Pelaksanaan Pembangunan Fisik di Kec. Abepura, Khususnya di Wilayah Tanah Adat Masyarakat Nafri*. Laporan Penelitian F.H-UNCEN. 1991.

⁴² *Peranan Pranata Adat Dalam Penyelesaian Pembebasan Tanah Adat Pada Masyarakat Adat Nimboran di Jayapura*, Laporan Penelitian. 2000

⁴³ Reumi Frans, *Situasi Pluralisme Hukum dan Penyelesaian Sengketa (Suatu Kajian Antropologi Hukum)*. Jurnal Antropologi Papua. Vol II 6 April 2004. No. ISSN. 1693-2099 Amungme. 2004.

Weyaiku, dimana tanah ulayat di kuasai berdasarkan *prinsip taparu-taparu* dari klen-klen/marga-marga/keret-keret dengan mengacu kepada struktur sistem kekerabatan.⁴⁴

Dengan demikian ada lima dimensi pokok tanah yang diambil dari penjelasan di atas yaitu 1) tanah sebagai identitas budaya, 2) tanah sebagai bagian dari struktur sosial, 3) tanah sebagai sumber ekonomis, 4) tanah sebagai fenomena politik dan 5) tanah sebagai sumber sengketa (konflik), melekat dalam kehidupan masyarakat hukum adat.

6. Penguasaan Tanah dalam Dimensi Hukum

1) Pengertian Hak Penguasaan Atas Tanah

Hak penguasaan atas tanah dalam pemahaman juridis adalah permukaan bumi. Sedangkan hak-hak atas tanah adalah hak atas sebagian tertentu permukaan bumi, yang *berdimensi* dua dengan ukuran panjang dan lebar.

Tanah yang diberikan kepada dan dipunyai oleh orang dengan hak yang disediakan oleh Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) adalah untuk digunakan atau dimanfaatkan. Diberikannya dan dipunyainya tanah dengan hak-hak tersebut tidak akan bermakna jika penggunaannya terbatas hanya pada tanah sebagai permukaan bumi, tetapi juga tubuh bumi yang ada di bawahnya, dan air serta ruang yang ada di atasnya.

Dengan demikian, maka yang dipunyai dengan hak atas tanah yang diberikan itu adalah tanahnya dalam arti sebagian tertentu dari permukaan bumi. Oleh karena pemegang hak hanya boleh menggunakannya dalam batas-batas yang wajar.⁴⁵

⁴⁴ Reumi, Frans, dkk, *Hukum Adat Suku Amungme dan Kamoro di Timika Irian Jaya*, Tembagapura, PT. Freeport Indonesia. 1999.

⁴⁵ Irene Eka Sihombing, *Segi-segi Hukum Tanah Nasional Dalam Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan*, Universitas Trisaksi, Jakarta. 2005.

2) Hak Menguasai Negara

Pelimpahan tugas kewenangan bangsa Indonesia dilakukan pada waktu penyusunan Undang-Undang Dasar 1945 yaitu Pasal 33 ayat (3) dan ayat (4) UUD 1945 (amandemen keempat), menunjukkan bahwa hak menguasai negara adalah *hubungan hukum yang kongkrit antara negara dengan tanah di seluruh wilayah Indonesia, meliputi tanah-tanah yang tidak atau belum maupun yang sudah dikuasai dengan hak-hak perorangan*. Sedangkan yang tidak boleh UUPA tanah-tanah itu dikuasai langsung oleh negara (Pasal 37, 41, 43 dan 49), untuk kesatuan perekonomian nasional (lihat Pasal 2 UUPA).

3) Hak Ulayat masyarakat Hukum Adat

Hak ulayat adalah serangkaian wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat yang berhubungan dengan tanah yang terletak dalam lingkungan wilayahnya.

Wewenang dan kewajiban ini ada yang termasuk bidang hukum Perdata yaitu adanya unsur kepemilikan bersama atas tanah tersebut dan ada yang termasuk hukum publik, yaitu tugas kewenangan untuk mengelola, mengatur dan Hak ulayat dipertahankan dan dilaksanakan oleh penguasa adat dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Orang-orang asing yang termasuk menggunakan tanah harus mendapatkan ijin dari penguasa adatnya.

Dengan mengingat ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 UUPA pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa dari masyarakat-masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus demikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara yang berdasar atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan UU dan peraturan lain yang lebih tinggi. Dari dalam Pasal 3 UUPA dapat dilihat, bahwa hak ulayat ini keberadaannya diakui sepanjang menurut

kenyataannya hak tersebut masih ada. UUPA dan hukum tanah nasional kita tidak menghapus hak ulayat, tetapi juga tidak akan mengaturnya. Mengatur hak ulayat dapat berakibat melemahkan eksistensinya. Padahal perkembangan masyarakat menunjukkan kecenderungan akan hapusnya hak ulayat melalui proses alamiah yaitu dengan menjadi kuatnya hak-hak perorangan dalam masyarakat hukum adat yang bersangkutan.⁴⁶

4) Hak Ulayat Atas Tanah

Hak Ulayat adalah hak utama dalam persekutuan hukum adat bangsa Indonesia atau masyarakat hukum atas tanah (van vollenhoven, seorang ahli berkebangsaan Belanda yang banyak menulis tentang kebudayaan Suku Bangsa Indonesia menyatakan bahwa hak ulayat atau dalam bahasa Belanda disebut "*Beschikings Recht*". Menurut **Eddy Ruchijat**⁴⁷, yang dimaksud dengan Hak Ulayat adalah : "Hak desa menurut hukum adat dan kewenangannya untuk menguasai tanah dalam lingkungan daerahnya buat kepentingan anggota-anggotanya atau untuk kepentingan orang luar (orang asing) dengan membayar kerugian kepada desa dalam hal ini desa turut campur dengan pembukaan tanah atau turut campur dalam perkara-perkara yang terjadi di suatu yang belum dapat diselesaikan".

Kedudukan masyarakat persekutuan hukum adat dengan tanah terdapat hubungan yang erat sekali, bersifat komunalistik religius, hal ini menyebabkan persekutuan masyarakat hukum adat memperoleh hak untuk memanfaatkan tanah tersebut dengan memungut hasilnya dan berburu binatang, membuka kebun, hal demikianlah yang disebut Hak Ulayat.

⁴⁶ Irene E. Sihombing, *Ibid*, 2005

⁴⁷ Eddy Ruchijat, 1986, Op Cit. hlm. 31

Menurut PMNA/KBPN Nomor 5 Tahun 1999, yang dimaksud dengan Hak Ulayat adalah : “Kewenangan yang menurut hukum adat yang dipunyai oleh masyarakat Hukum Adat tertentu atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam termasuk tanah dan wilayah tersebut bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya yang timbul dari hubungan secara alamiah dan batiniah turun temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan”.

7. Ciri-Ciri Hak Ulayat

Menurut **Iman Sudiyat**⁴⁸, Ciri-ciri Hak Ulayat (hak purba) yang terlihat jelas di luar pulau Jawa yaitu:

- (1) Hanya persekutuan itu sendiri beserta warganya yang bebas menggunakan tanah-tanah liar di wilayah kekuasaannya.
- (2) Orang luar hanya boleh mempergunakan tanah itu dengan izin penguasa persekutuan tersebut, tanpa izin itu dianggap melakukan pelanggaran.
- (3) Warga persekutuan boleh mengambil manfaat dari wilayah hak ulayat dengan restriksi jika dimanfaatkan untuk kepentingan orang lain hanya dipandang sebagai orang asing, sehingga ia harus mendapat izin dahulu sedangkan orang lain hanya diperkenankan mengambil manfaat dari wilayah hak ulayat dengan izin Kepala persekutuan hukum disertai pembangunan (*recognize*) kepada Kepala persekutuan.

⁴⁸ Imam Sudiyat, *Azas-azas Hukum Adat Indonesia*. Jakarta. Pradnya Paramitha. 1981, hlm. 2-3, *Azas-azas Hukum Adat Indonesia*. Jakarta. Ghalia Indonesia (Edisi Baru). 2002.

(4)Persekutuan masyarakat Hukum adat bertanggung jawab atas segala hal yang terjadi dalam wilayahnya, terutama yang berupa tindakan melawan hukum yang merupakan delik.

(5)Hak Ulayat tidak dilepaskan, dipindah tangankan, diasingkan untuk selamanya.

(6)Hak Ulayat meliputi juga tanah yang sudah digarap dan yang sudah dimiliki oleh hak perorangan.

Akan tetapi ciri-ciri Hak Ulayat yang mendasar adalah :

(1)Komunal (kelompok masyarakat hukum adat)

(2)Hanya hak memungut hasil pemanfaatan tanah

(3)Tidak bisa dialihkan kepada pihak luar

(4)Hanya untuk kepentingan anggota

(5)Setiap penggunaan tanah Hak Ulayat harus ada izin Ketua Adat yang sifatnya tidak tertulis.

(6)Orang luar dari Persekutuan Masyarakat Hukum Adat dapat menggunakan tanah dengan cara memberi recognisi.

(7)Adanya sanksi-sanksi dari adat.

(8)Tidak ada hak milik individu.

Berdasarkan pengertian dari ciri-ciri hak ulayat diatas dapat disimpulkan bahwa hak ulayat merupakan sedangkaian wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat yang berhubungan dengan tanah yang terletak dalam lingkungan wilayahnya. Hak Ulayat meliputi semua tanah yang ada dalam lingkungan wilayah Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan yang sudah mempunyai hak maupun belum mempunyai suatu hak. Di dalam lingkungan hak ulayat tidak ada tanah sebagai "*Resnulus*" artinya tidak ada tanah tidak bertuan atau tak bertuan. Hak Ulayat mempunyai kekuatan hukum yang berlaku keluar dan kedalam. Kedalam berhubungan dengan warganya dan Keluar

berhubungan dengan bukan anggota masyarakat Hukum Adatnya yang disebut orang asing atau orang luar.

B. Landasan Teori Dan Kerangka Pikir

1. Teori Keadilan

Keadilan berasal dari kata adil, menurut Kamus Bahasa Indonesia adil adalah tidak sewenang-wenang, tidak memihak, tidak berat sebelah. Adil terutama mengandung arti bahwa suatu keputusan dan tindakan didasarkan atas norma-norma objektif. Keadilan pada dasarnya adalah suatu konsep yang relatif, setiap orang tidak sama, adil menurut yang satu belum tentu adil bagi yang lainnya, ketika seseorang menegaskan bahwa ia melakukan suatu keadilan, hal itu tentunya harus relevan dengan ketertiban umum dimana suatu skala keadilan diakui. Skala keadilan sangat bervariasi dari satu tempat ke tempat lain, setiap skala didefinisikan dan sepenuhnya ditentukan oleh masyarakat sesuai dengan ketertiban umum dari masyarakat tersebut.⁴⁹

Di Indonesia keadilan digambarkan dalam Pancasila sebagai dasar negara, yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Dalam sila lima tersebut terkandung nilai-nilai yang merupakan tujuan dalam hidup bersama. Adapun keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan kemanusiaan yaitu keadilan dalam hubungannya manusia dengan dirinya sendiri, manusia dengan manusia lainnya, manusia dengan masyarakat, bangsa, dan negara, serta hubungan manusia dengan Tuhannya.⁵⁰

Nilai-nilai keadilan tersebut haruslah merupakan suatu dasar yang harus diwujudkan dalam hidup bersama kenegaraan untuk mewujudkan tujuan negara, yaitu

⁴⁹ M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Ctk. Kedua, Kencana, Jakarta, 2014, hlm. 85.

⁵⁰ *Ibid*, hlm. 86

mewujudkan kesejahteraan seluruh warganya dan seluruh wilayahnya, mencerdaskan seluruh warganya. Demikian pula nilai-nilai keadilan tersebut sebagai dasar dalam pergaulan antar negara sesama bangsa didunia dan prinsip-prinsip ingin menciptakan ketertiban hidup bersama dalam suatu pergaulan antarbangsa di dunia dengan berdasarkan suatu prinsip kemerdekaan bagi setiap bangsa, perdamaian abadi, serta keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial).⁵¹

Aristoteles dalam karyanya yang berjudul *Etika Nichomachea* menjelaskan pemikiran pemikirannya tentang keadilan. Bagi Aristoteles, keutamaan, yaitu ketaatan terhadap hukum (hukum polis pada waktu itu, tertulis dan tidak tertulis) adalah keadilan. Dengan kata lain keadilan adalah keutamaan dan ini bersifat umum. Theo Huijbers menjelaskan mengenai keadilan menurut Aristoteles di samping keutamaan umum, juga keadilan sebagai keutamaan moral khusus, yang berkaitan dengan sikap manusia dalam bidang tertentu, yaitu menentukan hubungan baik antara orang-orang, dan keseimbangan antara dua pihak. Ukuran keseimbangan ini adalah kesamaan numerik dan proporsional. Hal ini karena Aristoteles memahami keadilan dalam pengertian kesamaan. Dalam kesamaan numerik, setiap manusia disamakan dalam satu unit. Misalnya semua orang sama di hadapan hukum. Kemudian kesamaan proporsional adalah memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya, sesuai kemampuan dan prestasinya.⁵²

Selain itu Aristoteles juga membedakan antara keadilan distributif dengan keadilan korektif. Keadilan distributif menurutnya adalah keadilan yang berlaku dalam hukum publik, yaitu berfokus pada distribusi, honor kekayaan, dan barang-barang lain yang diperoleh oleh anggota masyarakat. Kemudian keadilan korektif berhubungan

⁵¹ Ibid, hlm. 87.

⁵² Hyronimus Rheti, *Filsafat Hukum Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme)*, Ctk. Kelima, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2015, hlm. 241.

dengan pembetulan sesuatu yang salah, memberikan kompensasi kepada pihak yang dirugikan atau hukuman yang pantas bagi pelaku kejahatan. Sehingga dapat disebutkan bahwa ganti rugi dan sanksi merupakan keadilan akorektif menurut Aristoteles. Teori keadilan menurut Aristoteles yang dikemukakan oleh Theo Huijbers adalah sebagai berikut:⁵³

- 1) Keadilan dalam pembagian jabatan dan harta benda publik. Disini berlaku kesamaan geometris. Misalnya seorang Bupati jabatannya dua kali lebih penting dibandingkan dengan Camat, maka Bupati harus mendapatkan kehormatan dua kali lebih banyak daripada Camat. Kepada yang sama penting diberikan yang sama, dan yang tidak sama penting diberikan yang tidak sama.
- 2) Keadilan dalam jual-beli. Menurutnya harga barang tergantung kedudukan dari para pihak. Ini sekarang tidak mungkin diterima.
- 3) Keadilan sebagai kesamaan aritmetis dalam bidang privat dan juga publik. Kalau seorang mencuri, maka ia harus dihukum, tanpa mempedulikan kedudukan orang yang bersangkutan. Sekarang, kalau pejabat terbukti secara sah melakukan korupsi, maka pejabat itu harus dihukum tidak peduli bahwa ia adalah pejabat.
- 4) Keadilan dalam bidang penafsiran hukum. Karena Undang- Undang itu bersifat umum, tidak meliputi semua persoalan konkret, maka hakim harus menafsirkannya seolah-olah ia sendiri terlibat dalam peristiwa konkret tersebut. Menurut Aristoteles, hakim tersebut harus memiliki epikeia, yaitu “suatu rasa tentang apa yang pantas”.

⁵³ Ibid, hlm. 242

Menurut John Rawls, keadilan adalah fairness (justice as fairness). Pendapat John Rawls ini berakar pada teori kontrak sosial Locke dan Rousseau serta ajaran deontologi dari Imanuel Kant. Beberapa pendapatnya mengenai keadilan adalah sebagai berikut:⁵⁴

- 1) Keadilan ini juga merupakan suatu hasil dari pilihan yang adil. Ini berasal dari anggapan Rawls bahwa sebenarnya manusia dalam masyarakat itu tidak tahu posisinya yang asli, tidak tahu tujuan dan rencana hidup mereka, dan mereka juga tidak tahu mereka milik dari masyarakat apa dan dari generasi mana (veil of ignorance). Dengan kata lain, individu dalam masyarakat itu adalah entitas yang tidak jelas. Karena itu orang lalu memilih prinsip keadilan.
- 2) Keadilan sebagai fairness menghasilkan keadilan prosedural murni. Dalam keadilan prosedural murni tidak ada standar untuk menentukan apa yang disebut “adil” terpisah dari prosedur itu sendiri. Keadilan tidak dilihat dari hasilnya, melainkan dari sistem (atau juga proses) itu sendiri.
- 3) Dua prinsip keadilan. Pertama, adalah prinsip kebebasan yang sama sebesar-besarnya (principle of greatest equal liberty). Prinsip ini mencakup:⁵⁵
 - (a)Kebebasan untuk berperan serta dalam kehidupan politik (hak bersuara, hak mencalonkan diri dalam pemilihan);
 - (b)Kebebasan berbicara (termasuk kebebasan pers);
 - (c)Kebebasan berkeyakinan (termasuk keyakinan beragama);
 - (d)Kebebasan menjadi diri sendiri (person)

⁵⁴ Ibid, hlm. 246-247.

⁵⁵DamanhuriFattah, “Teori Keadilan Menurut John Rawls”, terdapat dalam <http://ejournal.radenintan.ac.id/index.php/TAPIs/article/view/1589> , Diakses terakhir tanggal 10 April

(e) Hak untuk mempertahankan milik pribadi. Kedua, prinsip keduanya ini terdiri dari dua bagian, yaitu prinsip perbedaan (the difference principle) dan prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (the principle of fair equality of opportunity). Inti prinsip pertama adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Istilah perbedaan sosio-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas. Sedang istilah yang paling kurang beruntung (paling kurang diuntungkan) menunjuk pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas. Dengan demikian prinsip perbedaan menurut diaturnya struktur dasar masyarakat adalah sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang diuntungkan.

2. Teori Kepastian Hukum

Teori kepastian hukum merupakan salah satu dari tujuan hukum dan dapat dikatakan bahwa kepastian hukum merupakan bagian dari upaya untuk dapat mewujudkan keadilan. Kepastian hukum sendiri memiliki bentuk nyata yaitu pelaksanaan maupun penegakan hukum terhadap suatu tindakan yang tidak memandang siapa individu yang melakukan. Melalui kepastian hukum, setiap orang mampu memperkirakan apa yang akan ia alami apabila ia melakukan suatu tindakan hukum tertentu.

Kepastian hukum pun diperlukan guna mewujudkan prinsip-prinsip dari persamaan dihadapan hukum tanpa adanya diskriminasi. Dari kata kepastian, memiliki makna yang erat dengan asas kebenaran. Artinya, kata kepastian dalam kepastian hukum merupakan suatu hal yang secara ketat dapat disilogisme dengan cara legal formal.

Dengan kepastian hukum, maka akan menjamin seseorang dapat melakukan suatu perilaku yang sesuai dengan ketentuan dalam hukum yang berlaku dan begitu pula sebaliknya. Tanpa adanya kepastian hukum, maka seorang individu tidak dapat memiliki suatu ketentuan baku untuk menjalankan suatu perilaku. Sejalan dengan tujuan tersebut, Gustav Radbruch pun menjelaskan bahwa kepastian hukum merupakan salah satu tujuan dari hukum itu sendiri.

Gustav Radbruch menjelaskan⁵⁶, bahwa dalam teori kepastian hukum yang ia kemukakan ada empat hal mendasar yang memiliki hubungan erat dengan makna dari kepastian hukum itu sendiri, yaitu sebagai berikut.:

- 1) Hukum merupakan hal positif yang memiliki arti bahwa hukum positif ialah perundang-undangan.
- 2) Hukum didasarkan pada sebuah fakta, artinya hukum itu dibuat berdasarkan pada kenyataan.
- 3) Fakta yang termaktub atau tercantum dalam hukum harus dirumuskan dengan cara yang jelas, sehingga akan menghindari kekeliruan dalam hal pemaknaan atau penafsiran serta dapat mudah dilaksanakan.
- 4) Hukum yang positif tidak boleh mudah diubah.

Pendapat Gustav Radbruch mengenai kepastian hukum tersebut, didasarkan pada pandangannya mengenai kepastian hukum yang berarti adalah kepastian hukum itu

⁵⁶ Satjipto Rahardjo, 2012, Ilmu Hukum, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 19

sendiri. Gustav Radbruch mengemukakan, bahwa kepastian hukum adalah salah satu produk dari hukum atau lebih khususnya lagi merupakan produk dari perundang-undangan.⁵⁷

Berdasarkan pendapat dari Gustav Radbruch mengenai kepastian hukum, hukum merupakan hal positif yang mampu mengatur kepentingan setiap manusia yang ada dalam masyarakat dan harus selalu ditaati meskipun, hukum positif tersebut dinilai kurang adil. Lebih lanjut, kepastian hukum merupakan keadaan yang pasti, ketentuan maupun ketetapan.

Secara hakiki hukum haruslah bersifat pasti dan adil. Maksudnya, hukum yang pasti adalah sebagai pedoman kelakuan serta adil adalah pedoman kelakuan yang harus menunjang antara suatu tatanan dan dinilai wajar. Hanya dengan bersifat pasti dan adil lah, maka hukum pada dijalankan sesuai dengan fungsi yang dimilikinya.

Selain Gustav Radbruch, Jan M. Otto pun turut berpendapat mengenai kepastian hukum yang disyaratkan menjadi beberapa hal sebagai berikut.

- 1) Kepastian hukum menyediakan aturan hukum yang jelas serta jernih, konsisten serta mudah diperoleh atau diakses. Aturan hukum tersebut haruslah diterbitkan oleh kekuasaan negara dan memiliki tiga sifat yaitu jelas, konsisten dan mudah diperoleh.
- 2) Beberapa instansi penguasa atau pemerintahan dapat menerapkan aturan hukum dengan cara yang konsisten serta dapat tunduk maupun taat kepadanya.
- 3) Mayoritas warga pada suatu negara memiliki prinsip untuk dapat menyetujui muatan yang ada pada muatan isi. Oleh karena itu, perilaku warga pun akan menyesuaikan terhadap peraturan yang telah diterbitkan oleh pemerintah.

⁵⁷ Ibid, hlm 20

4) Hakim peradilan memiliki sifat yang mandiri, artinya hakim tidak berpihak dalam menerapkan aturan hukum secara konsisten ketika hakim tersebut dapat menyelesaikan hukum.⁵⁸

5) Keputusan dari peradilan dapat secara konkrit dilaksanakan.

Menurut Jan M. Otto kelima syarat dalam kepastian hukum tersebut menunjukkan, bahwa kepastian hukum dapat dicapai, apabila substansi hukum sesuai dengan kebutuhan yang ada pada masyarakat.

Jan M. Otto pun menjelaskan aturan hukum yang mampu menciptakan kepastian hukum ialah hukum yang lahir melalui dan dapat mencerminkan budaya yang ada di masyarakat. Teori kepastian hukum yang dikemukakan oleh Jan M. Otto dapat disebut sebagai kepastian hukum yang sebenarnya atau *realistic legal certainly*, artinya kepastian hukum tersebut dapat mensyaratkan bahwa ada keharmonisan yang hadir di antara negara dengan rakyat yang memiliki orientasi serta memahami sistem hukum negara tersebut.

Menurut pendapat dari Jan Michiel Otto, kepastian hukum yang sesungguhnya dapat lebih berdimensi yuridis. Akan tetapi, terbatas pada lima situasi yang telah dijelaskan di atas. Jan M. Otto pun berpendapat, bahwa hukum haruslah ditegakan oleh instansi penegak hukum yang memiliki tugas untuk dapat menjamin kepastian hukum itu sendiri, demi tegaknya ketertiban maupun keadilan yang hadir dalam hidup masyarakat.

Berbeda pendapat dengan Gustav Radbruch yang mengungkapkan bahwa kepastian hukum adalah salah satu dari tujuan hukum, Sudikno Mertokusumo mengungkapkan bahwa kepastian hukum adalah sebuah jaminan agar hukum dapat

⁵⁸ Soeroso, 2011. Pengantar Ilmu Hukum, Pt. Sinar Grafika, Jakarta. Hlm. 28

berjalan dengan semestinya, artinya dengan kepastian hukum individu yang memiliki hak adalah yang telah mendapatkan putusan dari keputusan hukum itu sendiri.

Sudikno pun menjelaskan, bahwa meskipun kepastian hukum berkaitan erat dengan keadilan akan tetapi hukum serta keadilan itu sendiri adalah dua hal yang berbeda. Hukum memiliki sifat-sifat berupa umum, mengikat setiap individu, menyamaratakan, sedangkan keadilan sendiri memiliki sifat yang berbeda yaitu subyektif, individualistis serta tidak menyamaratakan. Dari sifat yang ada pada hukum dan keadilan itu sendiri, dapat dilihat dengan jelas bahwa keadilan dan hukum adalah hal yang berbeda.⁵⁹

Sehingga, kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum yang sesuai dengan bunyinya. Sehingga, masyarakat pun dapat memastikan bahwa hukum yang ada dan tercantum dapat dilaksanakan. Dalam memahami nilai-nilai dari kepastian hukum, maka ada hal yang harus diperhatikan yaitu, bahwa nilai tersebut memiliki relasi yang erat dengan instrumen hukum positif serta peranan negara dalam melakukan aktualisasi pada hukum positif tersebut.

Nusrhasan Ismail berpendapat bahwa penciptaan dalam kepastian hukum dalam peraturan perundang-undangan memerlukan beberapa persyaratan yang berhubungan dengan struktur internal dalam norma hukum itu sendiri.⁶⁰

Persyaratan internal yang dimaksud oleh Nusrhasan Ismail ialah sebagai berikut.

- 1) Adanya kejelasan konsep yang digunakan. Norma hukum tersebut berisi mengenai deskripsi dari perilaku tertentu yang kemudian dijadikan menjadi satu ke dalam konsep-konsep tertentu pula.

⁵⁹ Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 158

⁶⁰ Nur Hasan Ismail, Perkembangan Hukum Pertanahan, Pendekatan Ekonomi – Politik, (Jogjakarta, HUMA dan Magister Hukum UGM, 2007) Dalam Ngobrolin Hukum Obrolan Ringan Seputar Hukum, Memahami Kepastian (Dalam) Hukum, <https://ngobrolinhukum.wordpress.com/2013/02/05/35-Herowati>

- 2) Hadirnya kejelasan hirarki yang dinilai penting, karena menyangkut sah atau tidak sahnya. Serta mengikat atau tidak mengikatnya dalam suatu peraturan perundang-undangan yang dibuat. Kejelasan hirarki tersebut, dapat memberikan arahan sebagai bentuk dari hukum yang memiliki kewenangan untuk dapat membentuk suatu peraturan dari perundangundangan tertentu.
- 3) Adanya konsistensi pada norma hukum perundang-undangan. Maksudnya, ketentuan yang ada pada sejumlah peraturan undang-undang tersebut memiliki kaitan dengan satu subyek tertentu dan tidak saling bertentangan dengan satu dan yang lainnya.

Lebih lanjut, Nusrhasan Ismail menjelaskan bahwa kepastian hukum menghendaki adanya suatu upaya peraturan hukum dalam undang-undang yang dibuat oleh pihak-pihak berwenang maupun berwibawa. Sehingga aturan yang dibentuk tersebut memiliki suatu aspek yang yuridis serta dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum memiliki fungsi sebagai sebuah peraturan yang harus dan wajib ditaati oleh masyarakat atau warga negaranya.

Melalui buku Lon Fuller berjudul "*The Morality of Law*" ia menjelaskan bahwa ada delapan asas yang harus dipenuhi oleh hukum. Apabila delapan asas tersebut tidak terpenuhi, maka hukum yang hadir akan gagal untuk kemudian dapat disebut sebagai hukum, atau dapat dikatakan bahwa dalam hukum harus ada kepastian hukum.

Dari penjelasan Lon Fuller, dapat disimpulkan bahwa kepastian hukum yang ia kemukakan memiliki pengertian dan tujuan yang sama seperti yang dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo. Bahwa kepastian hukum adalah jaminan agar hukum yang ada dapat berjalan dengan semestinya.⁶¹

⁶¹ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (McGraw-Hill: Yale University Press, 1964), hlm. 54-58.

Lon Fuller pun menjelaskan kedelapan asas yang harus dipenuhi oleh hukum, yaitu sebagai berikut.

- 1) Sistem yang dibuat oleh pihak berwenang dan berwibawa haruslah terdiri dari peraturan yang tidak berdasarkan pada putusan sesaat balaka untuk hal-hal tertentu.
- 2) Peraturan yang ditetapkan oleh pihak berwenang dan berwibawa harus diumumkan kepada publik.
- 3) Peraturan yang ditetapkan tidak berlaku surut, karena dapat merusak integritas suatu sistem.
- 4) Peraturan tersebut dibuat dalam sebuah rumusan yang dapat dimengerti oleh masyarakat umum.
- 5) Peraturan satu dan lainnya tidak boleh ada yang saling bertentangan.
- 6) Suatu peraturan yang telah ditetapkan tidak boleh menuntut suatu tindakan yang kiranya melebihi apa yang dapat dilakukan.
- 7) Peraturan yang telah ditetapkan tidak boleh terlalu sering diubah-ubah.
- 8) Peraturan-peraturan yang telah ditetapkan, harus memiliki kesesuaian antara peraturan serta dalam hal pelaksanaan dalam kehidupan sehari-hari.

Dari kedelapan asas yang dikemukakan oleh Lon Fuller, dapat disimpulkan bahwa harus ada kepastian di antara peraturan serta pelaksanaan hukum tersebut, dengan begitu hukum positif dapat dijalankan apabila telah memasuki ke ranah perilaku, aksi, serta faktor yang dapat memengaruhi bagaimana hukum itu berjalan.

Menurut Apeldoorn, kepastian hukum memiliki dua segi yang harus dipahami, segi yang pertama adalah mengenai bepaalbaarheid atau dapat dibentuknya hukum melalui beberapa hal yang sifatnya adalah konkret. Artinya, pihak yang mencari

keadilan dapat mengetahui bahwa hukum dalam hal khusus sebelum memulai suatu perkara.

Sementara segi kedua, kepastian hukum memiliki arti kemanan hukum. Apeldoorn mengemukakan bahwa kepastian hukum merupakan suatu perlindungan bagi beberapa pihak terhadap kesewenangan seorang hakim.

Melalui paradigma positivisme, Apeldoorn pun mengemukakan bahwa definisi hukum haruslah melarang seluruh aturan yang ada dan mirip menyerupai hukum, akan tetapi tidak memiliki sifat untuk memerintah atau perintah yang berasal dari otoritas yang memiliki kedaulatan. Kepastian hukum menurut Apeldoorn haruslah dijunjung dengan tinggi, apapun akibatnya serta tidak ada alasan apapun untuk tidak menjunjung tinggi kepastian hukum karena sesuai dengan paradigmanya, hukum positif dalam kepastian hukum adalah satu-satunya hukum.

Dari uraian mengenai teori kepastian hukum menurut para ahli tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa kepastian hukum dapat mengandung beberapa arti yaitu bahwa adanya kejelasan, tidak boleh menimbulkan multi tafsir dalam hukum tersebut, tidak boleh bersifat kontradiktif antar peraturan satu dengan lainnya serta peraturan tersebut dapat dilaksanakan.

Hukum yang berlaku dan telah ditetapkan oleh pihak berwenang dan berwibawa dalam hal ini pemerintah, haruslah tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan sehingga masyarakat dapat memahami makna dari peraturan atau ketentuan hukum yang telah ditetapkan oleh pihak-pihak berwenang tersebut.

Hukum menurut teori kepastian hukum dari para ahli, tidak boleh memiliki sifat yang kontradiktif. Sebab, jika bersifat kontradiktif maka hukum tersebut akan menjadi sumber keraguan. Kepastian hukum sendiri dapat menjadi perangkat hukum untuk suatu

negara yang memiliki kejelasan, dan dapat menjamin hak maupun kewajiban dari setiap warga negara sesuai dengan budaya yang ada pada masyarakat tersebut.

3. Teori Sengketa

Sengketa tidak lepas dari suatu konflik. Dimana ada sengketa pasti disitu ada konflik. Begitu banyak konflik dalam kehidupan sehari-hari. Entah konflik kecil ringan bahkan konflik yang besar dan berat. Hal ini dialami oleh semua kalangan, karena hidup ini tidak lepas dari permasalahan. Tergantung bagaimana kita menyikapinya. Kenapa harus mempelajari tentang sengketa. Karena untuk mengetahui lebih dalam bagaimana suatu sengketa itu dan bagaimana penyelesaiannya.⁶²

Istilah sengketa berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *dispute*. Sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah *geding* atau *process*. Pengertian sengketa dalam kamus Bahasa Indonesia adalah pertentangan atau konflik. Konflik berarti adanya oposisi atau pertentangan antara orang-orang, kelompok-kelompok, atau organisasi-organisasi terhadap satu obyek permasalahan. Menurut Winardi, pertentangan atau konflik yang terjadi antara individu-individu atau kelompok-kelompok yang mempunyai hubungan atau kepentingan yang sama atas suatu obyek kepemilikan, yang menimbulkan akibat hukum antara satu dengan yang lain.

Sementara itu penggunaan istilah sengketa itu sendiri belum ada kesatuan pandangan dari para ahli. Ada ahli yang menggunakan istilah sengketa, dan ada juga yang menggunakan istilah konflik. Kedua istilah itu sering kali digunakan oleh para ahli. Richard L. Abel menggunakan istilah sengketa, yaitu melihat dari aspek ketidakcocokan atau ketidaksesuaiannya para pihak tentang sesuatu yang bernilai. Sesuatu yang bernilai

⁶² Yulianti, *Penyelesaian Sengketa Perdata*, (Bandung: Darma Media, 2011), hal.57

dimaknakan sebagai suatu yang mempunyai harga atau nilai. Daen G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin menggunakan istilah konflik, yaitu melihat dari perbedaan kepentingan atau tidak dicapainya kesepakatan para pihak. Yang diartikan dengan perbedaan kepentingan adalah berlainannya keperluan atau kebutuhan dari masing-masing pihak.⁶³

Priyatna Abdulrasyid mengemukakan bahwa dalam setiap sengketa, salah satu pihak mungkin merupakan pihak yang benar, juga kemungkinan memiliki elemen hak hukum satu pihak mungkin benar dalam satu masalah dan pihak lain benar dalam masalahnya lainnya, atau kedua tuntutan pada dasarnya bermanfaat untuk keduanya, atau salah satu pihak mungkin benar secara hukum namun pihak lainnya benar secara moral. Oleh karena itu sengketa pada dasarnya merupakan perbedaan mendasar menyangkut suatu persepsi atau konsep yang membuat kedua pihak benar jika ditinjau dari sudut yang berbeda.⁶⁴

Menurut Sarjita, sengketa pertanahan adalah: “Perselisihan yang terjadi antara dua pihak atau lebih yang merasa atau dirugikan pihak-pihak tersebut untuk penggunaan dan penguasaan hak atas tanahnya, yang diselesaikan melalui musyawarah atau melalui pengadilan.⁶⁵ Sedangkan menurut Ali Achmad berpendapat :Sengketa adalah pertentangan antara dua pihak atau lebih yang berawal dari persepsi yang berbeda tentang suatu kepentingan atau hak milik yang dapat menimbulkan akibat hukum bagi keduanya.⁶⁶

⁶³ Salim, Hukum Penyelesaian Sengketa Lahandi Indonesia, (Mataram: PustakaReka Cipta, 2012), hal. 219.

⁶⁴ Priyatna Abdulrasyid, Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, (Jakarta: Fikahati Aneska, 2002), hal. 6

⁶⁵ Sarjita, Teknik dan Strategi Penyelesaian Sengketa Pertanahan, (Yogyakarta: TugujogjaPustaka, 2005), hal. 8

⁶⁶ Ali Achmad Chomzah, Seri Hukum Pertanahan III Penyelesaian Sengketa Hak AtasTanah dan Seri Hukum Pertanahan IV Pengadaan Tanah Instansi Pemerintah, (Jakarta: PrestasiPustaka, 2003), hal. 14.

Dari beberapa pendapat diatas maka dapat dikatakan bahwa Sengketa adalah pertentangan, perselisihan, atau percekcoakan yang terjadi antara pihak yang satu dengan pihak lainnya dan atau antara pihak yang satu dengan berbagai pihak yang berkaitan dengan sesuatu yang bernilai, baik itu berupa uang maupun benda.⁶⁷

Munculnya sengketa jika salah satu pihak menghendaki pihak lain untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu tetapi pihak lainnya menolak berlaku demikian. Pencarian berbagai jenis proses dan metode untuk menyelesaikan sengketa yang muncul adalah sesuatu yang urgent dalam masyarakat. Para ahli non hukum banyak mengeluarkan energi dan inovasi untuk mengekspresikan berbagai model penyelesaian sengketa (dispute resolution). Berbagai model penyelesaian sengketa, baik formal maupun informal, dapat dijadikan acuan untuk menjawab sengketa yang mungkin timbul asalkan hal itu membawa keadilan dan kemaslahatan.

Macam-macam penyelesaian sengketa pada awalnya, bentukbentuk penyelesaian sengketa yang dipergunakan selalu berorientasi pada bagaimana supaya memperoleh kemenangan (seperti peperangan, perkelahian bahkan lembaga pengadilan). Oleh karena kemenangan yang menjadi tujuan utama, parapihak cenderung berupaya mempergunakan berbagai cara untuk mendapatkannya, sekalipun melalui cara-cara melawan hukum. Akibatnya, apabila salah satu pihak memperoleh kemenangan tidak jarang hubungan diantara pihak-pihak yang bersengketa menjadi buruk, bahkan berubah menjadi permusuhan. Dalam perkembangannya, bentuk-bentuk penyelesaian yang berorientasi pada kemenangan tidak lagi menjadi pilihan utama, bahkan sedapat mungkin dihindari. Pihak-pihak lebih mendahulukan kompromi dalam

⁶⁷ Salim, Hukum Penyelesaian Sengketa Lahandi Indonesia, (Mataram: PustakaReka Cipta, 2012), hal. 221

setiap penyelesaian sengketa yang muncul di antara mereka, dengan harapan melalui kompromi tidak ada pihak yang merasa dikalahkan/dirugikan.

Upaya manusia untuk menemukan cara-cara penyelesaian yang lebih mendahulukan kompromi, dimulai pada saat melihat bentuk-bentuk penyelesaian yang dipergunakan pada saat itu (terutama lembaga peradilan) menunjukkan berbagai kelemahan/kekurangan, seperti: biaya tinggi, lamanya proses pemeriksaan, dan sebagainya. Akibat semakin meningkatnya efek negatif dari lembaga pengadilan, maka pada permulaan tahun 1970-an mulailah muncul suatu pergerakan dikalangan pengamat hukum dan akademisi Amerika Serikat untuk mulai memperhatikan bentuk-bentuk penyelesaian sengketa.⁶⁸

Laura Nader dan Herry F. Todd membedakan konflik dan sengketa melalui proses bersengketa (*disputing process*), sebagai berikut.⁶⁹

- 1) Tahap pra-konflik atau tahap keluhan, yang mengacu kepada keadaan atau kondisi yang oleh seseorang atau suatu kelompok dipersepsikan sebagai hal yang tidak adil dan alasan-alasan atau dasar-dasar dari adanya perasaan itu. Pelanggaran terhadap rasa keadilan itu dapat bersifat nyata atau imajinasi saja. Yang terpenting pihak itu merasakan haknya dilanggar atau diperlakukan dengan salah.
- 2) Tahap Konflik (*conflict*), ditandai dengan keadaan dimana pihak yang merasa haknya dilanggar memilih jalan konfrontasi, melemparkan tuduhan kepada pihak pelanggar haknya atau memberitahukan kepada pihak lawannya tentang

⁶⁸ Kutbuddin Aibak, *Metodelogi Pembaharuan Hukum Islam*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2008), hal.

⁶⁹ Sofian, *Perbedaan Konflik dan Sengketa*, (Jakarta: Pustaka Media, 2015), hal. 9

keluhan itu. Pada tahap ini kedua belah pihak sadar mengenai adanya perselisihan pandangan antar mereka.

- 3) Tahap Sengketa (dispute), dapat terjadi karena konflik mengalami eskalasi berhubung karena adanya konflik itu dikemukakan secara umum. Suatu sengketa hanya terjadi bila pihak yang mempunyai keluhan telah meningkatkan perselisihan pendapat dari pendekatan menjadi hal yang memasuki bidang publik. Hal ini dilakukan secara sengaja dan aktif dengan maksud supaya ada sesuatu tindakan mengenai tuntutan yang diinginkan.

C. KERANGKA PIKIR

Cara berpikir dalam penulisan ini untuk menggambarkan masalah yang ada, digambarkan pada bagan dibawah ini :

BAGAN KERANGKA PIKIR

