

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Konsep Kedaulatan Negara

Hakikatnya teori kedaulatan negara yang dikembangkan John Austin (1790-1859) dapat diklasifikasikan sebagai penganut aliran positivis. Oleh karena itu pada intinya ajaran John Austin dapat ikhtisarkan dalam beberapa aspek sebagai berikut:

- a) Hukum adalah perintah pihak yang berdaulat atau dalam bahasa aslinya: *Law....was the command of sovereign. Bagi Austin: No, law, no sovereign; and no sovereign, no law.*
- b) Ilmu hukum selalu berkaitan dengan hukum positif atau dengan ketentuan-ketentuan lain yang secara tegas dapat disebut demikian, yaitu yang diterima tanpa memperhtikan kebaikan atau keburukannya.
- c) Konsep tentang kedaulatan Negara (*doctrine of sovereignty*) mewarnai hampir keseluruhan dari ajaran Austin. Hal manna dapat diikhtisarkan sebagai berikut;
 - 1) Kedaulatan yang digunakan ilmu hukum menunjuk pada suatu atribut Negara yang bersifat internal maupun eksternal.
 - 2) Sifat eksternal dari kedaulatan Negara tercermin pada hukum internasional, sedangkan sifat internal kedaulatan Negara tercermin pada hukum positif.
 - 3) Pelaksanaan kedaulatan membutuhkan ketaatan. Ketaatan terhadap kedaulatan Negara itu berbeda-beda sesuai kebutuhan subyeknya.
 - 4) Ada perbedaan antara ketaatan terhadap kedaulatan negara dengan ketaatan terhadap ancaman penodong misalnya. Hal tersebut membedakan di antara keduanya adalah legitimasi. Kedaulatan negara berdasarkan legitimasi (didasarkan pada UU) yang berlaku dan diakui secara sah. Pada ketaatan terhadap kedaulatan

negara, subjeknya merasakan *a moral duty to obey* (ada kewajiban moral untuk mentaatinya).

Hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Melalui penegakan hukum inilah hukum itu menjadi kenyataan. Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeit*).

Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Setiap orang mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadi peristiwa yang konkrit. Bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku; pada dasarnya tidak dibolehkan menyimpang: *flat justitia et perat mundus* (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan ketertiban masyarakat.

Sebaliknya masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum adalah untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan timbul keresahan di dalam masyarakat.

Unsur yang ketiga adalah keadilan. Masyarakat sangat berkepentingan bahwa dalam pelaksanaan atau penegakan hukum keadilan diperhatikan. Dalam pelaksanaan atau penegakan hukum harus adil. Hukum itu bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan. Barang siapa mencuri harus dihukum : setiap orang yang mencuri harus dihukum, tanpa membedakan siapa yang mencuri. Sebaliknya keadilan bersifat subyektif, individualistis dan tidak menyamaratakan : adil bagi Si Suto belum tentu dirasakan adil bagi Si Noyo.

Kalau dalam menegakkan hukum hanya diperhatikan kepastian hukum saja, maka unsur-unsur lainnya dikorbankan. Demikian pula kalau yang diperhatikan hanyalah kemanfaatan, maka kepastian hukum dan keadilan dikorbankan dan begitu selanjutnya.

Dalam menegakkan hukum harus ada kompromi antara ketiga unsur tersebut. Ketiga unsur itu harus mendapat perhatian secara proporsional seimbang. Tetapi dalam praktek tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara proporsional seimbang antara ketiga unsur tersebut.

Tanpa kepastian hukum orang tidak tahu apa yang harus diperbuatnya dan akhirnya timbul keresahan. Tetapi terlalu menitikberatkan pada kepastian hukum, terlalu ketat mentaati peraturan hukum akibatnya kaku dan akan menimbulkan rasa tidak adil. Apapun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati atau dilaksanakan. Undang-Undang itu sering terasa kejam apabila dilaksanakan secara ketat: *lex dura, sed tamen scripta* (undang-undang itu kejam, tetapi memang demikianlah bunyinya).

Kalau kita bicara tentang hukum pada umumnya kita hanya melihat kepada peraturan hukum dalam arti kaedah atau peraturan perundang-undangan, terutama bagi praktisi. Undang-Undang itu tidak sempurna. Memang tidak mungkin undang-undang itu mengatur

segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang itu tidak lengkap dan ada kalanya undang-undang itu tidak jelas. Meskipun tidak lengkap atau tidak jelas undang-undang harus dilaksanakan.

Secara konsepsional, maka inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyetarakan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan menegawantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup. Konsepsi yang mempunyai dasar filosofis tersebut, memerlukan penjelasan lebih lanjut, sehingga akan tampak lebih konkrit. Hukum adalah sarana yang di dalamnya terkandung nilai-nilai atau konsep-konsep tentang keadilan, kebenaran, kemanfaatan sosial, dan sebagainya. Kandungan hukum ini bersifat abstrak. Menurut Satjipto Rahardjo, hukum pada hakikatnya merupakan penegakan ide-ide atau konsep-konsep yang abstrak itu. Penegakan hukum adalah usaha untuk mewujudkan ide-ide tersebut menjadi kenyataan". Soerjono Soekanto mengatakan bahwa penegakan hukum adalah kegiatan menyetarakan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah/pandangan-pandangan nilai yang mantap dan menegawantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir untuk menciptakan (sebagai "*social engineering*"), memelihara dan mempertahankan (sebagai "*social control*") kedamaian pergaulan hidup.

Penegakan hukum secara konkret adalah berlakunya hukum positif dalam praktek sebagaimana seharusnya patut ditaati. Oleh karena itu, memberikan keadilan dalam suatu perkara berarti memutuskan perkara dengan menerapkan hukum dan menemukan hukum in concreto dalam mempertahankan dan menjamin ditaatinya hukum materiil dengan menggunakan cara prosedural yang ditetapkan oleh hukum formil. Jika hakikat penegakan

hukum itu mewujudkan nilai-nilai atau kaidah-kaidah yang memuat keadilan dan kebenaran, maka penegakan hukum bukan hanya menjadi tugas dan para penegak hukum yang sudah dikenal secara konvensional. Akan tetapi menjadi tugas dari setiap orang. Tugas penegakan hukum tidak hanya diletakkan di pundak polisi. “Penegakan hukum adalah tugas dari semua subyek hukum dalam masyarakat. Meskipun demikian, dalam kaitannya dengan hukum publik, pihak pemerintahlah yang paling bertanggung jawab melakukan penegakan hukum.

Penegakan hukum merupakan suatu proses yang melibatkan banyak hal. Oleh karena itu keberhasilan penegakan hukum akan dipengaruhi oleh hal-hal tersebut. Secara umum, sebagaimana dikemukakan oleh Soerjono Soekanto, ada lima faktor yang mempengaruhi penegakan hukum, yaitu:

- 1) Faktor hukumnya sendiri;
- 2) Faktor penegak hukum, yaitu pihak-pihak yang membentuk maupun yang menerapkan hukum;
- 3) Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
- 4) Faktor masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
- 5) Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Menurut Satjipto Rahardjo, agar hukum berjalan atau dapat berperan dengan baik dalam kehidupan masyarakat, maka harus diperhatikan hal-hal sebagai berikut:

- 1) Mengenal problem yang dihadapi sebaik-baiknya, termasuk di dalamnya mengenali dengan seksama masyarakat yang hendak menjadi sasaran dan penggarapan tersebut;

- 2) Memahami nilai-nilai yang ada dalam masyarakat. Hal ini penting dalam hal social engineering itu hendak diterapkan pada masyarakat dengan sektor-sektor kehidupan majemuk, seperti tradisional, modern dan perencanaan. Pada tahap ini ditentukan nilai-nilai dari sektor mana yang dipilih;
- 3) Membuat hipotesa-hipotesa dan memilih mana yang paling layak untuk bisa dilaksanakan;
- 4) Mengikuti jalannya penerapan hukum dan mengukur efek-efeknya.

J.B.J.M Ten Berge menyebutkan beberapa aspek yang harus diperhatikan atau dipertimbangkan dalam rangka penegakan hukum, yaitu:

- 1) Suatu peraturan harus sedikit mungkin membiarkan ruang bagi perbedaan interpretasi;
- 2) Ketentuan perkecualian harus dibatasi secara minimal;
- 3) Peraturan harus sebanyak mungkin diarahkan pada kenyataan yang secara obyektif dapat ditentukan;
- 4) Peraturan harus dapat dilaksanakan oleh mereka yang terkena peraturan itu dan mereka yang dibebani dengan (tugas) penegakan (hukum).

Secara konseptual, maka inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup. Konsepsi yang mempunyai dasar filosofis tersebut, memerlukan penjelasan lebih lanjut, sehingga akan tampak lebih konkrit.

Manusia di dalam pergaulan hidup, pada dasarnya mempunyai pandangan-pandangan tertentu mengenai apa yang baik dan apa yang buruk. Pandangan-pandangan tersebut senantiasa terwujud di dalam pasangan-pasangan tertentu, sehingga misalnya ada pasangan nilai ketertiban dengan nilai ketentraman, pasangan nilai kepentingan umum dengan nilai kepentingan pribadi, pasangan nilai kelestarian dengan nilai inovatisme dan seterusnya. Di dalam penegakan hukum, pasangan nilai-nilai tersebut perlu diserasikan, umpamanya perlu penyerasian antara nilai ketertiban dengan nilai ketentraman. Sebab, nilai ketertiban bertitik tolak pada keterikatan, sedangkan nilai ketentraman titik tolaknya adalah kebebasan. Di dalam kehidupannya, maka manusia memerlukan keterikatan maupun kebebasan di dalam wujud yang serasi.

Pasangan nilai-nilai yang telah diserasikan tersebut, memerlukan penjabaran secara lebih konkrit lagi, oleh karena nilai-nilai lazimnya bersifat abstrak. Penjabaran secara lebih konkrit terjadi di dalam bentuk kaidah-kaidah, dalam hal ini kaidah-kaidah hukum yang mungkin berisikan suruhan, larangan atau kebolehan. Di dalam bidang hukum tata negara Indonesia, misalnya terdapat kaidah-kaidah tersebut yang berisikan suruhan atau perintah untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu, atau tidak melakukannya. Di dalam kebanyakan kaidah hukum pidana tercantum larangan-larangan untuk melakukan perbuatan-perbuatan tertentu, sedangkan di dalam bidang hukum perdata ada kaidah-kaidah yang berisikan kebolehan-kebolehan.

Kaidah-kaidah tersebut kemudian menjadi pedoman atau patokan bagi perilaku atau sikap tindak yang dianggap pantas atau yang seharusnya. Perilaku atau sikap tindak tersebut bertujuan untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian. Demikianlah konkretisasi daripada penegakan hukum secara konsepsional. Penegakan hukum sebagai suatu

proses, pada hakikatnya merupakan penerapan diskresi yang menyangkut membuat keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaidah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi. Dengan mengutip pendapat Roscoe Pound, maka La Favre menyatakan bahwa pada hakikatnya diskresi berada diantara hukum dan moral (etika dalam arti sempit). Atas dasar uraian tersebut di atas dapatlah dikatakan bahwa gangguan terhadap penegakan hukum mungkin terjadi, apabila ada ketidakserasian antara “tri tunggal” nilai, kaidah dan pola perilaku. Gangguan tersebut terjadi, apabila terjadi ketidakserasian antara nilai-nilai yang berpasangan, yang menjelma di dalam kaidah-kaidah yang bersimpang siur dan pola perilaku tidak terarah yang mengganggu kedamaian pergaulan hidup. Oleh karena itu dapatlah dikatakan bahwa penegakan hukum bukanlah semata-mata berarti pelaksanaan perundang-undangan, walaupun di dalam kenyataan di Indonesia kecenderungannya adalah demikian, sehingga pengertian “*law enforcement*” begitu populer. Selain dan itu, maka ada kecenderungan yang kuat untuk mengartikan penegakan hukum sebagai pelaksanaan keputusan-keputusan hakim. Perlu dicatat, bahwa pendapat-pendapat yang agak sempit tersebut mempunyai kelemahan-kelemahan, apabila pelaksanaan daripada perundang-undangan atau keputusan-keputusan hakim tersebut malahan mengganggu kedamaian di dalam pergaulan hidup.

B. Masyarakat Hukum Adat

Masyarakat dalam istilah bahasa Inggris adalah *society* yang berasal dari kata Latin *socius* yang berarti (kawan). Istilah masyarakat berasal dari kata bahasa Arab syaraka yang berarti (ikut serta dan berpartisipasi). Masyarakat adalah sekumpulan manusia yang saling bergaul, dalam istilah ilmiah adalah saling berinteraksi. Suatu kesatuan manusia dapat mempunyai prasarana melalui wargawarganya dapat saling berinteraksi.

Definisi lain, masyarakat adalah kesatuan hidup manusia yang berinteraksi menurut suatu sistem adat istiadat tertentu yang bersifat kontinyu, dan yang terikat oleh suatu rasa identitas bersama. Kontinuitas merupakan kesatuan masyarakat yang memiliki keempat ciri yaitu: 1) Interaksi antar warga-warganya, 2). Adat istiadat, 3) Kontinuitas waktu, 4) Rasa identitas kuat yang mengikat semua warga. Semua warga masyarakat merupakan manusia yang hidup bersama, hidup bersama dapat diartikan sama dengan hidup dalam suatu tatanan pergaulan dan keadaan ini akan tercipta apabila manusia melakukan hubungan.¹

Istilah masyarakat hukum adat adalah istilah resmi yang tercantum dalam berbagai peraturan perundang-undangan, seperti dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok - Pokok Agraria, Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah, dan peraturan perundang-undangan lainnya. Istilah masyarakat hukum adat dilahirkan dan digunakan oleh pakar hukum adat yang lebih banyak difungsikan untuk keperluan teoritik - akademis. Sedangkan istilah masyarakat adat adalah istilah yang lazim diungkapkan dalam bahasa sehari-hari oleh kalangan non-hukum yang mengacu pada sejumlah kesepakatan internasional.²

Masyarakat hukum adat adalah suatu bentuk kehidupan bersama, yang warga-warganya hidup secara bersama dalam jangka waktu yang sangat lama, sehingga membentuk suatu kebudayaan. Masyarakat merupakan suatu kesatuan dari sistem sosial, yang menjadi wadah dari berbagai pola-pola interaksi sosial atau hubungan interpersonal ataupun hubungan antar kelompok sosial.

¹ Dikutip dari <http://eprints.uny.ac.id/8538/3/BAB%20%20-%2008401244022.pdf>, tanggal 13 April 2024, pukul 12:50.,

² Taqwaddin, "Penguasaan Atas Pengelolaan Hutan Adat oleh Masyarakat Hukum Adat(Mukim) di Provinsi Aceh", (Disertasi Doktor Ilmu Hukum, Universitas Sumatera Utara, 2010), hlm. 36.

Istilah masyarakat adat merupakan padanan dari *indigeneous people*. Istilah itu sudah dikenal luas dan telah disebutkan dalam sejumlah kesepakatan internasional, yaitu: *Convention of International Labor Organixation Concerning Indigeneous and Tribal People in Independent Countries* (1989), Deklarasi Cari Oca tentang Hak-Hak Masyarakat Adat (1992), Deklarasi Bumi Rio de Janairo (1992), *Declaration on the Right of Asian Indigenou Tribal People Chianmai* (1993), *De Vienna Declaration and Programme Action* yang dirumuskan oleh *United Nations World Conference on Human Rights* (1993). Sekarang istilah *indigenous people* semakin resmi penggunaannya dengan telah lahirnya Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang Hak-Hak Masyarakat Adat (*United Nation Declaration on the Rights of Indegenous People*) pada tahun 2007.

Banyak ahli berpendapat bahwa pengertian masyarakat adat harus dibedakan dengan masyarakat hukum adat. Konsep masyarakat adat merupakan pengertian umum untuk menyebut masyarakat tertentu dengan ciri-ciri tertentu. Sedangkan masyarakat hukum adat merupakan pengertian teknis yuridis yang menunjuk sekelompok orang yang hidup dalam suatu wilayah (ulayat) tempat tinggal dan lingkungan kehidupan tertentu, memiliki kekayaan dan pemimpin yang bertugas menjaga kepentingan kelompok (keluar dan ke dalam), dan memiliki tata aturan (sistem) hukum dan pemerintahan.

Konsep masyarakat hukum adat untuk pertama kali diperkenalkan oleh Cornelius van Vollenhoven. Ter Haar sebagai murid dari Cornelius van Vollenhoven mengeksplor lebih mendalam tentang masyarakat hukum adat. Ter Haar memberikan pengertian sebagai berikut, masyarakat hukum adat adalah kelompok masyarakat yang teratur, menetap di suatu daerah tertentu, mempunyai kekuasaan sendiri, dan mempunyai kekayaan sendiri baik berupa benda yang terlihat maupun yang tidak terlihat, dimana para anggota kesatuan masing-masing

mengalami kehidupan dalam masyarakat sebagai hal yang wajar menurut kodrat alam dan tidak seorang pun diantara para anggota itu mempunyai pikiran atau kecenderungan untuk membubarkan ikatan yang telah tumbuh itu atau meninggalkannya dalam arti melepaskan diri dari ikatan itu untuk selamalamanya.³ Sedangkan menurut Hazairin, masyarakat hukum adat adalah kesatuan masyarakat yang mempunyai kelengkapan-kelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri yang mempunyai kesatuan hukum, kesatuan penguasa dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan air bagi semua anggotanya.⁴

Masyarakat Hukum adat ada sebelum Negara Republik Indonesia secara Politis memproklamasikan kemerdekaannya. jadi secara *de facto* di akui keberadaannya sebagai persekutuan terkecil dengan ciri serta hak-hak yang melekat padanya. Secara *de yure* masyarakat adat diakui dan di lindungi hak secara konstitusional dalam pasal 28I ayat 3 UUD dan pasal 18B 1945.

Sebagaimana Keragaman bangsa Indonesia telah di akui oleh para pendiri Bangsa (*Founding Fathers*) dengan semboyan Bhineka Tunggal Ika. Dalam semboyan tersebut terkandung makna pengakuan adanya perbedaan, dan tekad untuk menjadi satu bangsa, yaitu bangsa Indonesia, tanpa menghilangkan keragaman yang ada. oleh karena itu, salah satu tujuan nasional yang ditegaskan dalam pembukaan UUD 1945 adalah melindungi segenap bangsa Indonesia. Frase "Segenap Bangsa Indonesia" menunjuk pada pengakuan atas realitas keragaman, yang semuanya harus mendapatkan perlindungan.⁵

³ Husen Alting, *Dinamika Hukum dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah*, LaksBang PRESSindo, Yogyakarta, 2010, hlm.30.

⁴ Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum Terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, Jakarta, UNDP Regional Centre in Bangkok, 2006, hlm.23.

⁵ Gaffar, *Demokrasi Konstitusional, Pratik Ketatanegaraan Indonesia, Setelah Perubahan UUD 1945*, Konpres, Jakarta 2013, hlm.160.

Namun, Pengakuan dan Perlindungan pada tataran Konstitusional tersebut tidak selalu berjalan dengan realitas penyelenggaraan Kehidupan Berbangsa. Eksistensi masyarakat hukum adat belum pernah mendapatkan perhatian nyata. Kebijakan reformasi lebih mengarah kepada sentralisasi dan penyeragaman yang meminggirkan, bahkan tidak mengakui eksistensi kesatuan masyarakat Hukum adat. Dengan demikian negara, baik secara de facto maupun de jure mengakui keberadaan masyarakat adat yang merupakan bagian integral dari Republik Indonesia, yang harus diakui dan di lindungi. Keanekaragaman sistem dan potensi masyarakat adat merupakan kekayaan kebudayaan nasional yang perlu di hargai dan di lindungi baik secara material maupun immaterial.

Masyarakat Hukum adat adalah bagian dari hukum yang berasal dari adat itu adat-istiadat yakni kaidah-kaidah sosial yang dibuat dan pertahankan oleh para fungsionaris hukum (penguasa yang berwibawah) dan berlaku serta dimaksudkan untuk masyarakat Indonesia. Penguasa berwibawah diartikan sebagai kekuasaan dalam interaksi personal atau kelompok-kelompok pada saat tertentu seseorang mampu mempengaruhi atau mengubah perilaku orang lain.⁶ Dalam konteks tradisional kewibawaan adalah penggunaan kekuasaan personalitas yang diakumulasikan melalui peranan masa lampau dan masa kini dari seseorang sebagai mediator, pelindung, pendidik, sumber-sumber nilai dan hirarkhi status sosial dari mereka yang memiliki hubungan kebergantungan yang mapan dengannya.⁷

Di dalam masyarakat hukum adat yang merupakan suatu bentuk kehidupan bersama untuk jangka waktu yang cukup lama, sehingga menghasilkan kebudayaan, ternyata kewibawaan itu ada dan melihat pada struktur-struktur yang secara tradisional diakui untuk

⁶ .Souhaly, Hukum dan Pengelolaan Sumber Daya Alam, Unesa University Press, Anggota IKAPI, hlm.7.

⁷ Soekanto, , Kedudukan dan Peranan Hukum adat Dalam Pembangunan, Majalah Hukum dan Pembangunan No. 5, Tahun, 2002, FH. UI, Jakarta hlm.91.

mengatur tatanan kehidupan masyarakat⁸. Menurut Hazairin, masyarakat hukum adat seperti Desa di Jawa, Marga di Sumatera, Wanua di Sulawesi Selatan, nagari di Minangkabau, kuria di Tapanuli adalah kesatuan kemasyarakatan yang mempunyai kelengkapankelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri yaitu mempunyai kesatuan hukum, kesatuan penguasa, dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan adil bagi semua anggotanya. Bentuk hukum kekeluargaannya (patrilineal, matrilineal atau bilateral) mempengaruhi sistem pemerintahannya terutama berlandaskan atas pertanian, perternakan, perikanan dan pemunggutan hasil hutan dan hasil air ditambah sedikit dengan perburuan binatang liar, pertambangan dan kerajinan tangan. semua anggotanya sama dalam hak dan kewajibannya. Penghidupan mereka berciri komunal dimana gontong Royong-royong, tolong menolong, serasa dan semula mempunyai peran yang besar.

Di Maluku di kenal istilah Negeri yang mempunyai ciri-ciri dan model tidak jauh berbeda dengan apa yang kemukakan oleh Hazairin. Persekutuan masyarakat hukum adat sejak dahulu eksistensinya sangat berpengaruh dalam berbagai aspek, baik pemerintah, ekonomi, pengelolaan dan pengendalian sumber daya alam.⁹

Setelah diamandamenkan UUD 1945 status dan eksistensi kesatuankesatuan masyarakat hukum adat serta hak asal-usul (tradisional) diakui, dihormati serta dilindungi sebagai salah satu bagian dari hak asasi manusia yang kemudian mendapat penegasan dalam UU No 39 tahun 1999 tentang hak Asasi Manusia dan UU No 23 Tahun 2004 tentang pemerintahan Daerah.

Meski sudah mengakui dan menghormati keberadaan masyarakat hukum adat berserta hak ulayatnya secara deklaratif, dan pasal 18B ayat (2) mencantelkan beberapa

⁸ Ibid. Soekanto, hlm.93.

⁹ Ibid. Souhaly, hlm.8.

persyaratan yang harus dipenuhi suatu masyarakat untuk dapat dikategorikan sebagai masyarakat hukum adat beserta hak ulayat yang dapat dinikmati secara aman.

Persyaratan-persyaratan itu secara kumulatif adalah :

- a) Sepanjang masih hidup;
- b) Sesuai dengan Perkembangan masyarakat;
- c) Sesuai dengan Prinsip NKRI, dan
- d) diatur dalam Undang-undang.¹⁰

Beberapa tahun belakang ini, dinamika fungsi dan peran masyarakat hukum adat menjadi kondor dan malah menjadi tak berdaya melingkupi berbagai kebijakan pemerintah yang lebih berorientasi pada pembangunan dan pengembangan ekonomi sehingga mengabaikan prinsip-prinsip dasar dari sebuah persekutuan hukum yang sudah lama mapan.

Hak masyarakat hukum adat atas sumber daya alam atau yang dikenal dengan *Community Based Property Rights* (CBPR) adalah hak yang berasal dari masyarakat yang perlu mendapat pengakuan dari negara. Persoalan pengakuan dari negara ini disebabkan karena pada satu sisi hak masyarakat adat atas sumber daya alam pada umumnya hanya merupakan pengakuan masyarakat adat itu sendiri berdasarkan hukum adat yang berlaku di masing-masing wilayah persekutuan adatnya dan pada sisi yang lain negara sering menggunakan kekuasaannya untuk meniadakan hak-hak masyarakat adat atas sumber daya alam tersebut melalui ketentuan-ketentuan hukum yang dikeluarkan oleh Negara (bandingkan ketentuan pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang mengatur tentang hak menguasai dari negara). Walaupun persoalan pengakuan dari negara terhadap hak-hak masyarakat adat seringkali sulit diperoleh dari negara. namun perjuangan ke arah pengakuan terhadapnya terus di perjuangkan dari waktu ke waktu baik dalam lingkup internasional maupun negara-negara secara nasional.

¹⁰ Jurnal Konstitusi, Fakultas Hukum, Universitas Pattimura, Volume II, No 1 Juni 2010

Draft *United Nations Declaration on the rights of Indig-enous People*, Dokumen PPB No. E/CN.4/Sub 2/1993/29, maupun *Convention on Peoples in independent countries*, Konvensi No. 169 yakni sebagai Konvensi Internasional pertama yang secara khusus mengenai Masyarakat Adat, begitu pula dalam Rio Declaration 1992, *Resolution of World Converstion Strtegy "Caring for the Earth"*, 1991 serta *Reso-lution of 18 th general Assembly of World Convrstation Onion*, IUCN, yang seluruhnya secara eksplisit memberi pengakuan akan adanya masyarakat adat serta hak-hak.¹¹

Demikian juga lembaga-lembaga Internasional lainnya seperti Asian Depelopment Bank misalnya dalam intervensi program-programnya di kawasan pasifik dalam pengembangan program-programnya dikawasan telah memasukkan hak-hak masyarakat adat terhadap sumber daya alam terutama tanah sebagai masalah yang serius dan aktual.¹²

C. Konsep Otonomi Khusus

Negara Indonesia adalah Negara yang menganut Bentuk Negara Kesatuan (Unitary State) namun hal ini akan berbeda ketika kita lihat dalam sistem Pemerintahan Daerah dalam Negara Indonesia telah mengadopsi prinsip-prinsip Federalisme seperti Otonomi Daerah. Ada sebuah kolaborasi yang “unik” berkaitan dengan prinsip kenegaraan di Indonesia. Hal ini dapat dilihat utamanya pasca reformasi.

Negara Indonesia ialah Negara Kesatuan yang berbentuk Republik. Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menunjukkan kepada kita bahwa susunan Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah bersusun tunggal. Artinya tidak ada negara dalam negara, seperti halnya negara federal. Konsekuensi dari pilihan bentuk

¹¹ Titalehu, *Revitalisasi dan Fungsionalisasi Hukum Adat Dalam Pembangunan Nanisional*, Dies Natalis Universitas Pattimura Ambon, hlm.4-5.

¹² *Ibid*, hlm.10.

negara kesatuan ini maka penyelenggaraan pemerintahan pada prinsipnya dilakukan oleh pemerintah pusat.¹³

Mengingat wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang sangat luas dengan beribu-ribu pulau, aneka ragam suku, ras dan budaya sudah dapat dipastikan tidak mungkin segala sesuatunya diatur secara terpusat oleh pemerintah pusat. Oleh karena itu para pendiri negara (*the founding fathers*) Republik Indonesia bersepakat menetapkan Bentuk Negara Kesatuan dengan pembagian daerah Indonesia dibagi atas daerah besar dan kecil, dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang, dengan tetap memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara, dan hak-hak asal-usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa.

Setelah perubahan (amandemen) Undang-Undang Dasar 1945 tahap pertama tahun 1999 sampai dengan tahap yang keempat tahun 2002 yang dilakukan oleh MPR membawa implikasi terhadap perubahan Struktur Ketatanegaraan Indonesia, termasuk di dalam Pasal 18 UUD 1945 mengenai pemerintahan daerah.¹⁴

Dari bunyi Pasal 18 Ayat (5) dan 18 B UUD 1945 di atas jelaslah bagi kita bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah negara yang kekuasaannya dipencar ke daerah-daerah melalui pemberian otonomi atau pemberian wewenang kepada daerah-daerah untuk mengurus dan mengatur rumah tangga sendiri melalui desentralisasi atau dekonsentrasi. Ini berarti bahwa daerah-daerah itu mendapat hak yang datang dari atau diberikan oleh pemerintah pusat berdasarkan undang-undang atau konstitusi. Sedangkan negara federal adalah negara yang terdiri dari negara-negara bagian yang merdeka kedalam, tetapi dengan

¹³ Dasril Radjab, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta : PT. Rineka Cipta, Edisi Revisi, Cet. Kedua, 2005), hlm. 119.

¹⁴ Saldi Isra, *Perubahan Undang-Undang Dasar 1945 dan Implikasinya terhadap sistim Ketatanegaraan Indonesia*, dalam *Jurnal Hukum Respublika* Fakultas Hukum Universitas Lancang Kuning No.3 Vol.2, (Pekanbaru : Oktober 2002), hlm.18.

kedaulatan keluar yang dilakukan sepenuhnya oleh pemerintah pusat (federal) berdasarkan penyerahan kekuasaan yang diberikan oleh negara-negara bagian yang dimuat dalam konstitusi.¹⁵

Jika kekuasaan di dalam negara kesatuan datang dari pusat yang diberikan kepada daerah melalui desentralisasi dan dekonsentrasi maka kekuasaan pusat di negara federasi justru datang dari negara-negara bagian yang bersepakat memberikan kekuasaan kepada pemerintah pusat. Urusan yang kemudian menjadi kekuasaan pusat di negara federasi biasanya meliputi empat hal, yaitu : Moneter, Hubungan luar negeri, Peradilan, dan Pertahanan Keamanan (security).

Perdebatan tentang bentuk negara tetap merupakan sebuah persoalan yang selalu muncul sekalipun hal itu sebenarnya sesuatu yang klasik. Sejak masa transisi dari pemerintahan Orde Baru muncul lagi usulan dari berbagai pihak bahwa bentuk negara yang bersifat “Federasi” merupakan salah satu alternatif yang terbaik agar supaya keutuhan Negara Indonesia dapat dipelihara.¹⁶

Perdebatan tentang pilihan bentuk negara “Federalisme” atau “Kesatuan” bukanlah merupakan harga mati, karena ada kemungkinan untuk memunculkan model lain selain dari kedua pilihan tersebut, misalnya kita tidak perlu terpaku pada bentuk tetapi sebaiknya, kita lebih mengutamakan pada substansinya, sehingga dapat saja sebuah negara berbentuk Kesatuan tetapi substansinya adalah Federasi.

Konsep otonomi daerah sebenarnya lebih mirip sistem dalam Negara Federal, dimana pada umumnya dipahami bahwa dalam sistem Federal, konsep kekuasaan asli atau

¹⁵ Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, (Jakarta : Pustaka LP3ES, Cet. Pertama, 2006), hlm. 222

¹⁶ Syauckani, Affan Gaffar, M. Ryaas Rasyid, *Otonomi Daerah Dalam Negara Kesatuan*, (Yogyakarta : Pustaka pelajar, 2003), hlm. 1.

kekuasaan sisa (residual power) berada di daerah atau bagian, sedangkan dalam sistem Negara Kesatuan (unitary), kekuasaan asli atau kekuasaan sisa itu berada di pusat sehingga terdapat pengalihan kekuasaan pemerintah dari pusat ke daerah padahal dalam Negara Kesatuan idealnya semua kebijakan terdapat di tangan Pemerintahan Pusat.

Penyelenggaraan Otonomi Daerah dilaksanakan dengan memberikan kewenangan yang luas, nyata, dan bertanggung jawab kepada daerah secara proporsional yang diwujudkan dengan pengaturan, pembagian, dan pemanfaatan sumber daya nasional yang berkeadilan. Penyelenggaraan otonomi daerah juga dilaksanakan dengan prinsip-prinsip demokrasi, peran serta masyarakat, pemerataan, keadilan, serta memperhatikan keanekaragaman daerah.

Kebijakan desentralisasi asimetris atau pemberian otonomi khusus kepada suatu daerah bukan sesuatu yang baru di Indonesia. Pola relasi khusus antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah sudah dipraktikkan sejak tahun 1950. Pada waktu itu Pemerintah Pusat memberikan kekhususan berupa daerah “Istimewa” kepada Provinsi Aceh dan Provinsi Yogyakarta, dengan sebutan (Pemerintah Daerah Istimewa). Pertimbangan memberikan status istimewa bagi Aceh dan Yogyakarta adalah terkait dengan faktor historis dan kultural. Pemerintah Pusat juga memberikan status otonomi khusus kepada Provinsi Aceh, Papua dan Papua Barat.

Otonomi khusus Provinsi Papua dan Papua Barat diatur melalui Undang-undang Nomor 21 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Papua. UU ini mengatur kewenangan-kewenangan Provinsi Papua dalam menjalankan Otonomi Khusus. Pemerintahan Daerah Provinsi Papua terdiri atas Dewan Perwakilan Rakyat Papua (DPRP) sebagai badan legislatif, dan Pemerintah Provinsi sebagai badan eksekutif.

Dalam rangka penyelenggaraan Otonomi Khusus Provinsi Papua dibentuk Majelis Rakyat Papua (MRP) yang merupakan representasi kultural orang asli Papua yang memiliki kewenangan tertentu dalam rangka perlindungan hak-hak orang asli Papua, dengan berlandaskan pada penghormatan terhadap adat dan budaya, pemberdayaan perempuan, dan pemantapan kerukunan hidup beragama.

Pemberian status otonomi khusus bagi Aceh di atur berdasarkan Undang Undang Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh (UUPA) yang mencabut UU Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Nanggroe Aceh Darussalam. Undang-Undang Pemerintahan Aceh mengatur beberapa kekhususan, antara lain, terkait dengan Kewenangan Khusus Gubernur Aceh, Dewan Perwakilan Rakyat Aceh/Kabupaten/Kota (DPR/A/K), Partai Politik Lokal, Wali Nanggroe, pengakuan terhadap Lembaga Adat, Syari'at Islam, dan Mahkamah Syar'iyah.

Dalam diktum menimbang dikemukakan bahwa pemerintahan mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang; Aceh merupakan satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa terkait dengan salah satu karakter khas sejarah perjuangan masyarakat Aceh yang memiliki ketahanan dan daya juang tinggi; ketahanan dan daya juang tinggi tersebut bersumber dari pandangan hidup yang berlandaskan syari'at Islam yang melahirkan budaya Islam yang kuat, sehingga Aceh menjadi daerah modal bagi perjuangan dalam merebut dan mempertahankan kemerdekaan Negara Kesatuan Republik Indonesia; penyelenggaraan pemerintahan dan pelaksanaan pembangunan di Aceh belum dapat sepenuhnya mewujudkan kesejahteraan rakyat, keadilan serta pemajuan, pemenuhan, dan perlindungan hak asasi manusia sehingga Pemerintahan Aceh perlu dikembangkan dan

dijalankan berdasarkan prinsip-prinsip pemerintahan yang baik; dan bencana alam gempa bumi dan tsunami yang terjadi di Aceh telah menumbuhkan solidaritas seluruh potensi bangsa Indonesia untuk membangun kembali masyarakat dan wilayah Aceh serta menyelesaikan konflik secara damai, menyeluruh, berkelanjutan, dan bermartabat dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Dari era Orde Lama (ORLA), era Orde Baru (ORBA) hingga sekarang ternyata Negara Kesatuan tidak dapat mewujudkan amanat kemerdekaan sebagaimana yang diharapkan. Bahkan “slogan” persatuan tiap kali dipidatokan oleh presiden Soekarno maupun Jendral Soeharto, kalau kita mau jujur pada diri kita “ternyata juga tidak pernah terwujud” sebagaimana yang seharusnya. Pelbagai pertentangan di antara pihak-pihak kekuatan politik dan massa selalu saja tampil, baik itu setengah terbuka maupun terbuka sama sekali, walau hal ini sering bahkan setiap kali diusahakan untuk ditutup-tutupi.¹⁷

Secara hukum pemerintahan daerah pada era 1945 -1959 dapat dikualifikasikan sebagai hukum yang berkarakter sangat responsif/populistik karena luasnya otonomi yang diberikan kepada daerah. Pada era pemerintah daerah sangat leluasa mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri dibawah azas otonomi nyata seluas-luasnya.¹⁸

Pemberlakuan otonomi daerah yang dimulai sejak tanggal 1 Januari 2001 telah membawa implikasi yang luas dan serius. Otonomi daerah merupakan fenomena politis yang menjadikan penyelenggaraan pemerintahan yang sentralistik-birokratis ke arah desentralistik-partisipatoris. Paradigma baru dalam pelaksanaan otonomi daerah, yang meletakkan otonomi penuh, luas dan bertanggungjawab pada daerah kabupaten dan kota. Perubahan ini

¹⁷ Anhar Gonggong, dalam buku Husnu Abadi, *Mencari Format Otonomi Khusus Buat Provinsi Riau*, (Pekanbaru : UIR Press, 2003), hlm 96.

¹⁸ Syauckani HR dkk, *Otonomi Daerah Negara Kesatuan*, (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, Cet. II, 2003), hlm. 123.

dimaksudkan untuk meningkatkan efektivitas pelayanan masyarakat, menumbuhkan semangat demokratisasi dan pelaksanaan pembangunan daerah secara berkelanjutan, dan lebih jauh diharapkan akan menjamin tercapainya keseimbangan kewenangan dan tanggung jawab antara pusat dan daerah.

Otonomi daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Definisi otonomi daerah menurut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah Pasal 1 Ayat (6) menjelaskan, “Otonomi daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia”.

Dalam hal pemberian otonomi khusus kepada Aceh dan Papua penulis melihat penggunaan bendera sebagai simbol budaya, pembentukan Partai Politik Lokal, Himne (lagu) daerah walaupun itu bukan merupakan ekspresi simbol kedaulatan sebagai negara merdeka, akan tetapi sesuatu hal yang sangat berbahaya terhadap NKRI, dalam pandangan penulis hal ini dapat melemahkan (merenggangkan) NKRI, karena bukan tidak mungkin akan menjadi senjata bagi kedua provinsi tersebut untuk mengibarkan benderanya dengan alasan simbol kebudayaan.

Kebijakan pemberian otonomi khusus yang dikeluarkan oleh pemerintah pusat diberikan kepada dua wilayah yang mengalami krisis integrasi, yaitu Aceh dan Papua. Otonomi khusus adalah suatu kebijakan publik pemerintah untuk menjaga keutuhan bangsa dan negara dari kecenderungan perpecahan atau disintegrasi bangsa, sekaligus merajut tali persatuan dan kesatuan yang lebih kokoh dalam ikatan NKRI. Juga untuk menyelesaikan

penyebab konflik disintegrasi bangsa, mempercepat pembangunan daerah dan memulihkan hubungan antar pusat dan daerah dalam suatu keakraban nasional yang kokoh.

Dalam Undang-Undang Otonomi khusus itu telah mengatur mengenai: 70% dari royalti pertambangan minyak dan gas akan disalurkan kepada wilayah tersebut (yang akan dikaji ulang dalam periode 25 tahun kemudian); pendapatan royalti sebesar 80% dari hutan dan perikanan pendapatan dana yang berasal dari Alokasi Dana Umum Nasional seperti juga yang lainnya dalam otonomi biasa. Pembagian pendapatan ditetapkan 80% bagi Papua dan 20% bagi pemerintah pusat. Pendapatan yang diperoleh dari proyek-proyek di Papua barat khususnya tambang emas dan tembaga Freeport/Rio Tinto.

D. Landasan Teori dan Kerangka Teori

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),¹⁹ seperti yang tergambar dalam karyanya sebagaimana dikutip J.J. Von Schmid yang mengemukakan bahwa²⁰:

Karya utamanya ialah “politea” (Negara). Karya itu memuat pikiran Plato tentang Negara dan hukum yang kemudian dilajutkannya dalam Ahli Negara (Politics) 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.

¹⁹ 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), Politics (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, hlm. 36.

²⁰ J.J. Von Schmid, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara Dan Hukum*. Pejermah. R. Wiratno Djamaluddin Singomangkuto dan Jamadi. Pustaka Sarjana, Jakarta, 1988. hlm. 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 undangundang (*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 literatu 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 NRI 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 NRI 1945. Sehingga menempatkan Pancasila dan UUD NRI 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 NRI 1945, serta Hak Asasi Manusia, kemudian berakhir pula pada tercapainya cita-cita dan tujuan Negara Republik Indonesia sebagaimana yang diamanatkan dalam Pancasila dan UUD NRI 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 bahwa²¹:

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.

²¹ 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; Adanya 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 ²²:

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 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

²² C.F.G. Sunarjati Hartono, *Apakah The Rule Of Law*, Alumni, Bandung, 1976, hlm. 100-101

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 materil 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 materil. Dari kedua sifat tersebut sudah jelas berpengaruh dalam pembentukan UUD NRI 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 tekah 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, yaitu :

- 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,²³ “*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 c) sepanjang sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia dan sepanjang diatur oleh undang-undang.

3. Teori Keadilan

Istilah keadilan (*iustitia*) berasal dari kata “adil” yang berarti: tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, sepatutnya, tidak sewenang-wenang. Dari beberapa definisi dapat disimpulkan bahwa pengertian keadilan adalah semua hal yang berkenan dengan sikap dan tindakan dalam hubungan antar manusia, keadilan berisi sebuah tuntutan agar orang memperlakukan sesamanya sesuai dengan hak dan kewajibannya, perlakukan tersebut tidak pandang bulu atau pilih kasih; melainkan, semua orang diperlakukan sama sesuai dengan hak dan kewajibannya.²⁴

Keadilan menurut Aristoteles adalah kelayakan dalam tindakan manusia. Kelayakan diartikan sebagai titik tengah diantara ke dua ujung ekstern yang terlalu banyak dan terlalu

²³ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legis Prudence), Vol. 1 Pemahaman Awal*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 216-217.

²⁴ <http://www.pengertianahli.com/2014/01/pengertian-keadilan-apa-itu-keadilan.html#>

sedikit. Kedua ujung eksterm itu menyangkut 2 orang atau benda. Bila 2 orang tersebut punya kesamaan dalam ukuran yang telah ditetapkan, maka masing-masing orang harus memperoleh benda atau hasil yang sama. Kalau tidak sama, maka akan terjadi pelanggaran terhadap proporsi tersebut berarti ketidakadilan.

Pembagian Keadilan menurut Aristoteles yaitu :

- 1) *Keadilan Komulatif* adalah perlakuan terhadap seseorang yang tidak melihat jasa yang dilakukannya, yakni setiap orang mendapat haknya.
- 2) *Keadilan Distributif* adalah perlakuan terhadap seseorang sesuai dengan jasanya yang telah dibuat, yakni setiap orang mendapat kapasitas dengan potensi masing-masing.
- 3) *Keadilan Findikatif* adalah perlakuan terhadap seseorang sesuai kelakuannya, yakni sebagai balasan kejahatan yang dilakukan.

Keadilan adalah kondisi kebenaran ideal secara moral mengenai sesuatu hal, baik menyangkut benda atau orang. Menurut John Rawls, filsuf Amerika Serikat yang dianggap salah satu filsuf politik terkemuka abad ke-20, menyatakan bahwa “Keadilan adalah kelebihan (*virtue*) pertama dari institusi sosial, sebagaimana halnya kebenaran pada sistem pemikiran”.

Pada intinya, keadilan adalah meletakkan segala sesuatunya pada tempatnya. Istilah keadilan berasal dari kata adil yang berasal dari bahasa Arab. Kata adil berarti tengah. Adil pada hakikatnya bahwa kita memberikan kepada siapa saja apa yang menjadi haknya. Keadilan berarti tidak berat sebelah, menempatkan sesuatu di tengah-tengah, tidak memihak. Keadilan juga diartikan sebagai suatu keadaan dimana setiap orang baik dalam

kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara memperoleh apa yang menjadi haknya, sehingga dapat melaksanakan kewajibannya.²⁵

Keadilan diuraikan secara mendasar oleh Aristoteles dalam Buku ke-5 buku *Nicomachean Ethics*.²⁶ Untuk mengetahui tentang keadilan dan ketidakadilan harus dibahas tiga hal utama yaitu (1) tindakan apa yang terkait dengan istilah tersebut, (2) apa arti keadilan, dan (3) diantara dua titik ekstrim apakah keadilan itu terletak.

a) Keadilan Dalam Arti Khusus

Keadilan sering diartikan sebagai suatu sikap dan karakter. Sikap dan karakter yang membuat orang melakukan perbuatan dan berharap atas keadilan adalah keadilan, sedangkan sikap dan karakter yang membuat orang bertindak dan berharap ketidakadilan adalah ketidakadilan.

Pembentukan sikap dan karakter berasal dari pengamatan terhadap obyek tertentu yang bersisi ganda. Hal ini bisa berlaku dua dalil, yaitu;

- 1) jika kondisi “baik” diketahui, maka kondisi buruk juga diketahui;
- 2) kondisi “baik” diketahui dari sesuatu yang berada dalam kondisi “baik”

Untuk mengetahui apa itu keadilan dan ketidakadilan dengan jernih, diperlukan pengetahuan yang jernih tentang salah satu sisinya untuk menentukan secara jernih pula sisi yang lain. Jika satu sisi ambigu, maka sisi yang lain juga ambigu.

Secara umum dikatakan bahwa orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak fair (*unfair*), maka orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan *fair*. Karena tindakan memenuhi/mematuhi hukum adalah adil, maka semua tindakan pembuatan

²⁵ <http://refflinsukses.blogspot.com/2013/05/pengertian-keadilan.html>

²⁶ Aristoteles, *Nicomachean Ethics*, translated by W.D. Ross, <http://bocc.ubi.pt/pag/Aristoteles-nicomachaen.html>. Diakses pada tanggal 20 Oktober 2000.

hukum oleh legislatif sesuai dengan aturan yang ada adalah adil. Tujuan pembuatan hukum adalah untuk mencapai kemajuan kebahagiaan masyarakat. Maka, semua tindakan yang cenderung untuk memproduksi dan mempertahankan kebahagiaan masyarakat adalah adil.

Dengan demikian keadilan bisa disamakan dengan nilai-nilai dasar sosial. Keadilan yang lengkap bukan hanya mencapai kebahagiaan untuk diri sendiri, tetapi juga kebahagiaan orang lain. Keadilan yang dimaknai sebagai tindakan pemenuhan kebahagiaan diri sendiri dan orang lain, adalah keadilan sebagai sebuah nilai-nilai. Keadilan dan tata nilai dalam hal ini adalah sama tetapi memiliki esensi yang berbeda. Sebagai hubungan seseorang dengan orang lain adalah keadilan, namun sebagai suatu sikap khusus tanpa kualifikasi adalah nilai. Ketidakadilan dalam hubungan sosial terkait erat dengan keserakahan sebagai ciri utama tindakan yang tidak fair.

b) Keadilan Dalam Arti Khusus

Keadilan dalam arti khusus terkait dengan beberapa pengertian berikut ini, yaitu: Keadilan ini adalah persamaan diantara anggota masyarakat dalam suatu tindakan bersama-sama. Persamaan adalah suatu titik yang terletak diantara “yang lebih” dan “yang kurang” (*intermediate*). Jadi keadilan adalah titik tengah atau suatu persamaan relatif (*arithmetical justice*). Dasar persamaan antara anggota masyarakat sangat tergantung pada sistem yang hidup dalam masyarakat tersebut. Dalam sistem demokrasi, landasan persamaan untuk memperoleh titik tengah adalah kebebasan manusia yang sederajat sejak kelahirannya. Dalam sistem oligarki dasar persamaannya adalah tingkat kesejahteraan atau kehormatan saat kelahiran.

Sedangkan dalam sistem aristokrasi dasar persamaannya adalah keistimewaan (*excellent*). Dasar yang berbeda tersebut menjadikan keadilan lebih pada makna persamaan sebagai proporsi. Ini adalah satu spesies khusus dari keadilan, yaitu titik tengah (*intermediate*) dan proporsi.

Lain halnya dengan Aristoteles, John Rawls yang hidup pada awal abad 21 lebih menekankan pada keadilan sosial.²⁷ Hal ini terkait dengan munculnya pertentangan antara kepentingan individu dan kepentingan negara pada saat itu. Rawls melihat kepentingan utama keadilan adalah (1) jaminan stabilitas hidup manusia, dan (2) keseimbangan antara kehidupan pribadi dan kehidupan bersama.

Rawls mempercayai bahwa struktur masyarakat ideal yang adil adalah struktur dasar masyarakat yang asli dimana hak-hak dasar, kebebasan, kekuasaan, kewibawaan, kesempatan, pendapatan, dan kesejahteraan terpenuhi. Kategori struktur masyarakat ideal ini digunakan untuk:

- 1) menilai apakah institusi-institusi sosial yang ada telah adil atau tidak
- 2) melakukan koreksi atas ketidakadilan sosial.

Rawls berpendapat bahwa yang menyebabkan ketidakadilan adalah situasi sosial sehingga perlu diperiksa kembali mana prinsip-prinsip keadilan yang dapat digunakan untuk membentuk situasi masyarakat yang baik. Koreksi atas ketidakadilan dilakukan dengan cara mengembalikan (*call for redress*) masyarakat pada posisi asli (*people on original position*). Dalam posisi dasar inilah kemudian dibuat persetujuan asli antar (*original agreement*) anggota masyarakat secara sederajat.

Ada tiga syarat supaya manusia dapat sampai pada posisi asli, yaitu:

²⁷ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, Kuala Lumpur, International Law Book Review, 1994, hlm. 278.

- 1) Diandaikan bahwa tidak diketahui, manakah posisi yang akan diraih seorang pribadi tertentu di kemudian hari. Tidak diketahui manakah bakatnya, intelegensinya, kesehatannya, kekayaannya, dan aspek sosial yang lain.
- 2) Diandaikan bahwa prinsip-prinsip keadilan dipilih secara konsisten untuk memegang pilihannya tersebut.
- 3) Diandaikan bahwa tiap-tiap orang suka mengejar kepentingan individu dan baru kemudian kepentingan umum. Ini adalah kecenderungan alami manusia yang harus diperhatikan dalam menemukan prinsip-prinsip keadilan.²⁸

Dalam menciptakan keadilan, prinsip utama yang digunakan adalah:

- 1) Kebebasan yang sama sebesar-besarnya, asalkan tetap menguntungkan semua pihak;
- 2) Prinsip ketidaksamaan yang digunakan untuk keuntungan bagi yang paling lemah.

Prinsip ini merupakan gabungan dari prinsip perbedaan dan persamaan yang adil atas kesempatan. Secara keseluruhan berarti ada tiga prinsip untuk mencari keadilan, yaitu:

- 1) Kebebasan yang sebesar-besarnya sebagai prioritas.
- 2) perbedaan
- 3) persamaan yang adil atas kesempatan.

Asumsi pertama yang digunakan adalah hasrat alami manusia untuk mencapai kepentingannya terlebih dahulu baru kemudian kepentingan umum. Hasrat ini adalah untuk mencapai kebahagiaan yang juga merupakan ukuran pencapaian keadilan. Maka harus ada kebebasan untuk memenuhi kepentingan ini. Namun realitas masyarakat menunjukkan bahwa kebebasan tidak dapat sepenuhnya terwujud karena adanya perbedaan kondisi dalam masyarakat. Perbedaan ini menjadi dasar untuk memberikan keuntungan bagi

²⁸ *Ibid.*

mereka yang lemah. Apabila sudah ada persamaan derajat, maka semua harus memperoleh kesempatan yang sama untuk memenuhi kepentingannya. Walaupun nantinya memunculkan perbedaan, bukan suatu masalah asalkan dicapai berdasarkan kesepakatan dan titik berangkat yang sama.

4. Teori Kesejahteraan

Makna teori *welfare state* adalah negara hukum kesejahteraan yang dijadikan sebagai *Grand Theory* analisis. Hal ini disesuaikan dengan problematika yuridis yang berkolerasi dengan pengembangan konsep serta diskursus tentang hukum kebijakan pelayanan publik. Dalam konsep negara hukum kesejahteraan, bahwa negara mempunyai kewajiban dan menjamin terciptanya kesejahteraan bersama dalam kehidupan masyarakat, baik yang menyangkut kepentingan ekonomi, sosial, budaya, hukum, pendidikan, maupun dalam kepentingan politik. Hal ini tentu sejalan dengan Pembukaan UUD 1945 khususnya alinea IV yang menyebutkan: "...kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Megara Indonesia yang *melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum...*". Dari landasan tersebut menegaskan adanya "kewajiban negara" dan "tugas pemerintah" untuk melindungi dan melayani segenap kepentingan public, guna terwujudnya kebahagiaan seluruh rakyat.

Konsep negara hukum kesejahteraan atau *welfare state* pada dasarnya muncul sebagai antitesa terhadap tipe negara hukum sebelumnya, yaitu konsep negara "penjaga malam" atau "*nachwachterstaat*". Dalam perkembangan negara sebagai "penjaga malam", muncul gejala kapitalisme di ranah perekonomian yang secara perlahan-lahan menyebabkan terjadinya kepincangan dalam pembagian sumber-sumber kemakmuran bersama. Dalam negara hukum kesejahteraan ini mencerminkan bahwa tugas negara atau

pemerintah dalam menyelenggarakan kepentingan umum menjadi sangat luas, kemungkinan melanggar kepentingan rakyat oleh perangkat negara juga menjadi sangat besar²⁹.

Teori negara kesejahteraan merupakan teori yang muncul sebagai tanggapan terhadap teori negara hukum yang tidak mampu membawa masyarakat menuju kemakmuran. Pemikiran tentang negara muncul pertama kali pada zaman Yunani kuno. Socrates (399 SM) berpendapat bahwa negara ideal adalah negara yang hanya terdiri dari para filsuf yang cerdas pandai. Orang yang melakukan kejahatan harus dibunuh sehingga negara menjadi aman dan damai. Plato (427-347 SM), dalam bukunya *Politeia* mengemukakan gagasan tentang negara ideal dan negara real. Negara ideal menjadi acuan bagi negara real. Negara ideal adalah negara yang adil. Negara yang ideal hanya akan dapat tercapai jika masing-masing kelompok dari negara (*sofia*, *andreia* dan *soophrosune*) berbuat sesuai dengan tempat dan tugasnya³⁰. Lebih lanjut, karena begitu sulitnya mewujudkan negara ideal itu dalam tataran empiris, maka Plato mengemukakan gagasan baru tentang bentuk negara empiris yang paling baik, dalam bukunya yang berjudul *Nomoi*. Inti dari gagasan itu adalah negara harus bertujuan membimbing warganya menuju kehidupan yang baik dan sempurna, melalui pembentukan dan penerapan undang-undang dan hukuman bagi yang melanggarnya³¹. Menurut Plato, suatu penyelenggaraan negara yang baik adalah penyelenggaraan negara yang didasarkan pada pengaturan hukum (*Nomoi*). Negara yang baik adalah negara yang berdasarkan hukum (*rechtsstaat*)³².

²⁹ Luthfi J. Kurniawan., dkk., *Perihal Negara, Hukum Dan Kebijakan Publik : Perspektif Politik Kesejahteraan Yang Berbasis Kearifan Lokal, Pro Civil Society dan Gender*, Malang: Setara Press, 2011, hlm.48-50 dan 52.

³⁰ Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius Yogyakarta, Cetakan Keenam 1990, hlm.23

³¹ *Ibid.*, hlm.24

³² Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madina Dan Masa Kini*, Jakarta: Kencana, 2007, hlm.88

Berkaitan dengan konsep tentang negara, muncul beberapa pemikir pada abad pertengahan (abad V-XV) seperti Agustinus, John Salisbury Thomas Aquinas, Ibnu Kaldun. Agustinus (354-450) mengemukakan gagasan tentang *Civitas Dei* (Negara Tuhan) dan *Civitas Terrena* (negara iblis atau negara duniawi). Negara Tuhan adalah negara yang diwakili oleh gereja sementara yang bukan berasal atau yang berada di luar gereja adalah representasi dari negara iblis. John Salisbury (1115-1180), berpendapat bahwa negara pada hakikatnya harus menciptakan perdamaian untuk kepentingan gereja dan menjamin kehidupan rakyat. Rakyat harus menyetujui pengangkatan raja dan raja harus bertindak berdasarkan hukum tertulis dan tak tertulis yang berasal dari Allah. Thomas Aquinas (1225-1275) menyatakan bahwa negara (pemerintahan) yang terbaik adalah yang berbentuk monarki karena hanya diperintah oleh satu orang tetapi akan menjadi bentuk yang paling buruk jika pemerintahannya tidak adil. Kekuasaan tertinggi ada di tangan rakyat, meskipun pemimpinnya adalah seorang raja. Rakyat memiliki hak untuk mengawasi segala tindakan raja dan berhak menurunkannya jika bertindak tidak adil.

Konsep tentang negara pada abad-abad selanjutnya ditandai oleh pendapat Nicolo Machiaveli (1469-1527) tentang Negara Kekuasaan, Thomas Morus (Negara Utopia), Thomas Hobbes (1588-1679) tentang Kontrak Sosial untuk mengatasi persoalan homo homini lupus dan bellum omnium contra omnes, dengan kekuasaan raja yang absolut), John Locke (1632-1704) tentang bentuk negara demokrasi, oligarki dan monarki dan pembagian kekuasaan negara yang meliputi *legislative*, eksekutif dan *federative*, *Montesquieu* (fungsi negara hukum yang terbagi dalam kekuasaan legislatif, yudikatif dan eksekutif), J. J. Rousseau (teori kedaulatan rakyat yakni kontrak sosial yang ditandai

dengan penyerahan kekuasaan dari rakyat selaku individu kepada rakyat sebagai keseluruhan).

Perkembangan pemikiran tentang negara hukum yang diawali oleh Plato, kembali populer pada abad ke-17 sebagai respon kritis terhadap konfigurasi politik dan ekonomi di dunia barat yang didominasi oleh golongan bangsawan. Pemikir yang terkait dengan konsep itu adalah Imanuel Kant, Frederich Julius Stahl, Scheltema dan Dicey.

Immanuel Kant sebagai pemikir aliran *Neoplatonis* menjadikan titik berangkat pergulatan intelektualnya pada konsep negara hukum menurut Plato. Jika Plato menyebut negara hukumnya dengan *nomoi* maka Kant menyebutnya dengan istilah *Nachtwakerstaat/Nachtwacherstaat* (Negara Penjaga Malam). Kant, dengan menyebut istilah itu, bermaksud untuk menggagas suatu bentuk negara hukum yang liberal tanpa dominasi kelompok tertentu sehingga setiap orang dapat dengan aman dan bebas mencari penghidupan dan kehidupan masing-masing yang layak. Peran dari negara dibatasi sekecil mungkin sehingga tugas negara hanya menjamin ketertiban dan keamanan bagi masyarakat dalam menjalankan kebebasan dan kehidupannya.

Konsep *rechtstaat* kedua pemikir ini kemudian dipertegas oleh Scheltema sebagaimana dikutip oleh J. Engels dalam bukunya *De Rechtstaat Herdacht*³³. Scheltema berpendapat bahwa indikasi atau syarat suatu negara hukum adalah terdapatnya unsur kepastian hukum, persamaan, demokrasi dan pemerintahan yang melayani kepentingan umum. Gagasan-gagasan ini kemudian dikenal dengan negara hukum liberal³⁴, yang banyak digunakan dan diterapkan di Eropa Kontinental (agak berbeda dari negara Anglo Saxon).

³³ *Ibid.*, hlm.90.

³⁴ *Ibid.*, hlm.89.

Istilah yang dipakai secara umum oleh negara Anglo-Saxon dalam menyebut negara hukum adalah *rule of law* sebagaimana dikemukakan oleh A. V. Dicey. Tolok ukur dari *rule of law* adalah *supremacy of law*, *equality before the law* dan *the constitution based on individual rights*. Hal itu berarti kedua konsep ini memiliki unsur yang sama sekaligus berbeda. Perbedaan terletak pada karakter *rule of law* yang menonjolkan prinsip *just law*, sementara *rechtstaat* pada peradilan administrasi³⁵. Negara hukum (*rechtstaat dan rule of law*) mendasarkan diri pada kebebasan individu dan persamaan hak di depan hukum serta tegaknya hukum dan keadilan bagi setiap orang, sementara *social legality* dan nomokrasi Islam meskipun mengandung konsep negara hukum, tetap memberikan penekanan yang berbeda.

Prinsip *social legality* lahir untuk mengimbangi prinsip *rule of law* dan *rechtstaat*. *Social legality* melindungi hak perseorangan tetapi harus disalurkan kepada prinsip-prinsip sosialisme. Hukum harus ditempatkan di bawah sosialisme. Nomokrasi Islam mengandung banyak kesamaan dengan *rule of law*, hanya saja dasar filosofis yang dipakai adalah filsafat Islam sebagaimana tertulis di dalam Al-Quran. Nomokrasi berbeda dari Teokrasi. Nomokrasi mengutamakan prinsip egaliter dengan berpedoman pada asas dan kaidah hukum Islam (syariah).

Konsep *nachwacherstaat* yang digagas oleh Kant dan diterapkan di banyak negara, dalam perkembangan pada abad ke-20 dihindangi sejumlah persoalan. *Nachwacherstaat* tidak dapat membawa masyarakat mencapai kemakmuran. Lembaga legislatif tidak mampu lagi membentuk undang-undang, peran eksekutif tidak terlihat dan bahkan menghilang, para pemilik modal makin berkuasa, tenaga manusia telah diganti dengan mesin yang

³⁵ *Ibid.*, hlm.90.

berdampak pada pengangguran. Kondisi ini melahirkan konsep baru tentang negara yang dikenal dengan sebutan *welvaarsstaat/welfare state*.

Welvaarsstaat/welfare state memperluas tanggung jawab negara hingga mencakup masalah-masalah ekonomi yang dihadapi rakyat demi menciptakan kesejahteraan rakyat banyak. Negara mengambil alih peran individu dalam menguasai hal-hal yang menyangkut hajat hidup orang banyak. *Welvaarsstaat* ditandai oleh privatisasi perusahaan-perusahaan besar dengan campur tangan negara pada perusahaan yang menguasai hajat hidup orang banyak, tumbuhnya iklim demokrasi dan hak asasi manusia dijunjung tinggi. *Welvaarsstaat* berusaha membebaskan warga dari ketergantungan pada mekanisme pasar untuk mendapatkan kesejahteraan (demodifikasi) dengan menjadikan hak setiap warga sebagai alasan utama kebijakan negara. Konsekuensinya, negara harus memberlakukan penerapan kebijakan sosial sebagai penganugerahan hak-hak sosial kepada warganya.

Masrur³⁶ menyatakan bahwa: “konsep *welvaarsstaat* mengacu pada peran negara yang aktif dalam mengelola dan mengorganisasikan perekonomian yang di dalamnya mencakup tanggung jawab negara untuk menjamin ketersediaan pelayanan kesejahteraan dasar dalam tingkatan tertentu bagi warganya.” Konsep ini sesungguhnya sejalan dengan prinsip demokrasi ekonomi yang diamanatkan di dalam Pasal 33 UUD 1945. Tujuan dari prinsip demokrasi ekonomi adalah demi menciptakan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat. Dengan demikian apa pun yang menjadi kebijakan dan program negara harus ditujukan terutama demi kepentingan dan kesejahteraan masyarakat.

³⁶ <http://masadmasrur.blog.co.uk/2008/11/27/kewajibannegara-terhadap-kesejahteraan-rakyat-5119802/>

5. Kerangka Pikir

Mengacu pada landasan teori di atas, maka kerangka pikir ini dapat divisualisasikan seperti dibawah ini :

