

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Adat dan Hukum Adat

Pengertian adat cenderung pada kebiasaan yang diakui, dipatuhi, dan dilembagakan, serta dipertahankan oleh masyarakat adat setempat secara turun-temurun, dan hukum adat dapat dilihat dari kaidah-kaidah yang hidup dalam masyarakat dan diberikan sanksi bagi pihak yang melanggar kaidah tersebut. Hollemen menyebutkan bahwa kaidah hukum merupakan kaidah-kaidah kehidupan yang disertai dengan sanksi dan jika perlu dapat dipaksakan oleh masyarakat atau oleh badan-badan yang berwenang agar supaya diikuti serta dihormati oleh para warga masyarakat. Sedangkan Malinowski menyatakan bahwa perbedaan kebiasaan dengan hukum didasarkan pada dua kriteria, yakni sumber sanksi, dan pelaksanaannya. Pada kebiasaan sumber sanksi dan pelaksanaannya ada pada warga masyarakat secara individu dan kelompok, sedangkan pada hukum sanksi dan pelaksanaannya ada pada suatu kekuatan terpusat atau badan-badan tertentu dalam masyarakat.¹

Di Indonesia penggunaan istilah hukum adat pertama-tama oleh Snouck Hurgronje dengan istilah “*Adatrecht*” berdasarkan hasil penelitian pada masyarakat Aceh. Terciptanya istilah *Adatrecht* ini diilhami oleh adanya istilah Hukum Adat yang ditemui dalam penelitian tersebut. Kemudian istilah ini menjadi terkenal dikalangan pemerintahan colonial Belanda dan kalangan ilmu pengetahuan hukum setelah diperkenalkan oleh van Vollenhoven. Di Indonesia penggunaan istilah hukum adat telah ada semenjak tahun 1928 dalam hasil kongres pemuda

¹ B. Malinowski, *Crime and Costom in Savage Society*. Paterson N.J, Littlefield, 1959, h.55.

Indonesia, dan pada tahun 1948 diperkenalkan dikalangan akademisi di Indonesia oleh Soepomo melalui pidato Dies Natalis pada Universitas Gajah Mada.²

Menurut van Vollenhoven mengemukakan bahwa pengertian adat adalah yang mempunyai sanksi, sedangkan Ter Haar yang terkenal dengan *beslissingenleer*-nya melihat hukum adat adalah apa yang dituangkan di dalam keputusan-keputusan yang mempunyai hubungan structural dengan nilai dan tatanan masyarakat yang bersangkutan dari para penguasa adat.³ Hasil seminar hukum adat yang dilaksanakan atas kerjasama antara Badan Pembinaan Hukum Nasional dengan Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada pada tanggal 15-17 Januari 1975 merumuskan, hukum adat sebagai hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia yang disana sini mengandung unsur agama.

Pandangan para pakar di atas, secara substansial memberikan pemahaman bahwa hukum adat merupakan hukum yang selalu hidup dan berkembang dalam masyarakat, yang selalu mengikuti perkembangan jaman, memberikan jaminan ketertiban bagi masyarakat, serta mampu memberikan keadilan. Hukum adat bertujuan menciptakan kedamaian dan memajukan kesejahteraan bagi warga masyarakat. Berkaitan dengan kajian ini, maka pada hakikatnya, semua kebijakan pengelolaan pertanahan bertujuan memberikan jaminan bahwa sumberdaya tanah dan alam digunakan efektif dan secara efisien, dalam rangka mendukung pembangunan social ekonomi secara berkelanjutan, melindungi tanah, sumberdaya alam dan permukiman penduduk dari kerusakan atau penggunaan yang tidak diinginkan, dan menunjang desentralisasi, efektifitas dan akuntabilitas pemerintahan.

² Moh. Koesnoe, *Hukum Adat; dalam Alam Kemerdekaan Nasional dan Soalnya Menghadapi Era Globalisasi*. Ubhara Press. Surabaya, 1996, h. 36-38.

³ Ter Haar. *Het Adatrecht van Indie in wetenschap, praktijk en onderwijs*, dalam Moh. Koesnoe, 1937, Ibid., h.3.

B. Konsep Peradilan Adat

Peradilan Adat atau Desa (*dorpsjustitie*) adalah peradilan yang dilaksanakan oleh Hakim Desa atau di sebut Hakim Adat, baik dalam lingkungan peradilan gubernemen, peradilan pribumi atau peradilan swapraja di luar Jawa-Madura. Secara historis sesungguhnya peradilan adat sudah lama berlaku dalam kehidupan masyarakat pedesaan (kampung) yang disebut peradilan padu. Demikian peradilan desa adalah peradilan adat yang dilaksanakan oleh para Hakim Desa, baik menurut struktur masyarakat adat territorial atau genealogis (patrilineal, matrilineal, parental). Pada umumnya peradilan desa ini menyelesaikan perkara-perkara kecil yang merupakan urusan adapt atau urusan desa, seperti perselisihan tanah, pengairan, perkawinan, mas kawin, perceraian, kedudukan adapt dll, yang timbul dari masyarakat adapt bersangkutan.

Para Hakim Desa tidak boleh menjatuhkan hukuman (sebagaimana diatur dalam K.U.H.Pidana), dan apabila para pihak yang berselisih tidak puas dengan keputusan hakim desa, maka ia dapat mengajukan perkaranya kepada hakim gubernemen. Organisasi peradilan desa tidak diatur dalam perundangan, tetapi terserah kepada setempat, menurut tata-tertib yang lazim di daerah masing-masing. Daerah-daerah di mana terdapat peradilan desa dalam lingkungan gubernemen adalah di daerah Tapanuli Selatan (Mandaling), Sumatera barat (Minangkabau), Lampung, Bangka Belitung, Kalimantan Selatan, Minahasa, Ambon dan Jawa.

Peradilan adat yang merupakan bagian dari masyarakat hukum adat telah disinggung oleh B.J.O. Schrieke dalam Pidato ilmiahnya dalam memperingati Hari Ulang Tahun

Keempat Sekolah Tinggi Ilmu Hukum di Batavia, 27 Oktober 1928 yang mengambil contoh mengenai masyarakat hukum adat Toraja, Minangkabau dan Gayo sebagai berikut:⁴

Tipe organisasi ketatanegaraan yang pertama-tama kita bicarakan ialah masyarakat bersahaja yang tersusun secara persekutuan, terdapat juga di nusantara ini.Masyarakat Toraja tersusun secara parental, tetapi masyarakat Minangkabau yang matriarkhal ataupun masyarakat Gayo yang patriarkhil, terdapat hal yang sama. Tugas kepala adalah semata-mata tugas pembimbing saja dan cara orang memahami dapat digambarkan secara terbaik sebagai berikut : mencari kompromi, kompromi dan sekali lagi kompromi.Dari kepala (suku) diharapkan, bahwa ia akan mempertahankan hukum adat dan setiap orang bersedia untuk membantunya dalam hal itu. Jadi kepala adalah pribadi penjelmaan adat, yang memberikan keputusan yang sama seperti yang niscanya diputuskan oleh setiap warga desanya, dan yang selalu dapat dipertanggung jawabkannya dengan bersandar kepada hukum adat.

Peradilan adat sudah diakui keberadaannya sejak masa penjajahan. Hal ini dapat dipelajari melalui pidato ilmiah pada hari ulang tahun keenam Sekolah Tinggi Ilmu Hukum di Batavia tahun 1930, B. Ter Haar Bzn, Sebagai berikut ⁵ :

Peradilan yang dilaksanakan oleh kepala-kepala rakyat tentu saja tidak ada penyelewengan dilaksanakan dengan tunduk kepada hukum dan kesadaran hukum masyarakat setempat. Berdasarkan itu, bahkan terpaksa oleh kesadaran mengenai hal tersebut, para kepala memberikan pimpinannya dalam mencari pemecahan perselisihan-perselisihan hukum, dan dengan demikian mereka menemukan cara untuk mendinginkan suasana yang panas magis, untuk menghilangkan gangguan-gangguan terhadap tata tertib masyarakat untuk memperbaiki keseimbangan hukum, untuk menjalankan apa yang mereka anggap *patut*. Walaupun mereka tidak sadar akan persoalan-persoalan teoritis yang menyangkut pelaksanaan dan pembentukan hukum, mereka merupakan pelampung-pelampung di atas lautan yang keriput dari pada kesadaran hukum masyarakat. Peradilan mereka dilengkapi dengan jaminan-jaminan, sehingga hubungan yang terus menerus dipertahankan oleh kehidupan sehari-hari, diperkuat secara istimewa pada saat yang *menentukan*. Disinilah maksud tercapai karena semua atau kebanyakan orang ikut serta dalam menyelesaikan persoalannya, disanalah maksud tersebut tercapai dengan menuntut permufakatan antara para hakim, atau memanggil kepala-kepala aparat (Rukun Tetangga) dan untuk selalu mengusahakan bahwa perundingan hakim diadakan secara terbuka. Hakim-hakim kiranya tidak tahu memakai peraturan tertulis, akan tetapi dengan penuh keyakinan mereka mendapat keputusan untuk setiap kejadian yang dinilai dalam keseluruhannya. Diluar lingkungan sendiri jarang bertindak sebagai hakim yang berarti, akan tetapi di dalam lingkungan itu mereka merupakan pimpinan-

⁴ B.J.O. Schrieke, *Penguasa-Penguasa Pribumi*, Bhratara, Jakarta, 1974, h. 20.

⁵ B.Ter Haar, *Peradilan Pengadilan Negeri Menurut Hukum Tidak Tertulis*, Bhatara, Djakarta, 1972, h.12.

pimpinan dan pemeliharaan-pemeliharaan hukum dengan penuh kepercayaan terhadap diri sendiri.

Menurut **Hilman Hadikusuma**, pakar Hukum Adat di Indonesia mengatakan : “yang dimaksud dengan **peradilan adat** di sini adalah acara yang berlaku menurut hukum adat dalam memeriksa, mempertimbangkan atau menyelesaikan sesuatu perkara kesalahan adat”.⁶ Guru Besar Hukum Adat ini selanjutnya menjelaskan mengenai mekanisme penyelesaian perkara adat di Lampung sebagai berikut :⁷

Hukum adat tidak mengenal instansi kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan penjara. Tugas pengusutan, penuntutan dan peradilan dilaksanakan oleh prowatin adat dan warga-warga adat bersangkutan yang dibantu oleh orang-orang muda. Sistem peradilan dilakukan oleh majelis prowatin yang bermusyawarah di balai adat atau di rumah kepala adat. Di daerah Lampung biasanya kepala adat didampingi oleh seorang *penglaku* (pengantar acara). Keputusan atau penyelesaian diambil atas dasar musyawarah dan mufakat secara bulat oleh majelis hakim, yang terdiri dari para penyimbang. Pada umumnya para penyimbang mengetahui betul keadaan penduduk dan warga adatnya.

Berpedoman kepada pendapat para sarjana di atas, maka peradilan adat diakui, karena selalu eksis dalam masyarakat hukum adat walaupun masyarakat hukum adat senantiasa mengalami perubahan sosial dan budaya yang dipengaruhi oleh perkembangan zaman. Dengan penjelasan di atas, maka secara filosofis direduksi ke dalam rumusan Pasal 50 dan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua, tertulis peradilan adat adalah peradilan perdamaian dilingkungan masyarakat hukum adat, yang mempunyai kewenangan memeriksa dan mengadili sengketa perdata adat dan pidana adat di antara para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

C. Peradilan Adat dan Masyarakat Adat Papua

Dalam era globalisasi dan bergulirnya reformasi di Indonesia tahun 1998, membawa konsekuensi terhadap keberadaan masyarakat hukum adat didalamnya peradilan

⁶ Hilman Hadikusuma, *Hukum Pidana Adat*, Cetakan Ketiga, Alumni, Bandung, 1989, hlm. 106.

⁷ *Ibid.*, h. 106.

adat menjadi salah satu perhatian di kalangan ahli hukum, ahli politik hukum, ahli sosiologi hukum, ahli sejarah hukum, ahli perbandingan hukum dan ahli antropologi hukum. Hal ini bukan merupakan fenomena yang aneh, karena secara faktual misalnya masyarakat hukum adat dengan peradilan adat di Papua sudah ada sejak jaman nenek moyang sampai dengan penyerahan oleh PBB melalui *The United Nation Temporary Executive Authority (UNTEA)* kepada Pemerintah Indonesia pada tanggal 1 Mei 1963 masuk menjadi bagian dari wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI), dan selalu memerlukan perlindungan dan pemenuhan yang memadai dari sisi hukum terhadap hak-hak masyarakat adat. Disisi lain adanya pelaksanaan unifikasi hukum maka keberadaan masyarakat hukum adat seakan tertutup oleh konsep hukum negara (*state law*). Namun demikian, meskipun sering terlupakan, masyarakat hukum adat Papua beserta atribut tradisionalnya masih ada berdasarkan budaya, adat-istiadat dan hukum adatnya masing-masing.

Leopol Pospisil, yang mengadakan penelitian di daerah Paniai Papua tahun 1958 yang menulis hasil penelitiannya dengan judul : *Kapauku Papuans And Their Law*, mengatakan : orang Paniai yang masih primitif itu, tetapi hidupnya teratur. Kehidupan teratur karena diatur oleh hukum yang mereka buat, melaksanakannya dan kalau terjadi pelanggaran ada sanksinya. Leopol Pospisil mengatakan ada empat atribut (tanda) hukum (*attributes of law*) yang disarikan oleh Soerjono Soekanto sebagai berikut : ⁸

- 1) Tanda yang pertama dinamakannya *attribute of authority*, yaitu bahwa hukum merupakan keputusan-keputusan dari fihak-fihak yang berkuasa dalam masyarakat, keputusan-keputusan mana ditujukan untuk mengatasi ketegangan-ketegangan yang terjadi dalam masyarakat.
- 2) Tanda yang kedua disebut *atribute of intention of universal application* yang artinya adalah bahwa keputusan-keputusan yang mempunyai daya jangkau yang panjang untuk masa mendatang.

⁸ Soerjono Soekanto, *Pengantar Sosiologi*, Cetakan Kedua, Bhartara Karya Aksara, Jakarta, 1977, hlm. 67 mengutip Leopol Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law*, Yale University Publication in Anthropology, Number 54, 1958

- 3) *Attribute of obligation* merupakan tanda ketiga yang berarti bahwa keputusan-keputusan penguasa harus berisikan kewajiban-kewajiban pihak ke satu terhadap pihak kedua dan sebaliknya. Dalam hal ini semua pihak harus masih di dalam keadaan hidup.
- 4) Tanda keempat disebut sebagai *attribute of sanction* yang menentukan bahwa keputusan-keputusan dari pihak yang berkuasa harus dikuatkan dengan sanksi yang didasarkan pada kekuasaan masyarakat yang nyata.

Keempat tanda (atribut) hukum dari masyarakat adat Paniai, jelas menyingung adanya peradilan adat. Hukum dibuat oleh penguasa dalam bentuk keputusan-keputusan yang mempunyai daya laku jangka panjang. Hukum itu mengandung kewajiban bagi masyarakat dan apabila ada pelanggaran maka muncul sanksi. Sanksi dijatuhkan oleh pemimpin (penguasa). Jadi kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif berada pada satu tangan yaitu penguasa dalam hal ini kepala suku (adat) disebut Tonowi.

Sedangkan J.R. Mansoben, membagi keanekaragaman struktur masyarakat adat Papua menjadi empat tipe kepemimpinan tradisional. Keempat tipe kepemimpinan tradisional struktur masyarakat adat Papua, dikemukakan dalam disertasinya yang kemudian diringkas dalam Seri Etnografi Indonesia Nomor 5. J.R. Mansoben mengemukakan pendapatnya tentang empat tipe kepemimpinan di Papua yaitu tipe kepemimpinan Pria berwibawa, sistem kepemimpinan Raja, Sistem Kepemimpinan Kepala Klen (keondoafian) dan sistem campuran dengan ciri-cirinya,⁹ tidak menjelaskan siapa yang menjadi hakim saat mengadili perkara (pidana, perdata). Namun demikian, para pemimpin ini yang bertanggung jawab terhadap masyarakatnya sehingga timbul masalah hukum pasti tampil ke depan untuk menyelesaikannya. Pada saat menyelesaikan masalah hukum, para pemimpin ini berkedudukan sebagai hakim adat.

⁹ J.R. Mansoben, *Keanekaragaman Sistem Kepemimpinan Tradisional di Irian Jaya*, Dalam : Koentjaraningrat (Editor), *Irian Jaya Membangun Masyarakat Majemuk*, Penerbit Djambatan, Jakarta, 1994, h. 384-391

Menurut hasil penelitian etnografi hukum yang dilakukan oleh van Vollenhoven, jauh sebelum kemerdekaan di wilayah nusantara terdapat 19 wilayah hukum adat, yaitu daerah (1) Aceh, (2) Gayo, Alas, Batak dan Nias, (3) Minangkabau, Mentawai, (4) Sumatera Selatan, Enggano, (5) Melayu, (6) Bangka, Belitung, (7) Kalimantan, (8) Minahasa, (9) Gorontalo, (10) Toraja, (11) Sulawesi Selatan, (12) Kepulauan Ternate, (13) Maluku, (14) Irian Barat (kini Papua), (15) Kepulauan Timor, (16) Bali, Lombok, (17) Jawa Tengah, Jawa Timur, Madura, (18) Solo, Yogyakarta, (19) Jawa Barat, Jakarta.

Keberadaan hukum adat di Indonesia, juga digambarkan melalui Penjelasan Undang-Undang Dasar 1945 (sebelum dilakukan perubahan), bahwa ada kurang lebih 250 *Zelfbestuurendeland-schappen* yang merupakan wilayah-wilayah kesultanan atau kerajaan atau yang bersifat otonom (daerah swapraja). Akan tetapi kesatuan kesultanan atau kerajaan ini bukan yang dimaksud dengan persekutuan hukum adat. Persekutuan hukum adat yang dimaksud adalah *Volksgemeen-schappen*, seperti Desa di Jawa dan Bali, Nagari di Minangkabau, Dusun dan Marga di Palembang, Kampung di Papua dengan masyarakat kesukuan dan sebagainya. Kesatuan hukum adat Papua, ditingkat kampung yang mempunyai sistem sosial sendiri dan mempunyai hubungan yang kuat dengan tanah dan pengelolaan sumber daya alamnya, jumlahnya tidak terbatas. Sehingga hilangnya daerah swapraja (*Zelfbestuurendeland-schappen*) tidak berarti hilangnya hukum adat (*Volksgemeen-schappen*) beserta hak-hak masyarakat adat Papua dewasa ini.

Bagi masyarakat hukum adat Papua, ditempatkan menurut pandangan Achmad Sodiki, bahwa perlindungan terhadap pengakuan hukum adat, dapat dilakukan dengan beberapa pilihan yakni sebagai berikut :

- 1) Jika hukum adat dianggap sejajar dengan undang-undang, hal ini berarti kembali pada posisi sebelum merdeka yakni berlakunya hukum adat yang diperuntukan bagi golongan Bumiputera, sehingga terdapat kesamaan derajat dengan KUHPerdara yang diperuntukan bagi golongan Eropa dan Timur Asing, Tionghoa. Dengan demikian, hukum tanah mengikuti hukum adat dan hukum perdata Barat.
- 2) Jika pengakuan hukum adat di bawah ketentuan hukum undang-undang, maka keberadaan hukum adat bergantung sekali dengan belas kasihan undang-undang.
- 3) Jika hukum adat tidak sejajar dengan hukum undang-undang, maka keadaan akan terjadi sebagai terjadi dewasa ini, akibat implikasi langsung pada penerapan hal menguasai Negara.
- 4) Jika hukum adat berada di atas hukum Negara, maka hal ini dapat terjadi jika hukum adat diambil bagian yang merupakan moralitas hukum. Bagaimanapun juga hukum adat yang hidup merupakan cerminan moralitas hukum masyarakat Indonesia.

Lebih lanjut Moh. Koesnoe menyebutkan bahwa kesadaran dan pengetahuan bahwa kita mempunyai hukum sendiri yaitu hukum adat yang dewasa ini membawa arah kepada langkah kita yang pasti yaitu menyusun tertib hukum nasional dengan prinsip memilih hukum adat. Prinsip mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisional telah ditegaskan dalam Pasal 18B Ayat (2) UUD 1945, yang kemudian Bagir Manan menjabarkan bahwa masyarakat hukum adat adalah masyarakat hukum (*rechtsgemeenschap*) yang berdasarkan hukum adat atau adat istiadat seperti desa, kampung, marga, nagari, dan lain-lain.

Di Papua, argumentasi hukum formal ini cenderung mewarnai pemikiran para pakar dan praktisi hukum dalam kasus yang ditangani, walaupun secara sosiologis dan filosofis

bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat dan nilai-nilai kebenaran objektif. Dari sisi pemahaman akademis, hukum yang tercermin dalam banyak literature dan tulisan tentang hukum ternyata paham yuridis formal banyak mewarnai wacana dan teori-teori hukum sebagai pengadopsian dari system hukum modern (Eropa Kontinental maupun Anglo Saxon) dengan paham positivisme. Hal itu dapat diketahui bahwa hampir semua argumentasi tentang hukum yang banyak terpublikasi memuat aturan-aturan normatif perundang-undangan.

Pengakuan sekaligus pemberlakuan kini mendapat daya dukung seimbang dari aspirasi masyarakat yang menghendaki dan menuntut otonomi efektif. Dengan demikian, terjadi proses yang mengarah pada keselarasan hak, antara hak hukum yaitu hak yang diberikan oleh hukum formal dan hak sosiologis masyarakat yang merupakan hak asasi masyarakat di daerah. Sehingga untuk memberikan suatu prespektif hukum tentang otonomi daerah, memerlukan tinjauan yang tidak sekadar berdasar aspek hukum formal saja, tetapi juga hukum tidak formal (*living law*) yang berlaku efektif di masyarakat, sebagaimana dikenal dengan hukum adat atau hukum kemasyarakatan.

Berlakunya hukum adat (hukum lokal) dalam bentuk peraturan daerah, maupun peraturan yang lebih tinggi memaknai kemerdekaan dan kebebasan tersendiri bagi individu dan masyarakat di daerah dalam melaksanakan desentralisasi dan demokrasi yang telah lama diinginkan. Ini juga bermakna adanya pertanggungjawaban sikap nasionalisme kedaerahan sekaligus membangun sikap nasionalisme dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia yang didasarkan pada perbedaan-perbedaan tatanan hukum (*legal pluralism*) masyarakat.

Pengakuan dan pemberlakuan hukum adat sebagai bagian sistem hukum nasional akan dapat mencairkan persoalan hukum dan penegakan hukum yang krusial saat ini dan

setidaknya akan memberi suatu kecerahan baru bagi tegaknya Negara hukum dan supremasi hukum. Hal ini tentu dilihat dari prespektif pemberlakuan hukum adat yang sejalan dengan tuntutan reformasi.

D. Kedudukan Peradilan Adat Dalam Konstitusi

Dasar hukum pembentukan Peradilan Adat dapat dikaji dari beberapa aspek di bawah ini.

- 1) Pasal 18B ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUDNRI 1945) yang ketentuan selengkapnya sebagai berikut : (1) Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang. Ayat (2) telah dijelaskan di latar belakang masalah, Pasal 28I ayat (3) dan Pasal 24 ayat (3) UUD NRI 1945.
- 2) Secara eksplisit tertuang dalam Pasal 50 ayat (2) Undang-Undang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua sebelum perubahan kedua UU Otsus 2021.
- 3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 38 ayat (2) huruf e jo. Pasal 58 “Upaya penyelesaian sengketa perdata dapat dilakukan di luar pengadilan negara melalui arbitrase atau alternative penyelesaian sengketa”.
- 4) Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil yang berbunyi : “Ketentuan yang tersebut dalam ayat (1) tidak sedikitpun juga mengurangi hak kekuasaan yang sampai selama ini telah diberikan kepada hakim perdamaian desa di desa-desa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 a *Rechterlijke Organisatie*”.

- 5) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa. Undang-Undang ini sekarang tidak berlaku, tetapi pada masa berlakunya mengakui keberadaan peradilan adat. Pengakuan ini nampak dalam angka 6 penjelasan umum sebagai berikut : “... Undang-undang ini tetap mengakui adanya kesatuan masyarakat termasuk di dalamnya kesatuan masyarakat hukum adat istiadat dan kebiasaan-kebiasaan yang masih hidup sepanjang menunjang kelangsungan pembangunan ketahanan nasional”.
- 6) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua. UU Otsus mengakui keberadaan peradilan adat secara tersirat dalam Pasal 1 huruf f sebagai berikut : “Masyarakat Hukum Adat adalah masyarakat asli Papua yang sejak kelahirannya hidup dalam wilayah tertentu dan terikat serta tunduk kepada hukum adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi di antara para anggotanya”. UU Otsus mengakui keberadaan peradilan adat secara tersurat dalam Pasal 50 dan 51.
- 7) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Pengakuan terhadap keberadaan peradilan adat diatur dalam Pasal 1 angka 12 yang ketentuan selengkapnya : Desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut desa adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas-batas wilayah berwenang mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal usul dan adat istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.
- 8) Dalam kaitannya dengan penyelenggaraan Pemerintah Daerah sebelum perubahan UU No. 23 Tahun 2014, Pasal 2 ayat (9) UU No. 32 Tahun 2004 menyebutkan

bahwa Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia. Otonomi daerah sebagaimana yang diamanatkan oleh UU No. 22 tahun 1999 dirobah dengan UU No. 32 tahun 2004 dan perbaharui lagi dengan UU No. 23 Tahun 2014 pada prinsipnya adalah memberikan kewenangan kepada pemerintah daerah (propinsi, kabupaten, kota) untuk mengatur pemerintahan sesuai dengan adat dan budaya lokal.

9) Peraturan Pemerintah Nomor 72 Tahun 2005 tentang Desa.

Keberadaan peradilan adat menurut peraturan pemerintah ini nampak dalam ketentuan Pasal 1 angka 5 yang berbunyi : Desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut desa adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas-batas wilayah berwenang mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal usul dan adat istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

10) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa

Undang-Undang Desa (Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014) memberikan pengakuan terhadap keberadaan peradilan adat dan membuka ruang untuk pelaksanaannya. Undang-Undang Desa ini sendiri lahir sebagai koreksi terhadap kebijakan tentang desa di masa rezim orde baru yang membunuh eksistensi hak masyarakat adat, termasuk peradilan adat. Hal ini terlihat dari diakuinya Nomenklatur Desa adat sebagai kategori desa yang mempunyai kewenangan

berdasarkan hak asal usul, termasuk kewenangan menyelenggarakan peradilan desa adat.

Kewenangan desa adat untuk menyelenggarakan peradilan desa adat sendiri masuk dalam tujuh kewenangan desa adat berdasarkan hak asal usul yang dijabarkan dalam Pasal 103. Pasal 103 yang berbunyi : Kewenangan desa adat berdasarkan hak asal usul sebagaimana dimaksud dalam pasal 19 huruf a meliputi: Pengaturan dan pelaksanaan pemerintahan berdasarkan susunan asli; Pengaturan dan pengurusan ulayat atau wilayah atau wilayah adat; Pelestarian nilai sosial budaya desa adat; Penyelesaian sengketa adat berdasarkan hukum adat yang berlaku di desa adat dalam wilayah yang selaras dengan prinsip hak asasi manusia dengan mengutamakan penyelesaian secara musyawarah; Penyelenggaraan sidang perdamaian peradilan desa adat sesuai dengan ketentuan peraturan perundangan-undangan; Pemeliharaan ketenteraman dan ketertiban masyarakat desa adat berdasarkan hukum adat yang berlaku di desa adat, dan; Pengembangan kehidupan hukum adat sesuai dengan kondisi sosial budaya masyarakat desa adat.

E. Kebijakan Otonomi Khusus Aceh dan Papua

Seluk beluk pembuatan dan kendala dalam pelaksanaan kebijakan otonomi khusus di Propinsi Nanggro Aceh Darusalam (NAD) dan Propinsi Papua di atas, sesungguhnya kita dapat memperoleh berbagai pelajaran berharga untuk menyelenggarakan otonomi daerah yang lebih baik di negeri ini pada masa mendatang.¹⁰ Kehadiran kebijakan otonomi daerah berbentuk Undang-Undang Otonomi Khusus bagi Propinsi NAD dan Propinsi Papua telah membawa perubahan mendasar pada pembuatan kebijakan otonomi daerah di Indonesia, baik

¹⁰ Soetandyo Wignosubroto dkk, *Pasang Surut Otonomi Daerah*. Institute for Local Development Yayasan Tifa, Jakarta, 2005, h. 561, 584.

isi kebijakannya yang lebih akomodatif terhadap aspirasi dan budaya local maupun proses pembuatannya yang lebih partisipatif dengan melibatkan tidak saja pemerintah daerah tetapi juga masyarakat setempat. Dengan kata lain, dalam penyusunan Undang-Undang Otonomi Khusus itu, Negara mengikutsertakan daerah dan masyarakat setempat beserta kebhinekaan budayanya. Model pembuatan kebijakan otonomi daerah yang progresif-kreatif. Ibaratnya, tukang jahit masih dipercaya menjahit baju, namun ukurannya disesuaikan dengan kondisi pelanggan, sehingga pelanggan senang dan tukang jahit tidak ditinggalkan. Manfaat lainnya adalah, dapat mempercepat persatuan dalam NKRI dan mengurangi sentiment disintegratif, dapat mengurangi konflik daerah-pusat, lebih mampu menghasilkan struktur pemerintahan local yang sesuai dengan kondisi budaya local dan aspirasi local, dapat memperkuat pranata local, dan dapat melahirkan system pemerintahan local yang sehat. Bahkan, secara teoritikal, kehadiran konsep otonomi khusus telah memperkaya konsep otonomi daerah di Indonesia, yang selama ini hanya mengenal konsep otonomi riil, konsep otonomi materiil, dan konsep otonomi riil dan bertanggung jawab.

Pembuatan kebijakan otonomi daerah berbentuk Undang-Undang Otonomi Khusus boleh dibilang merupakan supaya pengembangan otonomi daerah secara lebih bermakna dalam bingkai konstitusi yang dijamin oleh Pasal 18B ayat (1) UUD 1945, utamanya di satuan-satuan pemerintahan yang bersifat khusus atau istimewa. Karena itu, kebijakan otonomi khusus ini dapat dikembangkan di daerah-daerah yang memenuhi syarat sesuai amanat UUD 1945 tersebut.

Pembuatan kebijakan otonomi khusus bagi Propinsi NAD dan Papua bukan merupakan hadiah dari pembuat kebijakan di Jakarta, tetapi dituntut dengan tekanan keras baik secara fisik bersenjata (GAM dan OPM) maupun secara politik (SIRA dan PDP) oleh

masyarakat setempat. Sebaiknya pada masa mendatang, pemerintah pusat tidak perlu menunggu adanya perlawanan dari daerah dalam melahirkan kebijakan otonomi khusus, tetapi mengambil sendiri prakarsa dengan ikhlas demi integrasi NKRI. Jangan harus ada senjata yang diangkat dan darah yang tumpah dulu, baru kebijakan otonomi khusus dikeluarkan pemerintah pusat.

Guna mencegah persaingan antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Propinsi dalam memasukkan draf RUU ke DPR serta menghindari ketidakpuasan pihak pemerintah terhadap Undang-Undang Otonomi Khusus yang telah ditetapkan yang berpotensi mengganggu kelancaran jalannya implementasi, maka sebaiknya pengajuan draf RUU Otonomi Khusus dilakukan lewat pintu pemerintah saja, bukan dengan mekanisme usul inisiatif DPR.

Pemerintah dalam membuat draf RUU Otonomi Khusus seyogianya melibatkan partisipasi berbagai pihak terkait, mulai dari pemerintah propinsi dan lembaga perguruan tinggi di daerah setempat hingga anggota legislative local dan nasional asal daerah itu, termasuk anggota DPD-nya, bahkan pihak-pihak yang mau melepaskan diri dari NKRI. Di samping itu, hendaknya draf RUU tersebut dikonsultasikan kepada public secara luas dengan turun ke lapangan maupun lewat media massa.

Isi kebijakan otonomi daerah yang terdapat dalam Undang-Undang Otonomi Khusus Propinsi NAD Nomor 18 Tahun 2001 dan Undang-Undang Otonomi Khusus Nomor 21 Tahun 2001 tampak sarat dengan budaya lokal dan aspirasi lokal. Hanya saja bagi Propinsi NAD sumber budaya lokal dan aspirasi lokalnya lebih banyak berasal dari syariat agama islam, sementara Papua dari ajaran adat. Selain itu, berbagai pengaturan di dalam kedua Undang-Undang Otonomi Khusus itu kelihatan kurang rinci dan tidak tuntas, sehingga

memerlukan aneka peraturan pelaksanaan. Implementasi Undang-Undang Otonomi Khusus bisa terganggu bila peraturan pelaksanaan tidak kunjung keluar. Karena itu, sebaiknya muatan UU Otonomi Khusus, ke depannya, harus rinci dan tuntas, dan hindari semaksimal mungkin janji atau pendelegasian untuk mengaturnya dalam bermacam peraturan pelaksanaan.

Untuk meredam berbagai ketidakpuasan terhadap isi kebijakan otonomi khusus yang berpotensi mengganggu kelancaran jalanya implementasi kebijakan, seperti pihak separatis yang tidak mau menerima Undang-Undang, pihak pemerintah propinsi yang kecewa karena isi Undang-Undang berbeda jauh dengan usulan harapan masyarakat dan pihak pemerintah pusat sendiri yang keberatan karena kewenangan mereka banyak berkurang, maka perlindungan dan Kompromi yang melibatkan ketiga pihak itu secara intensif perlu ditempuh.

Pengakuan dan Penguatan Peradilan Adat, menurut Aristoteles, seorang filosof Yunani menyatakan manusia adalah makhluk bergaul, manusia tidak dapat hidup sendiri (*Zoonpoliticon*), manusia sebagai makhluk sosial dimana manusia senantiasa berinteraksi dengan manusia lainnya untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Tidak ada manusia yang dapat hidup sendiri tanpa bantuan orang lain. Adanya perhubungan yang dilakukan oleh manusia telah melahirkan interaksi sosial dalam masyarakat, interaksi sosial itu bermula dari suatu perbuatan. Apabila perbuatan itu dipandang sebagai suatu yang baik maka perbuatan itu mungkin menjadi suatu kebiasaan. Apabila kebiasaan itu tidak semata-mata dianggap sebagai cara berperilaku akan tetapi diterima sebagai kaidah-kaidah pengatur, maka kebiasaan itu menjadi tata kelakuan. Tata kelakuan itu akan mencerminkan sifat-sifat dari kelompok manusia dan bukan hanya dikenal akan tetapi diakui dan dihargai. Tata kelakuan dan bekal integritasnya dengan pola-pola perilaku masyarakat, dapat mempunyai kekuatan mengikat sehingga menjadi adat. Adat-istiadat mempunyai kekuatan mengikat yang lebih kuat, dan

mengatur tata kehidupan masa kini dan masa mendatang, disamping itu harus pula mengatur hak dan kewajiban bagi anggota masyarakat dan bagi pelanggarnya, diperkuat dengan sanksi-sanksi. Hal ini tercakup dalam hukum adat yang berisis perintah, larangan dan kebolehan.

Dalam konteks masyarakat hukum adat Papua, filosofi dasar dibalik kearifan lokal (adat) adalah menjaga tata hubungan atau interaksi yang mengedepankan keseimbangan; baik keseimbangan antara manusia dengan manusia, manusia dengan alamnya dan manusia dengan Tuhannya, pola interaksi tersebut ini merupakan sumber pengetahuan masyarakat adat yang kemudian melahirkan nilai-nilai kearifan yang mendasari pola tata kelakuan yang mengatur perilaku komunitas masyarakat adat pada suatu kelompok masyarakat adat tertentu sehingga menjadi perilaku yang dipegang, dihargai dan mempunyai kekuatan mengikat didalam kelompok tersebut.

Cara pandang inilah yang kemudian mendasari konsep keputusan penyelesaian masalah didalam komunitas masyarakat adat yang lebih mengedepankan asas keadilan dan perdamaian. Inilah dasar pijak kita ketika hendak membedah lebih jauh apa peluang dan tantangan terhadap pengakuan dan penguatan peradilan adat di Papua. Apa yang kita pikir sebagai Peluang ternyata bahwa dalam seminar ini tampaknya justru berada didalam ancaman misalnya kearifan lokal terasa mulai luntur/pudar; keberadaan (populasi) masyarakat adat Papua yang juga mulai berkurang; juga makin sedikit yang memahami kearifan lokal; kenyataan bahwa ditingkat komunitas dikelompok basis masyarakat adat dikampung-kampung mulai terjadi kekosongan pemimpin adat sesuai struktur kepemimpinan adat setiap suku, dan sebaliknya praktek yang terjadi saat ini menunjukkan bahwa banyak kali pimpinan adat yang diangkat tidak lagi mengikuti proses adat tapi lebih banyak berdasarkan status sosial. Kondisi-kondisi ini, bisa jadi melemahkan. Namun karena fakta pernah mencatat

bahwa semua ini pernah ada dan mampu memberi kontribusi yang positif dalam penegakan dan penghormatan hak-hak masyarakat adat dalam menciptakan rasa aman, damai dan adil maka upaya penguatan terhadap mekanisme penyelesaian masalah menurut hukum adat ini patut untuk dipikirkan keberadaannya.

Aspek pendukung lain yang juga tidak kalah penting adalah aspek hukum dari sisi inipun peluang untuk mendorong pengakuan dan penguatan terhadap Peradilan Adat dapat dijustifikasi, baik pengakuan terhadap eksistensi masyarakat adatnya, maupun pengakuan terhadap peran kepemimpinan adat dalam menyelesaikan permasalahan yang melibatkan masyarakat adat. Mengingat dari sisi inipun tersimpan permasalahan yang mengganggu maka penting untuk dilakukannya pengkajian yang mendalam sehingga terjadi harmonisasi dan keselarasan.

Misalnya di era Otonomi Khusus Pemerintah Provinsi Papua mengeluarkan beberapa kebijakan Peraturan Daerah Khusus (Perdapus) tentang pengakuan dan perlindungan bagi masyarakat hukum adat dan Peradilan Adat di Provinsi Papua, antara lain :

- (1)Peraturan Daerah Khusus (Perdapus) Nomor 20 Tahun 2008 tentang Peradilan Adat di Papua;
- (2)Peraturan Daerah Khusus (Perdapus) Nomor 23 Tahun 2008 tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Hak Perorangan Warga Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah;
- (3)Peraturan Daerah Khusus (Perdapus) Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pemilihan Anggota Majelis Rakyat Papua (MRP).

Dengan kebijakan dimaksud sebagai bagian dari langka strategis keberpihakan, pemberdayaan, dan perlindungan dalam memproteksi hak-hak dasar orang asli Papua guna berpartisipasi dalam era otonomi khusus Papua.

F. Landasan Teori Dan Kerangka Pikir

Kajian pada landasan teori dibangun dengan maksud sebagai bingkai pisau analisis pada permasalahan yang memfokuskan pada kajian tentang paradigma negara hukum, *the living law*, dan hakekat pluralisme hukum, dan makna kebijakan otonomi khusus terhadap pengakuan peradilan adat dalam mewujudkan negara hukum berdasarkan tiga (3) teori tersebut.

1. Teori Negara Hukum

Pemikiran mengenai Negara dan hukum, pada mulanya diintrodusir oleh Plato (427-347 SM) berkat didikan sang maha gurunya Socrates (419-399 SM),¹¹ seperti yang tergambar dalam karyanya sebagaimana dikutip J.J. Von Schmid yang mengemukakan bahwa¹²:

Karya utamanya ialah “politea” (Negara). Karya itu memuat pikiran Plato tentang Negara dan hukum yang kemudian dilajutkannya dalam Ahli Negara (Politicos) dan Undang-Undang (Nomoi). Negara atau “Republik” Plato, yang ditulis dalam bentuk timbale cakup yang terdiri dari 10 bagian buku. Di dalamnya ia menggambarkan kepada Negara-negara yang dicita-citakan, yang berdasarkan keadilan. Keadilan haruslah memerintah, kebaikan seharusnya menjelma dalam Negara.

¹¹ Plato SM adalah murid Socrates, ia dilahirkan pada tal. 29 Mei 429 SM di Athena. Plato banyak menghasilkan karya dalam bidang Filsafat, Politik dan Hukum. Diantara karyanya yang termasyur adalah Politea (tentang Negara), Politicos (tentang Ahli Negara), dan Nomoi (tentang UU), dalam Jazim Hamidi, dkk (Tim Geen Mind Community/GMC), *Teori Dan Politik Hukum Tata Negara*. Totalmedia, Malang, 2009, h. 36.

¹² J.J. Von Schmid, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara Dan Hukum*. Pejermah. R. Wiratno Djamiluddin Singomangkuto dan Jamadi. Pustaka Sarjana, Jakarta, 19988. h. 8,9.

Gagasan Sokrates dan Plato tersebut dalam prespektif Negara dan hukum juga dianggap sebagai cikal bakal lainnya konsepsi Negara dan hukum dari para filsuf dan pakar hukum dan politik di negara-negara modern saat ini.

Istilah negara hukum populer sejak abad ke-19, oleh Plato dan Aristoteles sebelum masehi. Pandangan Plato dengan ide negara hukum yang disebut *nomoi*, di mana dalam suatu negara semua orang harus tunduk kepada hukum termasuk penguasa atau raja, agar mereka tidak bertindak sewenang-wenang. Kemudian ide negara hukum Plato itu dikembangkan oleh Aristoteles dengan menyatakan, sumber kekuasaan tertinggi (*suprem*) ialah hukum dan bukan manusia. Aristoteles meletakkan supremasi hukum sebagai kekuasaan tertinggi. Alasan Aristoteles menempatkan hukum sebagai sumber kekuasaan tertinggi, karena betapapun arifnya manusia sebagai penguasa manusia tidak mungkin dapat menggantikan hukum. Karenanya barang siapa memberi tempat bagi manusia untuk memerintah berarti memberi tempat bagi binatang buas, sebab bagaimanapun bijaksananya manusia, ia tetap memiliki keinginan dan nafsu. Sebaliknya, barang siapa memberi tempat bagi hukum untuk memerintah berarti memberi tempat bagi dewa dan akal serta kecerdasan. Selanjutnya Aristoteles menyatakan, suatu pemerintahan atau penguasa baru akan terarah bagi kepentingan, kebaikan dan kesejahteraan umum, apabila hukum dijadikan sumber kekuasaan. Pemerintahan yang baik terletak pada pengakuan para penguasanya terhadap supremasi hukum dan pengakuan itu terjelma dalam Penyelenggaraan pemerintah. Untuk terjelmanya manusia yang bersikap adil, manusia harus dididik menjadi warga yang baik dan bersusila.

Ide negara hukum Aristoteles menekankan pada hukum yang substansinya ialah "keadilan", yaitu hukum sebagai *ius*, *iustitia*, *recht* atau *right*, artinya hukum yang

mengandung prinsip-prinsip atau asas-asas yang berintikan "keadilan". Jadi hukum pertama-tama berarti adil atau hukum karena adil (*ius quia iustum*). Penekanan hukum sebagai keadilan sangat penting guna membedakannya dari undang-undang (*wet/lex/law*). Sebab keadilanlah yang seharusnya memerintah dan terjelma dalam kehidupan pemerintahan. Sebelum konsep negara hukum populer pada abad ke-19, suasana kehidupan kenegaraan ketika itu ditandai dan didominasi kekuasaan mutlak (absolut oleh para raja sebagai penguasa. Akibat terpusatnya kekuasaan pada Raja, banyak terjadi pelanggaran dan penindasan terhadap hak-hak asasi manusia. Raja sering menggunakan kekuasaannya dengan sewenang-wenang dan tanpa batas, bahkan di Italia Machia velli (1469-1527) menganjurkan agar Raja menerapkan absolutisme dalam kehidupan bernegara dan berjuang dengan tidak mengindahkan hukum, agama dan moral. Sejalan dengan gagasan itu *Jean Bodin* (1530-1596) Thomas Hobbes (1588-1658), Paul Leband (1838-1918) dan George Jellinek (1851-1911) mengembangkan teori Kedaulatan Negara. Salah seorang filsuf absolutisme negara yang pikiran-pikirannya sangat terkenal dan berpengaruh besar terhadap perkembangan teori politik dan teori kenegaraan ialah Thomas Hobbes. Thomas Hobbes menggambarkan negara sebagai makhluk raksasa yang sangat menakutkan, karena negara bukan lagi untuk kepentingan manusia, melainkan sebaliknya manusia untuk kepentingan negara. Konsep teori Thomas Hobbes dibangun dengan latar belakang keadaan alamiah manusia bebas, kacau dan liar. Manusia digambarkan bagai serigala bagi manusia lainnya (*homo homini lupus*) yang melahirkan perang semua lawan semua (belum *omnium contra omnes*). Karena didorong perasaan takut dan sadar akan adanya ancaman itu kemudian mereka mengadakan perjanjian (*social contract*). Ketika perjanjian dilakukan semua hak-hak individu, diserahkan kepada negara, sedangkan negara tidak dibebani kewajiban apapun

termasuk untuk tidak dapat dituntut. Akhirnya negara tidak lagi dapat dikendalikan dan negara dijalankan dengan kekuasaan mutlak, sewenang-wenang dan otoriter. Pelanggaran, perampasan dan penindasan terhadap hak-hak asasi manusia dilakukan dengan bebas tanpa terkendali. Alasan melakukan tindakan demikian adalah untuk mewujudkan negara kuat, stabil dan sejahtera.

Perkembangan ide negara hukum yang semula menganung substansi keadilan yang seharusnya ditegakkan melalui fungsi politik, ternyata dalam perjalanannya sering berubah menjadi sekedar alat untuk mempertahankan kekuasaan semata. Karena itu latarbelakang yang mendorong semakin gencarnya tuntutan terhadap ide negara hukum pada abad ke-19 dimaksud, sejalan dengan muncul dan derasnya tuntutan penghapusan terhadap sistem pemerintahan absolut, yaitu suatu pemerintahan yang tidak adil yang telah melukai hati nurani rakyat dan akhirnya mendorong dirinya jauh dari hati nurani rakyat.

Hakekat perkembangan konsep negara hukum merupakan produk dari sejarah, sebab rumusan atau pengertian negara hukum itu terus berkembang mengikuti sejarah perkembangan umat manusia. Karena itu dalam rangka memahami secara tepat dan benar konsep negara hukum, perlu terlebih dahulu diketahui gambaran sejarah perkembangan pemikiran politik dan hukum, yang mendorong lahir dan berkembangnya konsepsi negara hukum. Dengan mengetahui perjalanan sejarah tersebut diharapkan akan lebih mudah memahami substansi konsepsi negara hukum, seperti dinyatakan oleh Bernard Chenat untuk mengenal suatu lembaga orang pertama-tama harus mempelajari sejarahnya. Bagi teori kedaulatan negara ini dalam prakteknya telah mendorong lahirnya negara-negara totaliter. Bentuk negara totaliter tersebut sekarang ini dapat pula dilahirkan secara terselubung dalam bentuk baju baru, seperti negara pejabat. Dalam negara pejabat ucapan

seorang pejabat mempunyai arti sangat penting dan menentukan, bahkan tidak jarang disetarakan dengan hukum. Intervensi penguasa terhadap lembaga legislatif dan yudikatif juga dilakukan dengan cara yang lebih sistematis dan terkendali.

Kemudian John Locke (1632-1704) merumuskan teori yang konstruksinya sama-sama dibangun dari teori perjanjian masyarakat (*social contract*). Namun dengan fiksi bahwa manusia sejak lahir menurut kodratnya telah memiliki hak alamiah atau hak-hak dasar (hak asasi), seperti hak milik, hak hidup, kebebasan dan kemerdekaan. Ketika perjanjian dilakukan hak-hak dasar itu tidak turut diserahkan, bahkan dalam perjanjian itu negara diberi tugas dan tanggung jawab untuk melindungi dan menjamin terselenggaranya hak-hak dasar tersebut. Negara tidak diperkenankan melanggar apalagi mengurangi hak-hak dasar yang diperjanjikan itu. Teori ini akhirnya melahirkan paham liberalisme dan individualisme. Tujuan, tugas dan wewenang negara menjadi terbatas hanya pada hal-hal yang diperjanjikan. Kekuasaan negara dibatasi seminimal mungkin dan tidak lagi mutlak. Sebaliknya kepada setiap individu diberikan kemerdekaan dan kebebasan yang besar. Teori ini mempunyai implikasi luas dalam menentukan perkembangan sejarah ketatanegaraan, karena secara prinsipil membongkar dan menumbangkan teori-teori terdahulu yang memberikan kekuasaan mutlak dan tak terbatas kepada raja atau negara.

Munculnya John Locke mengantarkan sejarah baru bagi ketatanegaraan moderen, khususnya mengenai pembatasan dan pemisahan kekuasaan negara yang diserahkan masing-masing kepada legislatif, eksekutif dan federatif. John Locke menghendaki agar pembatasan dan pemisahan kekuasaan itu dijamin dalam sebuah "konstitusi"). Dari pemahaman terhadap latar belakang lahirnya ide konstitusionalisme tersebut, dapat dipahami bahwa esensi ide konstitusionalisme itu pertama-tama ialah konsep negara

hukum. Artinya kewibawaan hukum secara universal mengatasi kekuasaan raja, pemerintah atau negara dan hukum akan mengontrol politik (bukan sebaliknya). Esensi kedua ialah konsep hak-hak sipil warga negara dijamin oleh konstitusi, sedangkan kekuasaan negara akan dibatasi oleh konstitusi. Ide Teori John Locke tersebut kemudian berkembang di tangan Montesquieu dengan teori Trias Politica (1688-1755) dan dilanjutkan oleh Jean Jacques Rousseau dengan teori Kedaulatan Rakyat). Menurut teori Kedaulatan Rakyat, kekuasaan negara harus dibatasi dan dikontrol oleh rakyat secara demokratis melalui kemauan umum (*volonte generale*).

Dengan lahirnya keinginan membatasi dan, mengawasi kekuasaan negara, diiringi pula dengan lahirnya teori Kedaulatan Hukum, dipelopori antara lain Immanuel Kant (1724-1884)' dan Hans Kelsen" (1881-1973). Menurut teori ini negara tidak didasarkan pada kekuasaan belaka, tetapi harus berdasarkan atas hukum. Teori negara hukum ini kemudian semakin populer, sehingga dalam sejarah perkembangannya dikenal dua konsep yang sangat berpengaruh, yaitu konsep di Jerman dan konsep *the rule of law* di Inggris. Konsep *the rule of law* mulai populer sejak terbitnya buku A.V. Dicey pada tahun 1885. A.V. Dicey, merumuskan unsur-unsur *the rule of law* yakni supremasi aturan-aturan hukum, kedudukan yang sama dihadapkan hukum dan adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia. Sedangkan unsur-unsur *rechtsstaat* menurut F.J. SthaP, adalah perlindungan hukum terhadap hak-hak asasi manusia, pemisahan atau pembagian kekuasaan negara untuk menjamin hak asasi manusia, pemerintahan berdasarkan peraturan dan adanya peradilan administrasi.

Di Indonesia menurut Philipus M. Hadjon, terjadinya perbedaan kriteria antara *rechtsstaat* dan *the rule of law*, karena *rechtsstaat* lahir dari hasil perjuangan menentang

absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara revolusioner. Hadjon juga mengaitkan konsep tersebut dengan sistem hukum beserta karakteristiknya. Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem hukum kontinental yang disebut *civil law* atau *Modern Roman Law* dengan karakteristik *administratif*, sedangkan konsep *the rule of law* bertumpu atas sistem hukum *common law* dengan karakteristik *judicial*. Secara normatif terjadinya perbedaan karakteristik itu bersumber dari perkembangan sejarah. Pada zaman Romawi kekuasaan raja yang menonjol ialah membuat peraturan melalui dekrit, yang kemudian didelegasikan kepada pejabat-pejabat administrasi. Pejabat administrasi ini membuat pengarahan-pengarahan tertulis bagi hakim tentang memutus suatu sengketa. Akhirnya di Eropa Kontinental peranan administrasi bertambah besar, sehingga berkembang Hukum administrasi dan Peradilan Administrasi membatasi dan mengawasi kekuasaan administrasi. Di Inggris kekuasaan dari raja ialah memutus perkara atau peradilan oleh Raja. Peradilan ini kemudian, berkembang menjadi suatu sistem peradilan yang dilaksanakan hakim-hakim peradilan yang memperoleh delegasi dari raja, namun bukan melaksanakan kehendak Raja. Hakim harus memutus perkara berdasarkan kebiasaan-kebiasaan umum di Inggris, sebagaimana dilakukan Raja memutus perkara sebelumnya. Akhirnya peranan peradilan hakim semakin besar dan kuat. Sehingga dalam literatur Indonesia ditemukan beberapa peristilahan yang sering digunakan untuk mengungkapkan negara hukum, yakni *rechtsstaat*, *the rule of law*, negara hukum berdasarkan Pancasila, Negara Hukum Pancasila Indonesia Negara Hukum atau Negara Hukum di Indonesia. Dari pengalaman sejarah perkembangan negara hukum, sebagaimana diuraikan di atas, dapat ditarik suatu proposisi, semakin besar kekuasaan masyarakat berarti semakin besar kemungkinan tegaknya prinsip-prinsip negara hukum.

Sebaliknya semakin besar kemungkinan terabaikannya prinsip-prinsip negara hukum Indonesia. Salah satu akar negara hukum ialah diakuinya eksistensi kekuasaan kehakiman yang bebas terlepas dari kekuasaan lainnya. Jaminan kekuasaan kehakiman tersebut secara konstitusional dalam UUD 1945.

Penggunaan konsepsi Negara Hukum di Indonesia dalam penelitian ini bermaksud lebih cenderung menggunakan istilah Negara Hukum Indonesia, sebab dengan kata Indonesia telah tercakup di dalamnya Pancasila dan UUD 1945. Sehingga menempatkan Pancasila dan UUD 1945 sebagai prinsip dasar hukum dan sumber dari segala sumber hukum, pokok kaidah fundamental Negara, dan cita hukum yang adil serta penentu validitas bagi setiap politik hukum di Indonesia. Kedudukan UUD 1945 dijadikan sebagai dasar berpijak dari semua tata tertib hukum dan politik hukum pemerintah di Negara Republik Indonesia. Sementara Hak Asasi Manusia sebagai batas bawah dari setiap sistem dan politik hukum di Indonesia. Hal ini berarti titik fokus pengkajian dalam penelitian ini adalah berawal dari Pancasila dan UUD 1945, serta Hak Asasi Manusia, kemudian berakhir pula pada tercapainya cita-cita dan tujuan Negara Republik Indonesia sebagaimana yang diamanatkan dalam Pancasila dan UUD 1945 itu sendiri. Indonesia menganut sistem hukum Eropa Kontinental sebagai bekas jajahan kolonial mengikuti sistem hukum tersebut dengan sebutan *Rechtsstaat* (Negara hukum) sebagaimana dikemukakan oleh Friedrich J. Stahl, dalam Muhammad Tahir Azhary mengemukakan bahwa¹³:

Negara hukum ditandai oleh empat unsur pokok yaitu ; 1. Adanya perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; 2. Negara didasarkan pada teori Trias politica; 3. Pemerintahan diselenggarakan berdasarkan Undang-Undang (*Wetmatig bestuur*); 4.

¹³ Muh. Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Study Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Medinah Dan Masa Kini*. Pernada Media, Jakarta, 2003, hlm. 88,89.

Adanya peradilan administrasi Negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidstaat*).

Sebaliknya konsepsi Negara hukum juga dikembangkan di kawasan Anglo Saxon sebagaimana yang diintrodusir oleh Albert Venn Dicey, melalui konsepsi pemikirannya yang terkenal dengan sebutan “*The Rule of Law*”. Berdasarkan pendapat tersebut di atas dapat diketahui, bahwa dalam konsepsi *The rule of law* pada intinya mempunyai tiga arti yang sangat mendasar yaitu :

- 1) *The rule of law* berarti ; Adanya supremasi hukum dalam suatu Negara.
- 2) *The rule of law* berarti ; Adanya persamaan hak di depan hukum atau adanya penundukan yang sama dari semua golongan terhadap hukum.
- 3) *The rule of law* berarti; Adanta suatu jaminan secara konstitusional terhadap hak asasi manusia.

Melalui pendapat di atas dapat diketahui, bahwa dalam konsepsi *The rule of law* itu pada hakekatnya mencakup tiga macam pengertian yang saling berkaitan yaitu sebagai berikut ; 1) Tidak adanya kekuasaan yang sewenang-wenang. Tak seorang pun yang kebal terhadap hukum; 2) Adanya persamaan hak di depan hukum. Setiap orang apa pun kedudukan dan keadaannya adalah tunduk kepada hukum dan kekuasaan pengadilan biasa ; 3) Adanya konstitusi yang dapat menjamin hak asasi manusia dan kebebasan dasar individu atau warganegara. Sehubungan dengan konsepsi “*The rule of law*”, C.F. Soenarjati Hartono mengemukakan bahwa ¹⁴:

Menegakkan *the rule of law* itu belum tentu identik (sama) arti dan akibatnya dengan membangun suatu Negara hukum (*Rechtsstaat*) dalam arti Negara menjamin berlakunya hukum yang membawa keadilan (*just law*) bagi setiap warga

¹⁴ C.F.G. Sunarjati Hartono, *Apakah The Rule Of Law*, Alumni, Bandung, 1976, h. 100-101

Negara. Sebab pengertian *the rule of law* itu dapat dibagi atas dua pengertian yaitu dalam arti formal, dalam mana setiap Negara, juga dalam Negara system pemerintahan yang totaliter, seperti Nazi di Jerman di bawah Hitler menegakkan hukum yang berlaku di negaranya masing-masing. Akan tetapi jika *the rule of law* dipakai dalam arti materill barulah menegakkan *the rule of law* itu, dapat diharapkan membawa keadilan, oleh karena yang ditegakkan yang diundangkan secara sah oleh pemerintah dan badan legislative saja. Akan tetapi dalam arti hukum yang adil (*just law*) yaitu hukum yang sesuai dengan dan yang membawa keadilan social bagi masyarakat.

Negara kesatuan Republik Indonesia sebagai suatu Negara hukum, jelas melekat cirri-ciri dari konsepsi *The rule of law*, baik yang bersifat formal maupun yang bersifat materill. Dari kedua sifat tersebut sudah jelas berpengaruh dalam pembentukan UUD 1945 sebagai konstitusi Negara Republik Indonesia.

2. Teori *The Living Law*

Dalam kajian ilmu hukum *the living law* bukan menjadi isu lama dalam kehidupan masyarakat terutama masyarakat adat atau masyarakat hukum adat. *The living law* secara populer di kemukakan oleh ahli sosiologi hukum yaitu Eugen Ehrlich (1862-1922) berkebangsaan Austria menempatkan *the living law* sebagai salah satu sumber pelengkap hukum yang disejajarkan dengan sejarah hukum dan teori hukum. Kemudian teori tersebut menjadi bagian dalam potret teori realisme hukum dan pluralisme hukum kehidupan masyarakat. Oleh karena itu, konsepsi Austin tentang penetapan melalui hukum Negara sebagai satu-satunya hukum yang mengatur kehidupan masyarakat tersebut dikritik oleh para pengikut mazhab sejarah yang meyakini bahwa setiap masyarakat memiliki ciri khas

masing-masing tergantung pada riwayat hidup dan struktur sosial yang hidup dan berkembang untuk mengatur kepentingan-kepentingan masyarakat. Menurut Friedrich Carl von Savigny (sebagai tokoh utama madzhab sejarah) bahwa hukum merupakan salah satu faktor dalam kehidupan bersama suatu bangsa seperti bahasa, adat, moral, tatanegara. Oleh karena itu, hukum adalah sesuatu yang bersifat supra individual, suatu gejala masyarakat. Tetapi suatu masyarakat lahir dalam sejarah. Lepas dari perkembangan masyarakat tidak terdapat hukum sama sekali. Friedrich Carl von Savigny melihat hukum sebagai fenomena histories, sehingga keberadaan setiap hukum adalah berbeda, bergantung kepada tempat dan waktu berlakunya hukum. Hukum harus dipandang sebagai penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa (*volksgeist*). Asumsi yang digunakan von Savigny terhadap pernyataan tersebut adalah :

- 1) Ada keterkaitan antara sejarah dengan hukum, sehingga hukum bukanlah disusun atau diciptakan oleh orang, hukum tumbuh dan berkembang bersama-sama dengan rakyat, namun perkembangan hukum itu sendiri pada dasarnya adalah diluar kesadaran dan merupakan proses yang organis.
- 2) Hukum berkembang dari pandangan yang sederhana, dipahami sebagai hubungan hukum dalam masyarakat primitive, berkembang menjadi hukum yang kompleks dalam peradaban modern. Kesadaran masyarakat ini tidak dapat dimanifestasikan para ahli hukum yang memformulasikan prinsip-prinsip hukum secara teknis. Para ahli hukum ini hanya merupakan organ dai kesadaran hukum masyarakat, yang terbatas pada tugasnya untuk menangkap bahan-bahan hukum mentah yang mereka temukan dalam masyarakat.

- 3) Hukum-hukum tidak memiliki validitas dan atau tidak dapat diterapkan secara universal, karena setiap masyarakat telah membangun hukumnya sendiri, tata kramanya, adat istiadatnya dan bahasanya sendiri. Dengan demikian, satu-satunya sumber hukum adalah kesadaran hukum masyarakat yang diwujudkan baik dalam hukum kebiasaan maupun undang-undang, antara keduanya adalah sederajat, karena hakikat Undang-Undang adalah kebiasaan yang diformalkan.

Konsep hukum yang hidup di dalam jiwa masyarakat (*volksgeist*) dari Friedrich Carl von Savigny, dipertegas oleh pengagas sosiologi hukum Eugene Ehrlich yang menyebutkan dengan fakta-fakta hukum (*fact of law*) dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law of people*). Untuk itu, teori *living law* dari Eugene Ehrlich menyatakan dalam setiap masyarakat terdapat aturan-aturan hukum yang hidup (*living law*). Semua hukum dianggap sebagai hukum sosial, dalam arti bahwa semua hubungan hukum ditandai oleh factor-faktor social-ekonomi. Kenyataan hukum social yang melahirkan hukum, termasuk dunia pengalaman manusia, dan dengan demikian ditanggapi sebagai ide normative. Terdapat empat jalan agar kenyataan-kenyataan yang anormatif menjadi normatif yakni : 1) Kebiasaan; 2) Kekuasaan efektif; 3) Milik efektif, dan 4) Pernyataan kehendak pribadi.

Kenyataan sosial lebih dilihat dari aspek ekonomi, dimana ekonomi merupakan basis seluruh kehidupan manusia, maka ekonomi bersifat menentukan bagi aturan kehidupan. Dari kebutuhan ekonomi, manusia menjadi sadar, lalu timbul hukum secara langsung, itulah hukum yang hidup (*the living law*), sebab hukum tidak merupakan suatu aturan di atas anggota-anggota masyarakat, melainkan diwujudkan dan diungkapkan dalam kelakuan mereka sendiri.

Dalam rangka penempatan hukum adat dibawah hukum Negara, Achmad Sodiki berpendapat bahwa ada dua jenis hukum adat, yakni :

- 1) Hukum adat yang identik dengan hukum agrarian yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa dengan persyaratan sebagaimana disebut dalam Pasal 5 UUPA, dan
- 2) Hukum adat yang berlaku pada masyarakat-masyarakat hukum adat termasuk hak ulayat dan hak-hak yang serupa sepanjang menurut kenyataannya masih ada yang tidak berlaku pada masyarakat hukum adat yang lain. Secara politis hukum adat yang pertama berupa segala ketentuan hukum tertulis yang terbilang dalam pengertian *state law*, karena sekalipun hal itu dinyatakan sebagai hukum adat, tetapi jelas merupakan produk *legislative*, yang lebih nampak sebagai *the commands of the sovereign*. Hal yang kedua merupakan jenis hukum adat yang merupakan produk masyarakat yang bersangkutan berdasarkan kesadaran hukumnya. Hukum adat demikian dan kepentingan hukum warga masyarakat.

Jadi, *the living law* yang mendominasi kehidupan masyarakat, meskipun "*the living law*" itu tidak selalu diubah menjadi formal, ke dalam proposisi-proposisi legal. "*The living law*" mencerminkan nilai-nilai dari masyarakatnya. Tertib dalam dari kehidupan masyarakat adalah "pola-pola kultur" yang tidak pernah statis. Nilai-nilai berubah, sikap-sikap tentang perbuatan yang salah, berbeda dari waktu ke waktu, konsep-konsep tentang apa yang ditentukan sebagai tindak kriminal, berubah dari tahun ke tahun. *The living law* dapat diketahui, hanya dari suatu pengujian terhadap putusan-putusan pengadilan, suatu investigasi tertutup tentang isi dari dokumen-dokumen bisnis, dan lain-lain, dan di atas dari semua itu, "*the living law*" dapat diketahui dari observasi terhadap orang-orang. Hukum terdiri dari aturan-aturan tentang perilaku yang diikuti di dalam kehidupan setiap hari,

kebiasaan-kebiasaan praktis yang menyebabkan dan mempertahankan tertib dalam dari asosiasi-asosiasi, keluarga, komunitas pedesaan, korporasi, asosiasi bisnis, asosiasi profesi, klub, sekolah atau pabrik, dan lain-lain, inilah “*the living law*”. Pendapat **Eugen Ehrlich** mengenai “*the living law*” merupakan aturan-aturan yang digunakan didalam hubungan-hubungan kehidupan yang sedang berlangsung.

Dari deskripsi di atas, dapat diketahui bahwa “*the living law*” adalah hukum yang hidup dan sedang aktual dalam suatu masyarakat, sehingga tidak membutuhkan upaya reaktualisasi lagi. “*The living law*” bukan sesuatu yang statis, tetapi terus berubah dari waktu ke waktu. “*The living law*” adalah hukum yang hidup di dalam masyarakat, bias tidak tertulis bias juga tertulis. Demikian pula “*the living law*” bias berwujud hukum adat (yang tidak tertulis), bias juga hukum kebiasaan modern (yang tidak tertulis) yang berasal dari Barat maupun hukum Islam di bidang-bidang hukum tertentu. Oleh karena itu, dalam kaitannya dengan “*the living law*” di Papua, maka menurut Achmad Ali,¹⁵ “*the living law*” yang merupakan aturan-aturan hukum yang aktual hidup di dalam realitas kehidupan hukum masyarakat, sudah lebih banyak berasal dari hukum Barat modern dan hukum Islam ketimbang hukum adat yang tersisa sangat sedikit, itu pun terbatas di bidang hukum tertentu saja dan semakin termarginalkan, contohnya “hal ulayat” yang merupakan hak masyarakat hukum adat. Nilai-nilai Islam malah mungkin menjadi semakin penting bagi masyarakat Indonesia yang memang mayoritas muslim. Memang benar secara konstitusional (Pasal 18B Ayat (2) dan Pasal 28 I Ayat (3) UUD 1945) mengakui hak masyarakat adat tradisional dan identitas budaya, tetapi dengan syarat ; a) sepanjang masih hidup; b) sepanjang sesuai dengan perkembangan masyarakat, zaman dan peradaban; dan

¹⁵ Achmad Ali, *Menguk Teori Hukum (Legal Teory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legis Prudence), Vol. 1 Pemahaman Awal*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, h. 216-217.

c) sepanjang sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia dan sepanjang diatur oleh undang-undang.

3. Teori Keputusan (*Beslissingenleer*) menurut Ter Haar

Sebelum dijelaskan teori keputusan (*Beslissingenleer*) Ter Haar, lebih dulu dijelaskan defenisi adat dan hukum adat yang masih menimbulkan perdebatan. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, adat adalah aturan (perbuatan... dsb) yg lazim diturut atau dilakukan sejak dahulu kala; cara (kelakuan ... dsb) yg sudah menjadi kebiasaan; wujud gagasan kebudayaan yg terdiri atas nilai-nilai budaya, norma, hukum, dan aturan yg satu dengan lainnya berkaitan menjadi suatu sistem. Karena istilah Adat yang telah diserap kedalam Bahasa Indonesia menjadi kebiasaan maka istilah hukum adat dapat disamakan dengan hukum kebiasaan. Namun menurut Van Dijk, kurang tepat bila hukum adat diartikan sebagai hukum kebiasaan. Menurutnya hukum kebiasaan adalah kompleks peraturan hukum yang timbul karena kebiasaan berarti demikian lamanya orang bisa bertingkah laku menurut suatu cara tertentu sehingga lahir suatu peraturan yang diterima dan juga diinginkan oleh masyarakat. Jadi, menurut Van Dijk, hukum adat dan hukum kebiasaan itu memiliki perbedaan. Sedangkan di bagian lain menurut Soejono Soekanto, hukum adat hakikatnya merupakan hukum kebiasaan, namun kebiasaan yang mempunyai akibat hukum (*das sein das sollen*).¹⁶ Berbeda dengan kebiasaan (dalam arti biasa), kebiasaan yang merupakan penerapan dari hukum adat adalah perbuatan-perbuatan yang dilakukan berulang-ulang dalam bentuk yang sama menuju kepada *Rechtsvaardige Ordening Der Samenleving*.

Menurut Ter Haar yang terkenal dengan teorinya *Beslissingenleer* (teori keputusan) mengungkapkan bahwa hukum adat mencakup seluruh peraturan-peraturan

¹⁶ Moh. Koesnoe, Catatan-Catatan Terhadap Hukum Adat Dewasa Ini, Airlangga University Press, 1979.

yang menjelma di dalam keputusan-keputusan para pejabat hukum yang mempunyai kewibawaan dan pengaruh, serta di dalam pelaksanaannya berlaku secara serta merta dan dipatuhi dengan sepenuh hati oleh mereka yang diatur oleh keputusan tersebut. Keputusan tersebut dapat berupa sebuah persengketaan, akan tetapi juga diambil berdasarkan kerukunan dan musyawarah. Dalam tulisannya Ter Haar juga menyatakan bahwa hukum adat dapat timbul dari keputusan warga masyarakat. Syekh Jalaluddin menjelaskan bahwa hukum adat pertama-tama merupakan persambungan tali antara dulu dengan kemudian, pada pihak adanya atau tiadanya yang dilihat dari hal yang dilakukan berulang-ulang. Hukum adat tidak terletak pada peristiwa tersebut melainkan pada apa yang tidak tertulis di belakang peristiwa tersebut, sedang yang tidak tertulis itu adalah ketentuan keharusan yang berada di belakang fakta-fakta yang menuntuk bertautnya suatu peristiwa dengan peristiwa lain.

Untuk memperkuat penjelasan di atas, defenisi hukum adat secara konseptual menurut beberapa ahli hukum adat di bawah ini.

1) Cornelis van Vollenhoven

Menurut Prof. Mr. Cornelis van Vollenhoven, hukum adat adalah keseluruhan aturan tingkah laku positif yang di satu pihak mempunyai sanksi (hukum) dan di pihak lain dalam keadaan tidak dikodifikasi (adat). Tingkah laku positif memiliki makna hukum yang dinyatakan berlaku di sini dan sekarang. Sedangkan sanksi yang dimaksud adalah reaksi (konsekuensi) dari pihak lain atas suatu pelanggaran terhadap norma (hukum). Sedang kodifikasi dapat berarti sebagai berikut.

(1) menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia kodifikasi berarti himpunan berbagai peraturan menjadi undang-undang; atau hal penyusunan kitab perundang-

undangan; atau penggolongan hukum dan undang-undang berdasarkan asas-asas tertentu di buku undang-undang yang baku.

- (2) menurut Prof. Djodjodigono kodifikasi adalah pembukuan secara sistematis suatu daerah / lapangan bidang hukum tertentu sebagai kesatuan secara bulat (semua bagian diatur), lengkap (diatur segala unsurnya) dan tuntas (diatur semua soal yang mungkin terjadi).

2) Ter Haar

Ter Haar membuat dua perumusan yang menunjukkan perubahan pendapatnya tentang apa yang dinamakan hukum adat. Hukum adat lahir dan dipelihara oleh keputusan-keputusan warga masyarakat hukum adat, terutama keputusan yang berwibawa dari kepala-kepala rakyat (kepala adat) yang membantu pelaksanaan-pelaksanaan perbuatan-perbuatan hukum, atau dalam hal pertentangan kepentingan keputusan para hakim yang bertugas mengadili sengketa, sepanjang keputusan-keputusan tersebut karena kesewenangan atau kurang pengertian tidak bertentangan dengan keyakinan hukum rakyat, melainkan senapas dan seirama dengan kesadaran tersebut, diterima, diakui atau setidaknya tidak-tidaknya ditoleransi.

Hukum adat yang berlaku tersebut hanya dapat diketahui dan dilihat dalam bentuk keputusan-keputusan para fungsionaris hukum (kekuasaan tidak terbatas pada dua kekuasaan saja, eksekutif dan yudikatif) tersebut. Keputusan tersebut tidak hanya keputusan mengenai suatu sengketa yang resmi tetapi juga di luar itu didasarkan pada musyawarah (kerukunan). Keputusan ini diambil berdasarkan nilai-nilai yang hidup sesuai dengan alam rohani dan hidup kemasyarakatan anggota-anggota persekutuan tersebut.

Dalam referensi hukum adat tercermin potensi hukum adat Indonesia yang dibuktikan dari studi etnografi hukum Mr. Cornelis van Vollenhoven, yang mengidentifikasi 19 lingkungan hukum adat (*rechtsringen*) yang di bagi lagi dalam beberapa bagian yang disebut Kukuban Hukum (*Rechtsgouw*).¹⁷ Lingkungan hukum adat tersebut adalah sebagai berikut.

- (1) Aceh (Aceh Besar, Pantai Barat, Singkel, Semeuleu)
- (2) Tanah Gayo, Alas dan Batak
- (3) Tanah Gayo (Gayo lueus)
- (4) Tanah Alas
- (5) Tanah Batak (Tapanuli)
- (6) Tapanuli Utara; Batak Pakpak (Barus), Batak karo, Batak Simelungun, Batak Toba (Samosir, Balige, Laguboti, Lumbun Julu)
- (7) Tapanuli Selatan; Padang Lawas (Tano Sepanjang), Angkola, Mandailing (Sayurmatangi)
- (8) Nias (Nias Selatan)
- (9) Tanah Minangkabau (Padang, Agam, Tanah Datar, Limapuluh Kota, tanah Kampar, Kerinci)
- (10) Mentawai (Orang Pagai)
- (11) Sumatera Selatan
- (12) Bengkulu (Renjang)
- (13) Lampung (Abung, Paminggir, Pubian, Rebang, Gedingtataan, Tulang Bawang)
- (14) Palembang (Anak lakitan, Jelma Daya, Kubu, Pasemah, Semendo)
- (15) Jambi (Batin dan Penghulu)
- (16) Enggano
- (17) Tanah Melayu (Lingga-Riau, Indragiri, Sumatera Timur, Orang Banjar)
- (18) Bangka dan Belitung
- (19) kalimantan (Dayak Kalimantan Barat, Kapuas, Hulu, Pasir, Dayak, Kenya, Dayak Klemanten, Dayak Landak, Dayak Tayan, Dayak Lawangan, Lepo Alim, Lepo Timei, Long Glatt, Dayak Maanyan, Dayak Maanyan Siung, Dayak Ngaju, Dayak Ot Danum, Dayak Penyambung Punan)
- (20) Gorontalo (Bolaang Mongondow, Suwawa, Boilohuto, Paguyaman)
- (21) Tanah Toraja (Sulawesi Tengah, Toraja, Toraja Baree, Toraja Barat, Sigi, Kaili, Tawali, Toraja Sadan, To Mori, To Lainang, Kep. Banggai)
- (22) Sulawesi Selatan (Orang Bugis, Bone, Goa, Laikang, Ponre, Mandar, Makasar, Selayar, Muna)
- (23) Kepulauan Ternate (Ternate, Tidore, Halmahera, Kao, Tobelo, Kep. Sula)
- (24) Maluku Ambon (Ambon, Hitu, Banda, Kep. Uliasar, Saparua, Buru, Seram, Kep. Kei, Kep. Aru, Kisar)
- (25) Irian (kini Papua)

¹⁷ Ibid

- (26) Kep. Timor (Kepulauan Timor, Timor, Timor Tengah, Mollo, Sumba, Sumba Tengah, Sumba Timur, Kodi, Flores, Ngada, Roti, Sayu Bima)
- (27) Bali dan Lombok (Bali Tenganan-Pagrisingan, Kastala, Karrang Asem, Buleleng, Jembrana, Lombok, Sumbawa)
- (28) Jawa Pusat, Jawa Timur serta Madura (Jawa Pusat, Kedu, Purworejo, Tulungagung, Jawa Timur, Surabaya, Madura)
- (29) Daerah Kerajaan (Surakarta, Yogyakarta)
- (30) Jawa Barat (Priangan, Sunda, Jakarta, Banten)

4. Teori Politik Hukum

Konsep dasar tentang politik hukum selalu berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum merupakan produk politik yang melihat hukum sebagai formalisasi atau konkretisasi dari kehendak-kehendak politik penguasa (dalam konteks negara) yang saling berinteraksi dengan komunikasi intersubjektif untuk menemukan konsensus politik bersama. Para ahli sendiri masih memperdebatkan tentang letak dari politik hukum. Terutama dari sisi bidang keilmuannya. Dalam tataran das sollen nya, ada anggapan bahwa politik harus tunduk pada ketentuanketentuan hukum yang berlaku. Namun, dalam tataran das sein-nya muncul anggapan bahwa hukum adalah produk dari konfigurasi politik. Politik menjadi latarbelakang pembentukan suatu hukum.¹⁸

Politik hukum dalam domainnya tidak hanya kehendak penguasa untuk menciptakan produk hukum, lebih dari itu, politik hukum juga berfungsi mengkritisi produk-produk hukum yang telah dibentuk terlebih dahulu. Dengan demikian, politik hukum menggunakan prinsip double movement, yaitu selain sebagai mekanisme untuk menciptakan kebijakan dalam bidang hukum (legal policy) oleh lembaga-lembaga Negara yang berwenang, dan juga merupakan jalur atau instrument yang sah untuk mengkritisi

¹⁸ Ahmad Muliadi, Politik Hukum (Padang: akademika , 2013) hlm. 13

produk-produk hukum yang telah diundangkan berdasarkan legal policy atau garis kebijakan Negara di atas.¹⁹

Uraian di atas menunjukkan bahwa objek dari politik hukum adalah kebijakan penguasa yang berbentuk produk perundang-undangan baik yang berlaku di waktu yang lampau, yang berlaku sekarang, maupun yang seharusnya berlaku di waktu dan masa yang akan datang. Sedangkan yang digunakan untuk mendekati atau mempelajari objek dari politik hukum adalah praktis ilmiah bukan teoritis ilmiah. Dengan kata lain, keberadaan politik hukum sebagai kanal untuk merumuskan kebijakan menunjukkan eksistensi adanya hukum di Negara tertentu, dan sebaliknya, keberadaan produk hukum perundang-undangan menunjukkan adanya politik hukum di Negara tertentu.²⁰

Dari keyakinan bahwa politik hukum adalah arah kebijakan Negara (legal policy) untuk membuat dan memberlakukan hukum.²¹ Maka, dalam konteks ini dapat dikatakan bahwa hukum adalah “instrumen” yang bekerja dalam “sistem hukum” positif di negara tertentu (dalam hal ini Indonesia) dengan maksud untuk mencapai “tujuan” Negara atau “cita-cita” masyarakat Indonesia dan pada umumnya masyarakat dunia. Maka akan menjadi penting terlebih dahulu sebelum memulai politik hukum nasional haruslah didasari dengan keteguhan tentang tujuan Negara.²²

Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, dalam buku Dasar-Dasar Politik Politik Hukum terdapat 6 domain kajian dalam politik hukum. Di antaranya sebagai berikut:²³

¹⁹ Imam Syaukani , A. Ahsin Thohari, Dasar-Dasar Politik Politik Hukum (Jakarta: Rajawali Pers, 2013) hlm. 51

²⁰ Ahmad Muliadi, Politik Hukum (Padang: akademika , 2013) hlm.10

²¹ Mahfud MD, Politik Hukum Di Indonesia (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, Cetakan ke 6, 2014) hlm. 1

²² Mahfud MD, Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi (Jakarta: Rajawali Pers, 2011) hlm. 17

²³ Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, Dasar-Dasar Politik Politik Hukum (Jakarta: Rajawali Pers, 2013). hlm. 51

- 1) proses penggalian nilai-nilai dan aspirasi yang berkembang dalam masyarakat oleh penyelenggara Negara yang berwenang merumuskan politik hukum,
- 2) proses perdebatan dan perumusan nilai-nilai dan aspirasi tersebut ke dalam bentuk sebuah rancangan peraturan perundang-undangan oleh penyelenggara Negara yang berwenang merumuskan politik hukum,
- 3) penyelenggara Negara yang berwenang merumuskan dan menetapkan politik hukum,
- 4) peraturan perundang-undangan yang memuat politik hukum,
- 5) faktor-faktor yang mempengaruhi dan menentukan suatu politik hukum, baik yang akan sedang, dan telah ditetapkan,
- 6) Pelaksanaan dari peraturan perundang-undangan yang merupakan implementasi dari politik hukum suatu Negara.

Enam ruang lingkup tersebut di atas itulah menurut Imam Syaukani dan Ahsin yang seterusnya akan menjadi wilayah concern kajian dari politik hukum. Adapaun Manfaat dari politik hukum dalam hal ini ialah untuk mengetahui bagaimana proses-proses yang mencakup enam concern dari politik hukum itu dapat menghasilkan sebuah legal policy berupa produk hukum yang sesuai dengan kebutuhan dan rasa keadilan masyarakat.

Politik hukum sebagai suatu jalur atau proses untuk membentuk suatu produk hukum atau kebijakan yang dalam prakteknya memiliki implikasi luas dalam bernegara dan secara sosilogis berdampak pada masyarakat, juga memiliki arti penting dalam rangka untuk mencapai tujuan Negara yang di cita-citakan. Maka baik buruknya sebuah produk hukum tergantung bagaimana wajah dari politik hukumnya. Tentu saja aktor pentingnya

terletak pada bagaimana pihak kekuasaan yang berwenang mampu menjadikan cita-cita Negara sebagai sumber dalam setiap pembuatan kebijakan.

Maka dari itu, dalam kaitannya dengan putusan Mahkamah Konstitusi akhir Februari Tahun 2015 yang membatalkan keseluruhan isi dari Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air²⁴ yang terbukti dalam normanya telah bertentangan dengan UUD 1945 terutama pasal 33, sehingga menimbulkan pertanyaan bagaimana arah kebijakan Negara dalam konteks penguasaan atas sumber daya air pasca putusan Mahkamah Konstitusi yang tentunya akan menjadi dasar pembentukan perundang-undangan baru yang sesuai dengan norma yang terkandung dalam UUD 1945.

a. Pengertian Politik Hukum Menurut Para Ahli

Pada sub-bab ini akan dibahas pertama-tama pengertian politik dan hukum. Secara etimologi, kata politik memiliki akar kata dari policy atau kebijakan. Politik pada awalnya memang memiliki akar geneologi yang dekat dengan peradaban Yunani, yakni Politika, yang berhubungan erat dengan Negara. Sedangkan pengertian hukum menurut **Mochtar Kusumaatmadja** adalah keseluruhan asas dan kaidah yang mengatur pergaulan hidup manusia dalam bermasyarakat, juga meliputi lembaga Negara dan proses yang mewujudkan kaidah tersebut dalam masyarakat.²⁵ Pengertian politik hukum memiliki banyak rujukan dari banyak ahli hukum yang meskipun berbeda namun tetap memiliki kesamaan pijakan, yakni tentang arah kebijakan pemerintah berupa hukum baik yang berlaku *ius constitutum* maupun hukum yang berlaku dimasa yang akan datang (*ius constituendum*).

²⁴ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 32

²⁵ Ahmad Muliadi, Politik Hukum (Padang: akademika, 2013), hlm. 1

Berdasarkan pengertian politik dan hukum yang telah dipaparkan di atas, Selanjutnya penulis akan mengutip pendapat dari berbagai ahli hukum tentang pengertian politik hukum yang sesuai dengan kriteria penulis, terutama dari segi substansi:

a) Pandangan Positivisme Hukum

Pertama pandangan dari penganut positivisme hukum, Hans Kelsen dalam Teori Hukum Murni (Pure Juridical Theoritis), mendefinisikan pengertian politik hukum sebagai suatu disiplin ilmu yang membahas perbuatan pejabat apparatus negara yang diberikan wewenang undang-undang untuk memproduksi (melahirkan) suatu produk peraturan perundang-undangan sebagai alat untuk mewujudkan tujuan Negara.²⁶

b) Satjipto Rahardjo

Satjipto Rahardjo mula-mula mengawali pemikiran politik hukumnya dengan mengutip pengertian politik dari sosiolog kenamaan asal Amerika Serikat, Talcot Parson. Politik hukum menurut Satjipto Rahardjo²⁷ adalah aktivitas memilih cara yang akan digunakan untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat. sebagai seorang ahli dalam bidang sosiologi hukum dan pencetus aliran hukum progresif, bukan mengagetkan apabila Satjipto lebih menitikberatkan definisi politik hukum versinya dengan menggunakan pendekatan sosiologi. Itu bisa dilihat dari pernyataannya bahwa politik hukum digunakan untuk mencapai suatu tujuan sosial yang di cita-citakan dan hukum menjadi alat untuk mencapai cita-cita yang dikehendaki

²⁶ Ibid, hlm.1

²⁷ Imam Syaukani , A. Ahsin Thohari, Dasar-Dasar Politik Politik Hukum (Jakarta: Rajawali Pers, 2013) hlm. 29

dalam masyarakat²⁸, dari sini selain Parson, nampak pula aroma sociological jurisprudence dari Roscoe Pound mempengaruhi pemikiran hukum dari Satjipto. Hukum sebagai alat/sarana untuk rekayasa sosial (law as a tool of sosial engineering). Titik tekan dari pemikirannya ini adalah hukum dibuat harus dengan pendekatan sosial yaitu melalui kajian sosiologis pada waktu akan dibuat undang-undang dan dampak pasca undangundang telah diberlakukan. Maka undang-undang tidak boleh dibuat atas kehendak pembuatnya (legislative/eksekutif) saja.²⁹ Pengertian politik hukum menurut Satjipto nampak lebih menghidupkan hukum atau the living law.

Menurut Satjipto Rahardjo, terdapat beberapa pertanyaan mendasar yang tampil dan harus dijawab dalam upaya mencapai tujuan yang dicita-citakan:³⁰

- (a) Tujuan apa yang hendak dicapai dengan sistem hukum yang ada,
- (b) Cara-cara apa dan yang, yang dirasa paling baik untuk bisa dipakai mencapai tujuan tersebut,
- (c) Kapan waktunya hukum itu perlu diubah dan melalui cara-cara bagaimana hukum itu dirubah,
- (d) Dapatkah dirumuskan dalam bentuk pola yang baku dan mapan, yang mampu membantu dalam memutuskan proses pemilihan tujuan serta caracara untuk mencapai tujuan tersebut dengan baik.

²⁸ Adagium “Hukum untuk manusia bukan manusia untuk hukum” adalah quote dari Satjipto Rahardjo yang kerap digunakan para ilmuwan hukum yang beraliran progresif seperti Stjipto. Adagium itu menunjukkan corak hukum yang memerankan ilmu social untuk mewujudkan tujuan hukum. Hal ini juga menjadi konsen dan diperjuangkan oleh Satjipto Rahardjo.

²⁹ Satjipto Rahardjo, Sosiologi Hukum (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010) hlm.20

³⁰ Moh Mahfud MD, Politik Hukum Di Indonesia, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, cetakan ke -6, 2014) hlm.2

c) Teuku Mohammad Radhie

Di sebutkan dalam bukunya yang berjudul Pembaharuan dan politik hukum dalam rangka pembangunan nasional. sebagaimana yang dikutip Syauckani dan Ahsin (2013) Radhie menjelaskan politik hukum adalah pernyataan kehendak oleh penguasa Negara dalam hal ini adalah lembaga yang berwenang mengenai hukum yang berlaku di wilayahnya (*ius constitutum*) dan mengenai arah perkembangan hukum yang akan dibangun (*ius constituendum*).³¹ Pernyataan “mengenai hukum yang berlaku di wilayah” mengandung pengertian hukum yang berlaku pada saat ini (*ius constitutum*) dan “mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun” mengandung pengertian hukum yang berlaku pada masa yang akan datang (*ius constituendum*).³²

Masih menurut Radie sebagaimana dikutip Muliadi (2014) bahwa Sejatinya politik hukum berhubungan erat dengan kebijaksanaan penguasa dalam upaya membentuk peraturan perundang-undangan dan upaya penerapannya, atau sebagai suatu pernyataan kehendak penguasa dalam konteks Negara mengenai hukum yang berlaku di wilayahnya dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun.³³

d) Moh. Mahfud. MD

Mahfud dalam bukunya, Politik Hukum Di Indonesia dengan memahami pendapat pakar hukum tentang pengertian politik hukum dan membuat

³¹ Imam Syauckani , A. Ahsin Thohari , Dasar-Dasar Politik Politik Hukum (Jakarta: Rajawali Pers, 2013) hlm.27

³² Ibid, hlm.27

³³ Ahmad Muliadi, Politik Hukum Hukum (Padang: akademika , 2013), hlm. 3

kesimpulan bahwa terdapat kesamaan substansi dari para pakar hukum.

Pengertian politik hukum menurutnya adalah:

“*legal policy* atau garis kebijakan resmi tentang hukum yang akan diberlakukan baik dengan pembuatan hukum baru maupun dengan penggantian hukum lama, dalam rangka mencapai tujuan Negara.”³⁴

Mahfud menjadi salah satu pakar politik hukum yang menurut penulis telah berhasil menyajikan konseptualisasi politik hukum yang lebih komprehensif. Tulisannya memberikan pemahaman yang cukup utuh. Di antaranya yang penting dalam melihat politik hukum menurut Mahfud juga harus menggunakan anggapan dasar bahwa hukum sebagai produk politik. Dengan begitu politik akan sangat menentukan hukum. Politik, bila dilihat dari sudut pandang ini akan menjadi variable bebas dan hukum sebagai variable yang terpengaruh. Maka, dengan hipotesis yang lebih spesifik dapat dikemukakan bahwa corak konfigurasi politik di suatu Negara akan melahirkan karakter produk hukum tertentu yang sesuai dengan corak konfigurasi politik di negara itu.

Berdasarkan dari beberapa pendapat ahli hukum di atas dapat dipahami bahwa pengertian politik hukum secara garis besarnya adalah arah kebijakan melalui lembaga Negara dalam membuat hukum dan digunakan untuk mencapai tujuan Negara. Dalam konteks ini, penulis sendiri sepakat dengan pendapat para ahli hukum yang diulas di atas, yang menurut penulis memiliki kesamaan dalam substansinya, yakni kebijakan Negara dalam membuat hukum baru maupun mengganti hukum hukum yang lama untuk mencapai tujuan Negara.

³⁴ Op.cit, hlm.1

Sebagaimana pengertian di atas, dalam penelitian ini, di mana Mahkamah Konstitusi membatalkan Undang-Undang SDA karena substansi HMN atas pengelolaan SDA dalam UU a quo bertentangan dengan UUD 1945. penulis condong sepakat dengan pendapat Mahfud MD tentang arah kebijakan resmi dalam membuat ataupun mengganti hukum apa yang ingin hendak dicapai pasca putusan Mahkamah Konstitusi.

b. Arah Pembangunan Politik Hukum Nasional

Pembangunan hukum nasional secara formal telah dimulai sejak Proklamasi Kemerdekaan RI. namun situasi dan kondisi tanah air yang secara politik dan keamanan saat saat itu yang mengalami instabilitas nasional, maka upaya pembangunan hukum nasional belum terrealisasikan secara sistematis dan terencana.³⁵ Menginjak pada rezim selanjutnya, Orde Baru, pun dalam skala nasional, Pembangunan pada masa Orde Baru masih dikonsentrasikan pada pembangunan di sektor infrastruktur penunjang perekonomian Negara. Menginjak tahun 1974, dimulai Pelita II, konsep pembangunan hukum nasional mulai dilaksanakan. Kemudian dilanjutkan setelah adanya pengarahannya GBHN tahun 1993 menjadikan hukum sebagai bidang tersendiri dan mulai dicanangkan visi tentang

³⁵ Instabilitas nasional masih melanda Negara yang meminjam istilah Soekarno adalah revolusi yang belum selesai. Memang dalam waktu awal kemerdekaan pemerintah dan bangsa Indonesia masih dalam kondisi mempertahankan kemerdekaan dari pihak-pihak barat terutama Belanda yang tidak menginginkan Indonesia tegak berdirinya. Peristiwa ini dikenal dengan sebutan revolusi fisik 1945- 1949. Instabilitas masih berlanjut mulai dari gerakan separatistis, konflik melawan Malaysia (federasi Malaya bentukan Inggris) dan mengusir Belanda dari tanah Irian Jaya. Tentu hal tersebut mengakibatkan roda pemerintahan tidak berjalan dengan semestinya dan akibatnya banyak proyek pembangunan yang menendang. Selain itu juga konflik politik dalam negeri diawali dengan gagalnya Dewan Konstituante merumuskan konstitusi dasar baru sampai dikeluarkannya dekrit 5 Juli yang memberlakukan lagi UUD 1945 dan dimulainya demokrasi terpimpin. Dan juga jatuh banggunya kabinet yang menghambat pembangunan nasional. Instabilitas nasional yang terjadi tentu mempengaruhi dan memperlambat pembangunan hukum nasional, meskipun pada masa pemerintahan Presiden Soekarno terdapat pula produk hukum yang progresif. Hal ini karena memang pemerintahan Soekarno sedang gencar-gencarnya membangun kesadaran berdirinya membangun bangsa dan Negara dengan menegasikan segala hal berbau barat/asing.

pembangunan hukum nasional, dengan demikian dapat diketahui bahwa arah pembangunan hukum nasional masih sangat dini.³⁶

Mengenai hal ini, Muliadi mengatakan “Pembangunan hukum merupakan perubahan yang disengaja dan direncanakan untuk mencapai tingkat kesadaran hukum yang lebih tinggi”. Tujuan yang dicita-citakan akan dapat tercapai dengan cara mengadakan pembaruan hukum dan pembinaan hukum. Selanjutnya pembaharuan hukum adalah kegiatan-kegiatan terencana, terarah serta terpadu untuk: (1) mengisi kekosongan hukum yang ada, (2) melancarkan proses hukum yang terhalang, (3) mengatasi kekurangan-kekurangan pada sistem hukum, (4) menghapuskan unsur-unsur sistem hukum yang tidak berfungsi.³⁷

Berangkat dari sebagaimana yang telah dijelaskan pada sub-bab terdahulu dalam hal ini menggunakan definisi Politik Hukum menurut Mahfud MD dan kesadaran nyata bahwa arah pembangunan hukum nasional yang masih dini, maka politik hukum sebagai jalur resmi pembuatan hukum harus dilaksanakan dengan benar. Benar dalam artian sesuai tujuan bangsa dan Negara yang tertuang dalam pembukaan UUD 1945. Penulis mengambil definisi politik hukum Menurut Mahfud, rumusan sederhana politik hukum itu adalah arahan atau garis resmi dari lembaga negara yang dijadikan dasar pijak dan cara untuk membuat dan sekaligus melaksanakan hukum sebagai upaya mencapai tujuan berbangsa dan bernegara. Dapat juga dikatakan bahwa politik hukum merupakan upaya menjadikan hukum sebagai proses pencapaian tujuan Negara. Selain itu juga, politik hukum merupakan

³⁶ Ahmad Muliadi, *Politik Hukum* (Padang: akademika , 2013), hlm.87

³⁷ Mahfud MD, , *Politik Hukum Di Indonesia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, cetakan ke -6, 2014) hlm,

jawaban atas pertanyaan tentang mau diapakan hukum itu dalam perspektif formal kenegaraan guna mencapai tujuan bernegara.³⁸

5. Kerangka Pikir

Mengacu pada landasan teori dan permasalahan dua pertanyaan penelitian di atas, maka kerangka pikir ini dapat diuraikan dibawah ini. Kerangka berpikir dalam penelitian ini digunakan untuk menjawab permasalahan terhadap subjek hukum dan objek hukum. Adapun landasan teori yang digunakan antara lain :

³⁸ Mahfud MD, Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi (Jakarta: Rajawali Pers, 2011) hlm.15

