

## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA

#### A. Pengertian Yang Digunakan

##### 1. Pengertian Adat dan Hukum Adat

Secara normatif **pengertian adat** cenderung pada kebiasaan-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 criteria, 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.<sup>1</sup>

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

---

<sup>1</sup> B. Malinowski, *Crime and Costom in Savage Society*. Paterson N.J, Littlefield, 1959, hlm.55.

dalam hasil kongres pemuda Indonesia, dan pada tahun 1948 diperkenalkan dikalangan akademisi di Indonesia oleh Soepomo melalui pidato Dies Natalis pada Universitas Gajah Mada.<sup>2</sup>

Dari uraian di atas, menurut van Vollenhoven 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.<sup>3</sup> 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.

Keutamaan 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

---

<sup>2</sup> Moh. Koesnoe, *Hukum Adat; dalam Alam Kemerdekaan Nasional dan Soalannya Menghadapi Era Globalisasi*. Ubhara Press. Surabaya, 1996, hlm. 36-38.

<sup>3</sup> Ter Haar. *Het Adatrecht van Indie in wetenschap, praktijk en onderwijs*, dalam Moh. Koesnoe, 1937, Ibid., hlm.3.

kerusakan atau penggunaan yang tidak diinginkan, dan menunjang desentralisasi, efektifitas dan akuntabilitas pemerintahan secara berkelanjutan.

## **2. Pengertian Masyarakat Adat dan Masyarakat Hukum Adat**

Pada dasarnya masyarakat adat dilihat sebagai warga masyarakat adat yang hidup dalam wilayah dan terikat serta tunduk kepada adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi dengan di antara para anggotanya. Kaitan dengan itu, sering disamakan dengan istilah masyarakat hukum adat. Beberapa pakar membedakan penggunaan istilah tersebut, yang tentunya pendefinisian ini dipengaruhi oleh pandangan dan latar belakang mereka. Istilah “masyarakat adat” merupakan terjemahan dari kata *indigenous peoples* (Bahasa Inggris), yang dibedakan dengan istilah masyarakat hukum yang merupakan terjemahan dari istilah *rechtgemenschap* (Bahasa Belanda). Penggunaan istilah *indigenous peoples* atau masyarakat adat dewasa ini banyak digunakan oleh para aktivis organisasi non-pemerintahan (Ornop) dan organisasi masyarakat adat. Pertimbangan menggunakan istilah masyarakat adat dianggap lebih luas maknanya bila dibandingkan dengan istilah masyarakat hukum adat yang akhirnya hanya akan mempersempit entitas masyarakat adat, yaitu sebatas entitas hukum. Masyarakat adat sangat erat terkait dengan dimensi Kultural, religi dan sebagainya.

Secara konseptual istilah masyarakat adat dan istilah masyarakat hukum adat memiliki sejarah dan pemaknaan yang berbeda. Istilah masyarakat hukum adat dilahirkan dan digunakan oleh pakar hukum adat, yang lebih banyak difungsikan untuk keperluan teoritik-akademis. Istilah tersebut digunakan untuk memberi identitas kepada golongan pribumi yang memiliki system dan tradisi hukum sendiri, untuk membedakannya dengan golongan Eropa dan Timur Jauh yang memiliki system dan tradisi hukum tertulis. Sejak

tahun 1990-an penggunaan istilah masyarakat adat mencuat ke permukaan bersamaan dengan tuntutan dalam memperjuangkan pengakuan hak-hak masyarakat adat oleh aktivis organisasi non-pemerintah. Penggunaan istilah tersebut makin diminati banyak kalangan sejak era reformasi tahun 1998 di Indonesia.

Memaknai uraian di atas, maka di Indonesia istilah *indigenous peoples* tidak diterjemahkan menjadi “masyarakat asli”, melainkan menjadi “masyarakat adat”. Penggunaan istilah masyarakat asli dapat melahirkan polemic yang tajam bahkan mungkin menjadi sumber konflik. Sedangkan penggunaan istilah masyarakat adat, dari segi pemakaian, dianggap lebih populer. Kendati istilah *indigenous peoples* diterjemahkan dengan istilah masyarakat adat, namun definisi masyarakat adat sangat mirip dengan definisi umum mengenai *indigenous peoples*. Dalam kongres Masyarakat Adat Nusantara I yang diselenggarakan pada bulan Maret 1999, disepakati bahwa masyarakat adat adalah kelompok masyarakat yang memiliki asal usul leluhur (secara turun-temurun) di wilayah geografis tertentu, serta memiliki system nilai, ideology, ekonomi, politik, budaya, social dan wilayah sendiri. Sedangkan konvensi ILO 169 Tahun 1989 mengenai Bangsa Pribumi dan Masyarakat Adat di Negara-Negara Merdeka (*Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent States*) mengartikan *indigenous peoples* sebagai suku-suku bangsa yang berdiam di Negara merdeka yang kondisi social, budaya, dan ekonominya berbeda dengan kelompok masyarakat yang lain. Atau suku-suku bangsa yang telah mendiami sebuah Negara sejak masa kolonisasi yang memiliki kelembagaan ekonomi, budaya dan politik sendiri.

Menurut Jose Martines Cobo, yang bekerja sebagai pelapor khusus untuk Komisi Pencegahan Diskriminasi dan Perlindungan Kaum Minoritas, pada tahun 1981, dalam

laporan penelitiannya yang berjudul Diskriminasi Terhadap Masyarakat Adat, mendefinisikan *indigenous peoples* sebagai kelompok masyarakat atau suku bangsa yang memiliki kelanjutan hubungan sejarah antara masa sebelum invasi dengan masa sesudah invasi yang berkembang di wilayah mereka, menganggap diri mereka berbeda dengan kelompok masyarakat lain atau bagian dari masyarakat yang lebih luas.

Di negara-negara lain, banyak istilah yang digunakan misalnya, *first peoples* di kalangan antropolog dan pembela/pendukung, *first nation* di Amerika Serikat dan Kanada, *indigenous cultural communities* di Filipina, bangsa asal dan orang asli di Malaysia. Sedangkan di PBB telah disepakati penggunaan istilah *indigenous peoples* sebagaimana tertuang dalam seluruh dokumen yang membahas salah satu rancangan deklarasi PBB, yaitu *draft of the UN Declaration on the Rights of the Indigenous Peoples*.

Perbedaan pemaknaan terminology tersebut juga terjadi pada penggunaan istilah “masyarakat hukum” dan “masyarakat hukum adat” yang secara khusus kedua istilah memang pengertiannya berbeda. Kusumadi Pujosewojo mengartikan masyarakat hukum sebagai suatu masyarakat yang menetapkan, terikat dan tunduk pada tata hukumnya sendiri. Sedangkan masyarakat hukum adat adalah masyarakat yang timbul secara spontan di wilayah tertentu, berdirinya tidak ditetapkan atau diperhatikan oleh penguasa yang lebih tinggi atau penguasa lainnya, dengan rasa solidaritas sangat besar di antara anggota, memandang bukan anggota masyarakat sebagai orang luar dan menggunakan wilayahnya sebagai sumber kekayaan yang hanya dapat dimanfaatkan sepenuhnya oleh anggotanya. “Terjemahan bebas kelompok-kelompok teratur yang sifatnya ajeg dengan pemerintahan sendiri yang memiliki benda-benda materil maupun imateril”.<sup>4</sup> Perbedaan pengertian

---

<sup>4</sup> Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia* (Cetakan ke 5) RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 93.

istilah “masyarakat hukum adat” dengan “masyarakat hukum pada umumnya” dapat disimpulkan sebagai berikut :

- (1) Dalam masyarakat hukum adat terdapat penguasa yang berfungsi memutuskan suatu perbuatan yang dilakukan masyarakatnya, apakah merupakan suatu perbuatan hukum, memutuskan sengketa antara anggota berdasarkan adat, kebiasaan, yang oleh kelompok tersebut dianggap patut atau pantas.
- (2) Beberapa orang dalam masyarakat hukum adat melakukan suatu perbuatan, dan seluruh anggota masyarakat hukum adat itu akan mendapatkan keuntungan atau menderita kerugian.
- (3) Pada masyarakat hukum adat terdapat barang-barang, tanah, air, tanaman-tanaman, kuil serta gedung-gedung yang terus dipelihara dan pertahankan kelestariannya bersama demi menjaga kepercayaan yang diyakini.
- (4) Hanya anggota-anggota masyarakat hukum adat yang bersangkutan dapat memperoleh manfaat dari harta kekayaan mereka, dan bagi orang asing dapat memanfaatkan setelah mendapat persetujuan dengan memberikan sesuatu kepada masyarakat hukum adat.
- (5) Adanya masyarakat hukum adat dirasakan oleh para anggotanya sebagai suatu keharusan alam, suatu kenyataan meta-yuridis sehingga masyarakat hukum adat yang demikian itu tidak mungkin didirikan atau diadakan oleh suatu instansi yang lebih tinggi, didirikan atau dibubarkan oleh orang luar, diadakan oleh undang-undang atau peraturan lain, jadi masyarakat hukum adat itu timbul secara spontan.
- (6) Pada suatu masyarakat hukum adat tidak akan terdapat suatu pikiran akan kemungkinan membubarkan masyarakat hukum adat itu.

- (7) Dalam masyarakat hukum adat terdapat tata susunan masyarakat yang merupakan sifat-sifat dari masyarakat itu yakni dari lapisan-lapisan yang terdiri atas beberapa orang atau sekelompok kecil yang mempunyai prioritas, kelebihan atau kewibawaan terhadap anggota-anggota lain.
- (8) Mempunyai persekutuan sebagai kelompok masyarakat yang teratur, bersifat tetap, mempunyai kekuasaan sendiri, kekayaan sendiri baik yang terlihat maupun yang tidak terlihat.

### **3. Pengertian Sengketa**

Hakikat pengertian sengketa secara normatif sengketa (*desagrement*) sebagai akibat antara individu atau kelompok-kelompok dalam masyarakat yang pada saat itu, salah satu atau beberapa pihak yang berkepentingan berselisih mengambil langkah yang dianggap penting atau menguntungkan bagi dirinya dengan cara menggunakan beberapa prosedur hukum yang diakui dalam arena sosial. Oleh karena itu, sengketa merupakan pertentangan atau perselisihan terhadap apa saja, baik antara dua pihak atau lebih mengambil dari kepentingan-kepentingan yang berbeda-beda. Pihak yang bersengketa itu bisa individu-individu, kelompok-kelompok sosial atau institusi-institusi. Pertentangan kepentingan itu timbul karena persaingan mereka untuk menguasai suatu wilayah dan memanfaatkan sumber-sumber daya lainnya atau potensi-potensi kekuasaan, karena ketidaksepakatan ideologi tentang nilai-nilai dan norma-norma. Sehingga sengketa (konflik) ini merupakan bagian yang tak dapat dihindarkan dari kehidupan sosial.

Sedangkan perwujudan dari sengketa (konflik) itu bermacam-macam misalnya : bisa berupa pertentangan mulut saja, perkelahian, peradilan, revolusi, bahkan peperangan.

Kaitan dengan uraian di atas, maka Nader dan Todd,<sup>9</sup> (1979) secara eksplisit mengemukakan sengketa itu dapat dibedakan sebagai berikut :

- (1) Para-konflik adalah keadaan yang mendasari rasa tidak puas seseorang atau kelompok;
- (2) Konflik ialah keadaan dimana para pihak menyadari atau mengetahui tentang adanya perasaan tidak puas tersebut dan;
- (3) Sengketa yaitu keadaan dimana konflik tersebut dinyatakan dimuka umum atau dengan melibatkan pihak ketiga.

Isu pengadaan tanah untuk kepentingan umum atau pembangunan dengan masyarakat atau masyarakat hukum adat, umumnya tidak terlepas dari situasi pluralisme hukum dalam kehidupan masyarakat merupakan salah satu dari faktor-faktor yang menyulitkan di dalam *analisis* terhadap proses penyelesaian suatu sengketa (*proses peradilan*), khususnya masyarakat yang didalamnya berbagai bentuk sistem hukum yang beraneka ragam macamnya berinteraksi dengan hukum negara (*state law*). Konflik dari pluralisme hukum dalam penyelesaian sengketa dengan mengacu pada empat aspek sebagai berikut :

- 1) Konsep-konsep hukum substantif mengenai obyek sengketa;
- 2) Lembaga-lembaga yang berfungsi untuk menyelesaikan sengketa;
- 3) Prosedur peradilan dalam penyelesaian sengketa (lihat : prosedur dalam hukum acara);
- 4) Budaya hukum.

---

<sup>9</sup> Nader, Laura dan H.F. Todd, Jr (eds). *The Dispute Process : Law in Ten Societies*. New York : Columbia University Press, 1978.

## **B. Konsep Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan**

Didalam kerangka mewujudkan masyarakat yang adil, makmur, dan sejahtera berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), pemerintah perlu melaksanakan pembangunan; b. bahwa untuk menjamin terselenggaranya pembangunan untuk kepentingan umum, diperlukan tanah yang pengadaannya dilaksanakan dengan mengedepankan prinsip kemanusiaan, demokratis, dan adil. Kaitan dengan uraian dimaksud, maka peraturan perundang-undangan di bidang pengadaan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum belum dapat menjamin perolehan tanah untuk pelaksanaan pembangunan, guna kesejahteraan masyarakat secara merata dan bermartabat dari Sabang sampai dengan Merauke.

Pada hakikatnya pengadaan tanah untuk kepentingan umum melibatkan beberapa tahapan yang diatur dalam **Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum bagi masyarakat**. Adapun beberapa tahapan yang biasanya terjadi dalam kaitan pengadaan tanah bagi pembangunan, antara lain :

- 1. Penetapan Lokasi:** Pemerintah menentukan lokasi yang akan dibangun untuk kepentingan umum, seperti infrastruktur, fasilitas publik, atau proyek pembangunan lainnya.
- 2. Pengumuman:** Pengumuman mengenai rencana pengadaan tanah diberikan kepada pemilik tanah dan masyarakat setempat. Hal ini memastikan transparansi dan memberi kesempatan bagi pemilik tanah untuk berpartisipasi.

3. **Musyawarah:** Pihak yang berkepentingan, termasuk pemilik tanah, melakukan musyawarah untuk mencapai kesepakatan mengenai ganti rugi dan cara pengadaan tanah.
4. **Pencabutan Hak:** Setelah kesepakatan tercapai, hak atas tanah dicabut dari pemiliknya dengan memberikan ganti rugi yang layak dan adil.
5. **Pelaksanaan:** Setelah proses administratif selesai, tanah dapat digunakan untuk kepentingan umum, seperti pembangunan jalan, gedung, atau proyek lainnya<sup>12</sup>.

Selain itu, ada juga konsep pengadaan tanah skala kecil yang memungkinkan pengadaan tanah langsung oleh instansi yang memerlukan tanah dengan pihak yang berhak, terutama jika luas tanah tidak lebih dari 5 hektar<sup>1</sup>. Semua ini bertujuan untuk mendukung pembangunan berkelanjutan dan kesejahteraan masyarakat<sup>3</sup>. Artinya secara normative **pengadaan tanah untuk pembangunan** adalah serangkaian kegiatan yang dilakukan untuk **menyediakan tanah** bagi **kepentingan umum** dengan cara **memberikan ganti rugi yang layak dan adil** kepada pihak yang berhak atas tanah tersebut, sebagai upaya mencegah potensi konflik atau sengketa tanah yang berkelanjutan (bekepanjangan) antar masyarakat umumnya dan khususnya masyarakat hukum adat.

Hakikat **tujuan utama pengadaan tanah** adalah untuk **mendukung pembangunan nasional** dalam berbagai bidang secara berkelanjutan, antara lain :

- 1) Pembangunan infrastruktur, seperti jalan, jembatan, pelabuhan, dan bandara.
- 2) Pembangunan fasilitas umum, seperti sekolah, rumah sakit, dan pasar.
- 3) Pembangunan perumahan, baik untuk masyarakat berpenghasilan rendah maupun menengah.
- 4) Pembangunan kawasan industri, perkantoran, dan komersial.

5) Pembangunan proyek lainnya yang memiliki manfaat bagi masyarakat luas.

**Sedangkan prinsip-prinsip** pengadaan tanah yang harus dipatuhi, antara lain:

- 1) **Keadilan:** Ganti rugi yang diberikan kepada pihak yang berhak atas tanah harus adil dan layak, sesuai dengan nilai tanah yang sebenarnya.
- 2) **Keterbukaan:** Proses pengadaan tanah harus dilakukan secara terbuka dan transparan, dengan melibatkan masyarakat yang terkena dampak.
- 3) **Akuntabilitas:** Penyelenggara pengadaan tanah harus bertanggung jawab atas semua tindakannya dan dapat dipertanggungjawabkan kepada publik.
- 4) **Efisiensi:** Pengadaan tanah harus dilakukan secara efisien dan efektif, dengan meminimalkan biaya dan waktu yang diperlukan.

**Kemudian untuk tahapan-tahapan** pengadaan tanah, secara umum, antara lain meliputi:

- 1) **Perencanaan:** Pada tahap ini, instansi yang memerlukan tanah menyusun rencana pengadaan tanah yang memuat berbagai informasi, seperti maksud dan tujuan pembangunan, lokasi tanah, luas tanah yang dibutuhkan, dan perkiraan nilai tanah.
- 2) **Persiapan:** Pada tahap ini, instansi yang memerlukan tanah mengajukan permohonan penetapan lokasi kepada gubernur dan melakukan sosialisasi kepada masyarakat yang terkena dampak.
- 3) **Pelaksanaan:** Pada tahap ini, instansi yang memerlukan tanah melakukan pengukuran tanah, pencocokan data, dan penilaian ganti rugi. Ganti rugi kemudian dibayarkan kepada pihak yang berhak atas tanah.
- 4) **Penyerahan hasil:** Pada tahap ini, tanah yang telah dibebaskan diserahkan kepada instansi yang memerlukan tanah untuk digunakan dalam pembangunan.

**Untuk landasan hukum** pengadaan tanah di Indonesia diatur dalam:

- 1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum
- 2) Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan untuk Kepentingan Umum
- 3) Peraturan Pemerintah Nomor 19 Tahun 2021 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum.

**Hakikatnya penting untuk dicatat bahwa** pengadaan tanah merupakan proses yang kompleks dan sensitif, karena melibatkan hak atas tanah masyarakat. Oleh karena itu, penting untuk dilakukan dengan **hati-hati, transparan, dan akuntabel** agar dapat mencapai tujuannya dengan adil dan berkelanjutan serta bermartabat. Sehingga **Pemerintah dan Pemerintah Daerah** menjamin **kepastian hukum** tersedianya tanah untuk Kepentingan Umum dan pendanaannya. **Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum** diselenggarakan sesuai dengan: Rencana Tata Ruang Wilayah; Rencana Pembangunan Nasional/Daerah; Rencana Strategis; dan Rencana Kerja setiap Instansi yang memerlukan tanah. Pengadaan Tanah diselenggarakan melalui perencanaan dengan melibatkan semua pemangku dan pengampu kepentingan. Penyelenggaraan Pengadaan Tanah memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pembangunan dan kepentingan masyarakat. Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum dilaksanakan dengan pemberian **Ganti Kerugian yang layak dan adil bagi masyarakat umumnya khususnya masyarakat hukum adat**.atas **tanah-tanahnya** yang digunakan pemerintah dan pemerintah daerah atau pihak ketiga demi kesejahteraan sosial.

## C. Landasan Teori dan Kerangka Pikir

### 1. Teori Negara Hukum

Istilah negara hukum merupakan terjemahan dari istilah “*rechtsstaat*”.<sup>5</sup> Istilah lain yang digunakan dalam alam hukum Indonesia adalah *the rule of law*, yang juga digunakan untuk maksud “negara hukum”. Notohamidjojo menggunakan kata-kata “...maka timbul juga istilah negara hukum atau *rechtsstaat*.”<sup>6</sup> Djokosoetono mengatakan bahwa “negara hukum yang demokratis sesungguhnya istilah ini adalah salah, sebab kalau kita hilangkan *demokratische rechtsstaat*, yang penting dan primair adalah *rechtsstaat*.”<sup>7</sup> Sementara itu, Muhammad Yamin menggunakan kata negara hukum sama dengan *rechtsstaat* atau *government of law*, sebagaimana kutipan pendapat berikut ini:

“polisi atau negara militer, tempat polisi dan prajurit memegang pemerintah dan keadilan, bukanlah pula negara Republik Indonesia ialah negara hukum (*rechtsstaat*, *government of law*) tempat keadilan yang tertulis berlaku, bukanlah negara kekuasaan (*machtsstaat*) tempat tenaga senjata dan kekuatan badan melakukan sewenang-wenang.”(kursifpenulis).”<sup>8</sup>

Berdasarkan penjelasan di atas, dalam literature hukum Indonesia, selain istilah *rechtsstaat* untuk menunjukkan makna Negara hukum, juga dikenal istilah *the rule of law*. Namun istilah *the rule of law* yang paling banyak digunakan hingga saat ini. Sehingga menurut pendapat Hadjon,<sup>9</sup> kedua terminologi yakni *rechtsstaat* dan *the rule of law* tersebut ditopang oleh latar belakang sistem hukum yang berbeda. Istilah *Rechtsstaat* merupakan buah pemikiran untuk menentang absolutisme, yang sifatnya revolusioner dan

---

<sup>5</sup> Philipus M.Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat- Sebuah Studi Tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya Oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum Dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Surabaya: Bina Ilmu, 1987, hlm.30.

<sup>6</sup> O. Notohamidjojo, *Makna Negara Hukum*, Jakarta: Badan Penerbit Kristen, 1970, hlm.27.

<sup>7</sup> Padmo Wahyono, *Guru Pinandita*, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, 1984, hlm. 67.

<sup>8</sup> Muhammad Yamin, *Proklamasi dan Konstitusi Republik Indonseia*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982, hlm. 72.

<sup>9</sup> Philipus M.Hadjon, *Perlindungan Hukum ...op. cit.*, hlm. 72.

bertumpu pada sistem hukum kontinental yang disebut *civil law*. Sebaliknya, *the rule of law* berkembang secara evolusioner, yang bertumpu atas sistem hukum *common law*. Walaupun demikian perbedaan keduanya sekarang tidak dipermasalahkan lagi, karena mengarah pada sasaran yang sama, yaitu perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia.

Meskipun terdapat perbedaan latar belakang paham antara *rechtsstaat* atau *etat de droit* dan *the rule of law*, namun tidak dapat dipungkiri bahwa kehadiran istilah “negara hukum” atau dalam istilah Penjelasan UUD 1945 disebut dengan “negara berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*)”, tidak terlepas dari pengaruh kedua paham tersebut. Keberadaan *the rule of law* adalah mencegah penyalahgunaan kekuasaan diskresi. Pemerintah juga dilarang menggunakan privilege yang tidak perlu atau bebas dari aturan hukum biasa. Paham negara hukum (*rechtsstaat* atau *the rule of law*), yang mengandung asas legalitas, asas pemisahan (pembagian) kekuasaan, dan asas kekuasaan kehakiman yang merdeka tersebut, kesemuanya bertujuan untuk mengendalikan negara atau pemerintah dari kemungkinan bertindak sewenang-wenang, tirani, atau penyalahgunaan kekuasaan.

Pada zaman modern, konsep Negara Hukum di Eropa Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu “*rechtsstaat*”. Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep Negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan “*The Rule of Law*”. Menurut Julius Stahl, konsep Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah „*rechtsstaat*“ itu mencakup empat elemen penting, yaitu:

- 1) Perlindungan hak asasi manusia.
- 2) Pembagian kekuasaan.
- 3) Pemerintahan berdasarkan undang-undang.

4) Peradilan tata usaha Negara.

Sedangkan A.V. Dicey menguraikan adanya tiga ciri penting dalam setiap Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah “*The Rule of Law*”, yaitu:

- 1) *Supremacy of Law*.
- 2) *Equality before the law*.
- 3) *Due Process of Law*.

Keempat prinsip „*rechtsstaat*“ yang dikembangkan oleh Julius Stahl tersebut di atas pada pokoknya dapat digabungkan dengan ketiga prinsip „*Rule of Law*“ yang dikembangkan oleh A.V. Dicey untuk menandai ciri-ciri Negara Hukum modern di zaman sekarang. Bahkan, oleh “*The International Commission of Jurist*”, prinsip-prinsip Negara Hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang di zaman sekarang makin dirasakan mutlak diperlukan dalam setiap negara demokrasi. Prinsip-prinsip yang dianggap ciri penting Negara Hukum menurut “*The International Commission of Jurists*” itu adalah:

- 1) Negara harus tunduk pada hukum.
- 2) Pemerintah menghormati hak-hak individu.
- 3) Peradilan yang bebas dan tidak memihak.

Profesor Utrecht membedakan antara Negara hukum formil atau Negara hukum klasik, dan negara hukum materiel atau Negara hukum modern<sup>10</sup>. Negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Sedangkan yang kedua, yaitu Negara Hukum Materiel yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya. Karena itu, Wolfgang Friedman dalam bukunya „*Law in a Changing Society*“ membedakan antara „*rule of law*“

---

<sup>10</sup> Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Jakarta: Ichtiar, 1962, hlm. 9.

dalam arti formil yaitu dalam arti „*organized public power*“, dan „*rule of law*“ dalam arti materiel yaitu „*the rule of just law*“.

Pembedaan ini dimaksudkan untuk menegaskan bahwa dalam konsepsi negara hukum itu, keadilan tidak serta-merta akan terwujud secara substantif, terutama karena pengertian orang mengenai hukum itu sendiri dapat dipengaruhi oleh aliran pengertian hukum formil dan dapat pula dipengaruhi oleh aliran pikiran hukum materiel. Jika hukum dipahami secara kaku dan sempit dalam arti peraturan perundang-undangan semata, niscaya pengertian negara hukum yang dikembangkan juga bersifat sempit dan terbatas serta belum tentu menjamin keadilan substantive. Karena itu, di samping istilah „*the rule of law*“ oleh Friedman juga dikembangkan istilah „*the rule of just law*“ untuk memastikan bahwa dalam pengertian kita tentang „*the rule of law*“ tercakup pengertian keadilan yang lebih esensial daripada sekedar memfungsikan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit. Kalaupun istilah yang digunakan tetap „*the rule of law*“, pengertian yang bersifat luas itulah yang diharapkan dicakup dalam istilah „*the rule of law*“ yang digunakan untuk menyebut konsepsi tentang Negara hukum di zaman sekarang.

Berdasarkan uraian-uraian di atas, terdapat dua-belas prinsip pokok Negara Hukum (*Rechtsstaat*) yang berlaku di zaman sekarang. Kedua-belas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai Negara Hukum (*The Rule of Law*, ataupun *Rechtsstaat*) dalam arti yang sebenarnya.

Adapun prinsip-prinsip dimaksud adalah sebagai berikut:<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Jimly Asshiddiqie, *Cita Negara Hukum Indonesia Kontemporer*, Papper. Disampaikan dalam Wisuda Sarjana Hukum Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya Palembang, 23 Maret 2004 dalam Simbur Cahaya No. 25 Tahun IX Mei 2004 ISSN No. 14110-0614.

- 1) Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*); Adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi.
- 2) Persamaan dalam Hukum (*Equality before the Law*); Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normative dan dilaksanakan secara empirik.
- 3) Asas Legalitas (*Due Process of Law*); Dalam setiap Negara Hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis.
- 4) Pembatasan Kekuasaan; Adanya pembatasan kekuasaan Negara dan organorgan Negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal.
- 5) Organ-Organ Eksekutif Independen; Dalam rangka membatasi kekuasaan itu, di zaman sekarang berkembang pula adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat „independent“, seperti bank sentral, organisasi tentara, organisasi kepolisian dan kejaksaan. Selain itu, ada pula lembaga lembaga baru seperti Komisi Hak Asasi Manusia, Komisi Pemilihan Umum, lembaga Ombudsman, Komisi Penyiaran, dan lain sebagainya. Lembaga, badan atau organisasi-organisasi ini sebelumnya dianggap sepenuhnya berada dalam kekuasaan eksekutif, tetapi sekarang berkembang menjadi independen sehingga tidak lagi sepenuhnya merupakan hak mutlak seorang kepala eksekutif untuk menentukan pengangkatan ataupun pemberhentian pimpinannya. Independensi lembaga atau

organ-organ tersebut dianggap penting untuk menjamin demokrasi, karena fungsinya dapat disalahgunakan oleh pemerintah untuk melanggengkan kekuasaan.

- 6) Peradilan Bebas dan Tidak Memihak; Adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*). Peradilan bebas dan tidak memihak ini mutlak harus ada dalam setiap Negara Hukum. Dalam menjalankan tugas judisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi).
- 7) Peradilan Tata Usaha Negara; Meskipun peradilan tata usaha negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama Negara Hukum tetap perlu ditegaskan tersendiri. Dalam setiap Negara Hukum, harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi Negara dan dijalkannya putusan hakim tata usaha negara (*administrative court*) oleh pejabat administrasi negara.
- 8) Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*); Di samping adanya pengadilan tata usaha negara yang diharapkan memberikan jaminan tegaknya keadilan bagi tiap-tiap warga negara, Negara Hukum modern juga lazim mengadopsikan gagasan pembentukan mahkamah konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya.
- 9) Perlindungan Hak Asasi Manusia; Adanya perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan

perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai ciri yang penting suatu Negara Hukum yang demokratis.

10) Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechtsstaat*); Dianut dan dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peranserta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup di tengah masyarakat.

11) Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (*Welfare Rechtsstaat*); Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama.

12) Transparansi dan Kontrol Sosial; Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peranserta masyarakat secara langsung (partisipasi langsung) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran.

Sementara itu, cita Negara Hukum di Indonesia menjadi bagian yang tak terpisahkan dari perkembangan gagasan kenegaraan Indonesia sejak kemerdekaan. Meskipun dalam pasal-pasal UUD 1945 sebelum perubahan, ide Negara hukum itu tidak dirumuskan secara eksplisit, tetapi dalam Penjelasan ditegaskan bahwa Indonesia menganut ide „*rechtsstaat*“, bukan „*machtsstaat*“.

Guna menjamin tertib hukum, penegakan hukum, dan tujuan hukum, fungsi kekuasaan kehakiman atau lembaga peradilan berperan penting, terutama fungsi penegakan

hukum dan fungsi pengawasan. Dalam penegakan hukum atau pelaksanaan hukum sering merupakan penemuan hukum atau pembentukan hukum.<sup>12</sup>

Fungsi lain yang juga sangat penting adalah fungsi pengawasan dari lembaga peradilan. Dalam negara hukum moderen, kekuasaan pemerintah sangat luas, terutama dengan adanya delegasi dari pembentuk undang-undang kepada pemerintah untuk membuat peraturan pelaksanaan, dan *freies Ermessen*. Dengan demikian peran pembentuk undang-undang berkembang, dari pembentuk norma menjadi pembentuk undang-undang yang memberikan wewenang kepada pemerintah. Oleh karena itu menurut Lunshof, harus ada pengawasan pengadilan terhadap pelaksanaan pemerintahan. Pengawasan dimaksud adalah pengawasan represif melalui lembaga peradilan.

Salah satu lembaga peradilan tersebut adalah Badan Peradilan Tata Usaha Negara yang dibentuk dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1986, dengan fungsi yang dijalankan peradilan, yaitu untuk menjamin tertib hukum, penegakan hukum, dan pencapaian tujuan hukum, ketertiban dan keadilan sosial bagi seluruh warga negara.

## **2. Teori Hukum Adat Sebagai *Living Law***

Dalam kehidupan sehari-hari dikalangan masyarakat secara umum istilah hukum adat sangat jarang kita jumpai, dimasyarakat umum biasanya kita jumpai hanya dengan menyebut istilah adat yang berarti sebuah kebiasaan dalam masyarakat tertentu.

Secara etimologi (bahasa) kata adat berasal dari bahasa arab yakni “Adah” Yang berarti sebuah kebiasaan yaitu sebuah tingkah laku masyarakat yang sering terjadi sedangkan kata hukum secara etimologi berasal dari bahasa arab kata „*Huk*” yang artinya ketentuan atau suruhan, jadi bila digabung antara hukum dan adat yang berarti suatu

---

<sup>12</sup> Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab Tentang Penemuan ...* op. cit., hlm. 4.

perilaku masyarakat yang selalu terjadi secara terus menerus dan lebih tepatnya lagi bisa dinamakan sebuah hukum kebiasaan.

Namun sejauh ini perundang-undangan di Indonesia membedakan antara istilah “adat” dan “kebiasaan”, sehingga “hukum adat” tidak sama dengan “hukum kebiasaan”. “Kebiasaan” yang diakui di dalam perundangan merupakan “Hukum Kebiasaan”, sedangkan “Hukum Adat” adalah hukum kebiasaan di luar perundangan.

Istilah hukum adat dikemukakan pertama kali oleh Prof.Dr.Christian Snouck Hurgronje dalam bukunya yang berjudul “*De Accheers*”(Orang-orang Aceh), yang kemudian diikuti oleh Prof.Mr.Cornelis Van Vollen Hoven dalam bukunya yang berjudul “*Het Adat Recht Van Nederland Indie*”.

Dengan adanya istilah ini, maka pemerintah kolonial Belanda pada akhir tahun 1929 mulai menggunakan secara resmi dalam peraturan perundangan Belanda. Hukum adat pada dasarnya merupakan sebagian dari adat istiadat masyarakat. Adat istiadat mencakup konsep yang sangat luas.

Hukum Adat adalah Hukum *Non Statuir* yang berarti Hukum Adat pada umumnya memang belum/ tidak tertulis. Oleh karena itu dilihat dari mata seorang ahli hukum memperdalam pengetahuan hukum adatnya dengan pikiran juga dengan perasaan pula. Jika dibuka dan dikaji lebih lanjut maka akan ditemukan peraturanperaturan dalam hukum adat yang mempunyai sanksi dimana ada kaidah yang tidak boleh dilanggar dan apabila dilanggar maka akan dapat dituntut dan kemudian dihukum.

Definisi dari hukum adat sendiri adalah suatu hukum yang hidup karena dia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat sesuai dengan fitrahnya sendiri,

hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup itu sendiri.<sup>13</sup>

Berikut beberapa Definisi hukum adat yang dikemukakan para ahli hukum, antara lain sebagai berikut:

- 1) **Prof. Van Vollenhoven**, yang pertama kali menyebut hukum adat memberikan definisi hukum adat sebagai : “ Himpunan peraturan tentang perilaku yang berlaku bagi orang pribumi dan timur asing pada satu pihak yang mempunyai sanksi (karena bersifat hukum) dan pada pihak lain berada dalam keadaan tidak dikodifikasikan (karena adat).<sup>14</sup> **Abdulrahman**, menegaskan rumusan Van Vollenhoven dimaksud memang cocok untuk mendeskripsikan apa yang dinamakan Adat Recht pada jaman tersebut bukan untuk Hukum Adat pada masa kini.<sup>15</sup>
- 2) **Prof. Soepomo**, merumuskan Hukum Adat: Hukum adat adalah synonim dari hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan legislative (*statuary law*), hukum yang hidup sebagai konvensi di badan-badan hukum Negara (Parlemen, Dewan Propinsi dan sebagainya), hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan yang dipertahankan di dalam pergaulan hidup, baik di kota maupun di desa-desa.<sup>16</sup>
- 3) **Prof. Soekanto**, merumuskan hukum adat: Komplek adat adat inilah yang kebanyakan tidak dikitabkan, tidak dikodifikasikan dan bersifat paksaan

---

<sup>13</sup> Soepomo. *Hukum Adat*. (Jakarta; PT Pradnya Paramita 1993) hlm 3

<sup>14</sup> Van Vollenhoven, *Orientasi Dalam Hukum Adat Indonesia*, Jambatan, Jakarta, 1983, hal 14, lihat juga Abdulrahman, SH : *Hukum Adat menurut Perundang-undangan Republik Indonesia*, Cendana Press, 1984,

<sup>15</sup> Abdulrahman, *Hukum Adat Menurut Perundang-undangan Republik Indonesia*, Cendana Press, 1984, hlm.18

<sup>16</sup> Soepomo, *Kedudukan Hukum Adat di Kemudian Hari*, Pustaka Rayat, Jakarta

mempunyai sanksi (dari itu hukum), jadi mempunyai akibat hukum, kompleks ini disebut Hukum Adat.<sup>17</sup>

- 4) **Prof. Soeripto:** Hukum adat adalah semua aturan-aturan/ peraturanperaturan adat tingkah laku yang bersifat hukum di segala kehidupan orang Indonesia, yang pada umumnya tidak tertulis yang oleh masyarakat dianggap patut dan mengikat para anggota masyarakat, yang bersifat hukum oleh karena ada kesadaran keadilan umum, bahwa aturanaturan/ peraturan itu harus dipertahankan oleh petugas hukum dan petugas masyarakat dengan upaya paksa atau ancaman hukuman (sanksi).<sup>18</sup>
- 5) **Hardjito Notopuro:** Hukum Adat adalah hukum tidak tertulis, hukum kebiasaan dengan ciri khas yang merupakan pedoman kehidupan rakyat dalam menyelenggarakan tata kedilan dan kesejahteraan masyarakat dan bersifat kekeluargaan.<sup>19</sup>
- 6) **Suroyo Wignjodipuro:** Hukum adat adalah suatu kompleks norma-norma yang bersumber apada perasaan keadilan rakyat yang selalu berkembang serta meliputi peraturan tingkat laku manusia dalam kehidupan sehari-hari dalam masyarakat, sebagian besar tidak tertulis, karena mempunyai akibat hukum (sanksi).<sup>20</sup>
- 7) **Seminar Hukum Adat dan pembinaan Hukum Nasional:** Hukum adat diartikan sebagai Hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk

---

<sup>17</sup> Abdulrahman, *Op cit*, hlm 18.

<sup>18</sup> Ibid hlm 19

<sup>19</sup> Ibid, hlm 19

<sup>20</sup> Ibid, hlm 19.

perundang-undangan Republik Indonesia, yang disana sini mengandung unsur agama.<sup>21</sup>

- 8) **Sudjito Sastrodiharjo** menegaskan: Ilmu hukum bukan hanya mempelajari apa yang disebut *das sollen*, tetapi pertama kali harus mengingat *das sein*. Hukum adat merupakan species dari hukum tidak tertulis, yang merupakan genusnya.<sup>22</sup>

Selanjutnya dalam memahami perkembangan hukum adat dalam masyarakat, maka Prof. Van Vallenhoven merumuskan: Jikalau dari atas (penguasa) telah diputuskan untuk mempertahankan Hukum Adat padahal hukum itu sudah mati, maka penetapan itu akan sia-sia belaka. Sebaliknya seandainya telah diputuskan dari atas bahwa Hukum Adat harus diganti, padahal di desa-desa, di ladang-ladang dan di pasar-pasar hukum itu masih kokoh dan kuat, maka hakimpun akan sia-sia belaka Dengan kata lain memahami hukum adat harus dilakukan secara dinamik, dan selaras antara atas – yang memutuskan – dan bawah yang menggunakan - agar dapat diketahui dan dipahami perkembangannya.

Menurut **Soepomo**, Hukum adat adalah suatu hukum yang hidup karena ia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat. Dalam berbagai seminar, maka berkembang kemudian hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) yang lazim dipergunakan untuk, menunjukkan berbagai macam hukum yang tumbuh dan berkembang dengan sendirinya di dalam masyarakat, yang menurut **Satjipto Raharjo**, akan tetap ada sebagai kelengkapan dari Hukum Nasional. Penyebutan Hukum Adat untuk hukum yang tidak tertulis tidak mengurangi peranannya dalam memberikan penyaluran dari kebiasaan, kepentingan-kepentingan yang tidak terucapkan dalam hukum tertulis.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Ibid, hlm 19

<sup>22</sup> Sudjito Sastrodiharjo, *Hukum adat Dan Realitas Kehidupan*, dimuat dalam: *Hukum Adat dan Modernisasi Hukum*, Fakultas Hukum –Universitas Islam Indonesia, 1998, hlm.107

<sup>23</sup> Ibid hlm 22.

## 1) Sifat Hukum Adat

Hukum adat berbeda dengan hukum bersumberkan Romawi atau Eropa Kontinental lainnya. Hukum adat bersifat pragmatisme –realisme artinya mampu memenuhi kebutuhan masyarakat yang bersifat fungsional religius, sehingga hukum adat mempunyai fungsi social atau keadilan social.

Sifat yang menjadi ciri daripada hukum adat sebagai 3 C adalah:

- a) *Commun* atau komunal atau kekeluargaan (masyarakat lebih penting daripada individu);
- b) *Contant* atau Tunai perbuatan hukum dalam hukum adat sah bila dilakukan secara tunai, sebagai dasar mengikatnya perbuatan hukum.
- c) *Congkrete* atau Nyata, Riil perbuatan hukum dinyatakan sah bila dilakukan secara kongkrit bentuk perbuatan hukumnya.

Djojodigono menyebut hukum adat mempunyai sifat: statis, dinamis dan plastis,

- a) Statis, hukum adat selalu ada dalam masyarakat,
- b) Dinamis, karena hukum adat dapat mengikuti perkembangan masyarakat, dan
- c) Plastis/Fleksibel, kelenturan hukum adat sesuai kebutuhan dan kemauan masyarakat.

Sunaryati Hartono, menyatakan<sup>24</sup>, Dengan perspektif perbandingan, maka ketiga ciri dapat ditemukan dalam hukum yang berlaku dalam masyarakat agraris atau pra industri, tidak hanya di Asia tetapi juga di Eropa dan Amerika. Sunaryati Hartono sesungguhnya hendak mengatakan bahwa hukum adat bukan khas Indonesia, namun dapat

---

<sup>24</sup> Sunaryati Hartono: *Sumbangsih Hukum Adat bagi Perkembangan Pembentukan Hukum Nasional* dalam M.Syamsudin et al Editor: *Hukum Adat dan Mordernisasi Hukum*, FH-UII,1998, hlm. 170

ditemukan juga di berbagai masyarakat lain yang masih bersifat pra industri di luar Indonesia.

## 2) Corak Hukum Adat

**Soepomo**<sup>25</sup> mengatakan: Corak atau pola – pola tertentu di dalam hukum adat yang merupakan perwujudan dari struktur kejiwaan dan cara berfikir yang tertentu oleh karena itu unsur-unsur hukum adat adalah:

- a) Mempunyai sifat kebersamaan yang kuat ; artinya, manusia menurut hukum adat, merupakan makhluk dalam ikatan kemasyarakatan yang erat, rasa kebersamaan mana meliputi sebuah lapangan hukum adat;
- b) Mempunyai corak magisch – religius, yang berhubungan dengan pandangan hidup alam Indonesia;
- c) Sistem hukum itu diliputi oleh pikiran serba kongkrit, artinya hukum adat sangat memperhatikan banyaknya dan berulang-ulangnya hubungan-hubungan hidup yang kongkrit. Sistem hukum adat mempergunakan hubungan-hubungan yang kongkrit tadi dalam pengatur pergaulan hidup.
- d) Hukum adat mempunyai sifat visual, artinya- hubungan-hubungan hukum dianggap hanya terjadi oleh karena ditetapkan dengan suatu ikatan yang dapat dilihat (atau tanda yang tampak).

**Moch Koesnoe** mengemukakan corak hukum adat :<sup>26</sup>

- a) Segala bentuk rumusan adat yang berupa kata-kata adalah suatu kiasan saja.  
Menjadi tugas kalangan yang menjalankan hukum adat untuk banyak mempunyai

---

<sup>25</sup> Soepomo, *Sistem Hukum di Indonesia, Sebelum Perang Dunia II*, Pradnjaparamita, Jakarta, cet 15 1997 hlm.140,141

<sup>26</sup> Khundzalifah Dimiyati: *Teoritisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Demikian Hukum di Indonesia 1945 – 1990*, Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2004 , hlm.22.

pengetahuan dan pengalaman agar mengetahui berbagai kemungkinan arti kiasan dimaksud;

- b) Masyarakat sebagai keseluruhan selalu menjadi pokok perhatiannya. Artinya dalam hukum adat kehidupan manusia selalu dilihat dalam wujud kelompok, sebagai satu kesatuan yang utuh;
- c) Hukum adat lebih mengutamakan bekerja dengan azas-azas pokok. Artinya dalam lembaga-lembaga hukum adat diisi menurut tuntutan waktu tempat dan keadaan serta segalanya diukur dengan azas pokok, yakni: kerukunan, kepatutan, dan keselarasan dalam hidup bersama;
- d) Pemberian kepercayaan yang besar dan penuh kepada para petugas hukum adat untuk melaksanakan hukum adat.

**Hilman Hadikusuma** mengemukakan corak hukum adat adalah:

- a) Tradisional; artinya bersifat turun menurun, berlaku dan dipertahankan oleh masyarakat bersangkutan.
- b) Keagamaan (Magis-religius); artinya perilaku hukum atau kaedah-kaedah hukumnya berkaitan dengan kepercayaan terhadap yang gaib dan atau berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.
- c) Kebersamaan (Komunal), artinya ia lebih mengutamakan kepentingan bersama, sehingga kepentingan pribadi diliputi kepentingan bersama. Ujudnya rumah gadang, tanah pusaka (Minangkabau) . Dudu sanak dudu kadang yang yen mati melu kelangan (Jw).

- d) Kongkrit/ Visual; artinya jelas, nyata berujud. Visual artinya dapat terlihat, tampak, terbuka, terang dan tunai. Ijab – kabul, jual beli serah terima bersamaan (samenvol van momentum)
- e) Terbuka dan Sederhana;
- f) Dapat berubah dan Menyesuaikan;
- g) Tidak dikodifikasi;
- h) Musyawarah dan Mufakat;

Sifat dan corak hukum adat tersebut timbul dan menyatu dalam kehidupan masyarakatnya, karena hukum hanya akan efektif dengan kultur dan corak masyarakatnya. Oleh karena itu pola pikir dan paradigma berfikir adat sering masih mengakar dalam kehidupan masyarakat sehari-hari sekalipun ia sudah memasuki kehidupan dan aktifitas yang disebut modern.

### 3. 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.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Ctk. Kedua, Kencana, Jakarta, 2014, hlm. 85.

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.<sup>28</sup>

Nilai-nilai keadilan tersebut haruslah merupakan suatu dasar yang harus diwujudkan dalam hidup bersama kenegaraan untuk mewujudkan tujuan negara, yaitu 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).<sup>29</sup>

## **1) Keadilan Menurut Filsuf**

### **a. Teori Keadilan Aristoteles**

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

---

<sup>28</sup> Ibid, hlm. 86.

<sup>29</sup> Ibid, hlm. 87.

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.<sup>30</sup>

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 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:<sup>31</sup>

- a) 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.

---

<sup>30</sup> Hyronimus Rhiti, *Filsafat Hukum* Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme), Ctk. Kelima, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2015, hlm. 241.

<sup>31</sup> Ibid, hlm. 242.

Kepada yang sama penting diberikan yang sama, dan yang tidak sama penting diberikan yang tidak sama.

- b) Keadilan dalam jual-beli. Menurutnya harga barang tergantung kedudukan dari para pihak. Ini sekarang tidak mungkin diterima.
- c) 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.
- d) 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”.

#### **b. Teori Keadilan John Rawls**

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:<sup>32</sup>

- a) 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

---

<sup>32</sup> Ibid, hlm. 246-247.

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.

b) 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.

c) Dua prinsip keadilan. Pertama, adalah prinsip kebebasan yang sama sebesar- besarnya (*principle of greatest equal liberty*). Prinsip ini mencakup:<sup>33</sup>

(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)

(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.

---

<sup>33</sup>Damanhuri Fattah, “Teori Keadilan Menurut John Rawls”, terdapat dalam <http://ejournal.radenintan.ac.id/index.php/TAPIS/article/view/1589>, Diakses terakhir tanggal 1 April 2024.

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.

#### **4. Konsep Ganti Rugi Tanah**

Pada umumnya, ganti rugi dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum merupakan konsep yang relevan dalam hukum tanah, antara lain :

- 1) **Paradigma ganti rugi**, cenderung bermakna bahwa pemegang hak atas tanah sudah mengalami kerugian sebelum pelepasan tanahnya untuk kepentingan umum (publik). Secara yuridis ada beberapa peraturan perundang-undangan terdahulu, seperti Keppres Nomor 55 Tahun 1993, Perpres Nomor 36 Tahun 2005, dan Perpres Nomor 65 Tahun 2006, memiliki kelemahan dan bersifat represif yang merugikan pemilik hak atas tanah. Namun setelah lahirnya UU Nomor 2 Tahun 2012, pemerintah berusaha memperbaiki kekurangan tersebut sesuai kebijakan pemerintah.

2) **Penilaian Besarnya Nilai Ganti Kerugian**, sejak lahirnya UU Nomor 2 Tahun 2012, penilaian besarnya nilai ganti kerugian oleh Pemerintah dilakukan berdasarkan bidang per bidang tanah. Bidang-bidang ini meliputi :

- a) Tanah Ruang atas tanah dan bawah tanah,
- b) Bangunan,
- c) Tanaman,
- d) Benda yang berkaitan dengan tanah, dan
- e) Kerugian lain yang dapat dinilai.

Nilai ganti kerugian berdasarkan hasil penilaian menjadi dasar musyawarah penetapan kerugian. Pemberian ganti kerugian dapat berupa uang, tanah pengganti, permukiman kembali, kepemilikan saham, atau bentuk lain yang disetujui oleh kedua belah pihak. Jika tidak terjadi kesepakatan mengenai bentuk dan/atau besarnya ganti kerugian, pihak yang berhak dapat mengajukan keberatan kepada pengadilan. Pengadilan negeri akan memutuskan bentuk dan/atau besarnya ganti kerugian.

3) **Fungsi Sosial Tanah**, meskipun hak individu kepemilikan atas tanah diatur tegas, tanah juga **memiliki fungsi sosial**. Walaupun pemilik tanah memiliki hak abadi, penggunaan hak tersebut harus memperhatikan kepentingan orang lain atau masyarakat dan pembangunan.

## 5. *Alternative Dispute Resolution (ADR)*<sup>34</sup>

Hakikat *Dispute Resolution (DR)* biasa disebut “*Alternative Dispute Resolution*” yang disingkat ADR adalah serangkaian proses yang bertujuan untuk menyelesaikan

---

<sup>34</sup> Kadir Katjong, *Materi Kuliah ADR*, pada semester Gasal 2016/2017 Fakultas Hukum Uncen Jayapura Papua.

sengketa antara pihak-pihak<sup>35</sup>. ADR adalah suatu ungkapan yang digunakan oleh banyak penulis dalam menguraikan perkembangan teknik-teknik penyelesaian sengketa tanpa keputusan formal, seperti yang diperoleh melalui arbitrase maupun pengadilan<sup>36</sup>. Takdir Rahmadi mengatakan bahwa alternatif penyelesaian sengketa adalah sebuah konsep yang mencakup berbagai bentuk penyelesaian sengketa selain dari proses peradilan melalui cara-cara yang sah menurut hukum, baik berdasarkan pendekatan *consensus* maupun tidak berdasarkan pendekatan *consensus*<sup>37</sup>. Sarjana lain berpendapat, alternative penyelesaian sengketa hanya mencakup bentuk-bentuk penyelesaian sengketa berdasarkan pendekatan konsensus, seperti *negosiasi*, *mediasi*, dan *konsiliasi*. *Arbitrase* tidak dimasukkan kedalam bentuk alternative, karena arbitrase berlangsung atas dasar pendekatan adversarial, pertikaian yang menyerupai proses peradilan sehingga menghasilkan adanya pihak yang menang dan kalah<sup>38</sup>.

Menurut Philip D. Bostwick dalam *Going Private with the Judicial System*, mengartikan ADR sebagai “ sebuah perangkat pengalaman dan bentuk hukum yang bertujuan (*a set of practices and legal techniques that aims*):<sup>39</sup>

- a. Menyelesaikan sengketa hukum di luar pengadilan demi keuntungan para pihak.
- b. Mengurangi biaya litigasi konvensional dan pengunduran waktu yang biasa terjadi.
- c. Mencegah terjadinya sengketa hukum yang biasanya diajukan ke pengadilan

---

<sup>35</sup>I Made Widnyana, *Alternative Penyelesaian Sengketa (ADR)*, Penerbit Indonesia Business Law Center (IBLC) bekerja sama dengan Kantor Hukum Gani Djemat & Partners, Jakarta, 2007, hal. 19

<sup>36</sup>Ibid.

<sup>37</sup>Takdir Rahmadi dalam I Made Widnyana, Ibid.

<sup>38</sup>Hadimulyo, *Mempertimbangkan ADR Kajian Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, ELSAM, Jakarta, 1997, hal. 2

<sup>39</sup>Philip D. Bostwick, dalam Abdurrasyid H. Priyatna, *Arbitrase & Alternatif penyelesaian Sengketa*, PT Fikahati Aneska bekerja sama dengan Badan Arbitase Nasional Indonesia (BANI), Jakarta, 2002, hal. 15.

Stanford M. Altchul mendefinisikan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) sebagai suatu pemeriksaan sengketa oleh majelis swasta yang disepakati oleh para pihak dengan tujuan menghemat biaya perkara, meniadakan publisitas, dan meniadakan pemeriksaan yang bertele-tele<sup>40</sup>.

Di dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) mengartikan APS sebagai lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, mediasi, konsolidasi atau penilaian ahli. Jeccualine M.Nolan Haley<sup>41</sup>, menjelaskan bahwa penyelesaian alternative terdiri dari *negosiasi*, *mediasi*, dan *arbitrase*. Gambaran para ahli diatas dapat menunjukkan bahwa ADR atau APS adalah suatu proses penyelesaian sengketa dimana para pihak yang bersengketa dapat membantu atau dilibatkan dalam menyelesaikan persengketaan tersebut atau melibatkan pihak ketiga yang bersifat netral. Ciri utama dari proses penyelesaian sengketa adalah para pihaklah yang memutuskan hasil dari yang disengketakan, yaitu yang menjadi putusan akhirnya. Prosesnya adalah melalui bentuk-bentuk dari alternative penyelesaian sengketa itu sendiri, seperti negosiasi, yaitu penyelesaian langsung oleh para pihak yang bersengketa atau mediasi yaitu dengan bantuan pihak ketiga (penengah/intervener) yang tidak menetapkan suatu keputusan, tetapi menggunakan suatu proses terstruktur untuk membantu para pihak menyelesaikan apa yang mereka sengketakan. Pengendalian terhadap bentuk-bentuk penyelesaian akhir tetap berada di tangan pihak-pihak yang bersengketa<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Jeccualine M. Nolan Haley, *Alternative Dispute Resolution*, West Publishing Company, 1991.

<sup>42</sup> I made Widnyana, Op Cit. hal.20

Di dalam sistem ADR, penyelesaiannya diusahakan sebisa mungkin dilakukan secara kooperatif. Penyelesaian kooperatif diistilahkan sebagai “*win-win solutions*”, yaitu suatu penyelesaian dimana semua pihak merasa sama-sama menang. Pengalaman penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi yang formal, memakan biaya mahal dengan proses yang makan waktu lama/panjang serta cenderung merusak hubungan baik, disamping merupakan hak asasi masyarakat untuk memperoleh keadilan secara cepat dan murah, mendorong masyarakat untuk mencari mekanisme lain yang sesuai dalam memecahkan masalah yang dihadapinya. Suatu mekanisme yang menjanjikan adalah melalui *Alternative Dispute Resolution (ADR)*.

Didalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase, menyebut beberapa bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan, yaitu: Negosiasi, Mediasi, Arbitrase, Konsultasi, Fasilitasi, Konsiliasi, dan Penilaian ahli. Saat ini bentuk alternative penyelesaian sengketa (ADR) yang paling umum dilakukan adalah negosiasi, mediasi, konsiliasi dan arbitrase<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup>Joni Emirzon, *Alternatif penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi & Arbitrase)*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hal. 39

## 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 :

