

## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA DAN LANDASAN TEORI

#### A. Tinjauan Pustaka

Penelitian dan telaah hukum tentang konsep pengembangan pengaturan tentang sistem penguasaan atas tanah bagi perusahaan perkebunan dalam rangka penanaman modal di Indonesia adalah belum banyak dilakukan, utamanya tentang studi politik hukum terhadap pengaturan, pengurusan, dan pengawasan negara terhadap penguasaan atas tanah bagi perusahaan perkebunan dalam rangka penanaman modal di Indonesia.

Namun demikian penelitian lain yang berhubungan dengan pertanahan pernah dilakukan. Misalnya penelitian mengenai perkembangan hak atas tanah di Indonesia yang dilakukan oleh Nurhasan Ismail<sup>43</sup> menyimpulkan realitanya konsep hak menguasai negara atas tanah telah melahirkan berbagai penafsiran yang didalamnya terkandung kepentingan. Berdasarkan hasil penelitiannya Nurhasan Ismail menjelaskan pelaksanaan hak menguasai negara terhadap tanah-tanah yang dikuasai langsung oleh negara terhadap tanah-tanah yang dikuasai langsung oleh negara pada masa orde baru condong pada kepentingan investor pemilik modal dengan alasan peningkatan pertumbuhan ekonomi. Pendekatan ekonomi menimbulkan akses terjadinya ketimpangan dari hak menguasai negara atas tanah.

#### 1. Konsep Hak Menguasai Negara

Penelitian berikutnya mengenai konsepsi Hak Menguasai Negara yang dilakukan oleh Winahyu Erwiningsih<sup>44</sup> adalah telah membahas pelaksanaan pengaturan hak

---

<sup>43</sup> Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum Pertanahan Indonesia: Suatu Pendekatan Ekonomi Politik*, Disertasi Program Pasca Sarjana UGM, Yogyakarta, 2006.

<sup>44</sup> Winahyu Erwiningsih, *Pelaksanaan Hak Menguasai Negara Atas Tanah Menurut UUD 1945*, Disertasi Program Pasca Sarjana Universitas Islam Indonesia, Kreasi Total Media bekerjasama dengan UII-Disertasi Program Pasca Sarjana Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2009.

menguasai negara atas tanah menurut UUD 1945 telah membahas aspek yuridis tentang makna, substansi dan kewenangan negara atas sumber daya alam khususnya tanah, serta penjabarannya dalam pelaksanaan peraturan perundang-undangan yang ada.

Dalam penelitian ini Winahyu Erwiningsih menyimpulkan timbulnya hak menguasai negara berasal dari perwujudan hak dan kewajiban masyarakat atas tanah dalam konteks kehidupan bernegara didasarkan prinsip pola hubungan manusia dengan tanah yang berisi hak dan kewajiban manusia terhadap dirinya dan masyarakatnya secara seimbang untuk menciptakan kesejahteraan hidup secara adil dan merata. Makna dan substansi dari hak menguasai negara atas tanah terjabarkan dalam asas-asas hukum pertanahan Indonesia yang dijiwai pokok-pokok pikiran yang terkandung di dalam pembukaan UUD 1945 yaitu asas penghargaan terhadap hak perseorangan atas tanah, asas keseimbangan hak dan kewajiban, asas permusyawaratan dalam membuat dan melaksanakan kebijaksanaan pemerintah, asas mendahulukan kepentingan umum dan pemanfaatan untuk orang banyak serta asas keadilan sosial.

Konsep pengaturan hak menguasai negara atas tanah yang ideal di masa akan datang ialah: (a) menegaskan hubungan antara hak bangsa dan hak menguasai negara atas tanah, sehingga mampu mendudukan secara proporsional wewenang, tugas dan kewajiban negara, dan (b) menegaskan berlakunya asas-asas dalam penggunaan hak bagi setiap pemilik hak atas tanah, antara lain asas manfaat, memelihara tanah, kepantasan, keseimbangan dan mengutamakan kepentingan umum dalam berhubungan dengan tanah.

## **2. Hukum Pertanahan dan Kepastian Hukum**

Selanjutnya penelitian mengenai hak milik individu dan masyarakat sebagai hak asasi atas tanah dan pemenuhan fungsi sosialnya yang dilakukan oleh Ronalzd Z.

Titahelu<sup>45</sup> menyimpulkan konsep fungsi sosial atas tanah belum terjabarkan secara jelas dalam peraturan perundang-undangan. Hal mana seharusnya menjadi materi muatan dalam suatu peraturan perundang-undangan setingkat undang-undang. Perumusan itu akan dapat dilakukan manakala konsep hak menguasai negara atas tanah secara normatif dapat ditentukan.

Penelitian mengenai kepastian hukum pendaftaran tanah di Indonesia yang dilakukan oleh Irawan Soerojo<sup>46</sup> telah membahas perkembangan sistem pendaftaran tanah yang ada di Indonesia dan beberapa problematikanya, yakni pada masa berlakunya Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1961 tentang Pendaftaran Tanah dan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. Dalam penelitian ini Irawan Soerojo menyimpulkan pada periode Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1961 hingga Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997, telah menunjukkan adanya perkembangan yang berarti terhadap jaminan kepastian hukum yang ada. Adapun beberapa problematika yang ada adalah ketika ada sebuah gugatan terhadap sertifikat hak atas tanah, yakni berkaitan dengan: (a) ketentuan sertifikat hak atas tanah tidak bisa digugat setelah 5 tahun penerbitannya karena dianggap melepaskan hak atau *rechtsverwerking* (Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 adalah menganut Sistem stelsel negatif); (b) permasalahan kompetensi pengadilan yang akan dijadikan tempat penyelesaian sengketa agraria juga telah menimbulkan sebuah ketidakpastian, yakni apakah menjadi kompetensi pengadilan negeri atau pengadilan tata usaha negara; dan (c) dengan adanya beberapa dis-sinkronisasi baik secara vertikal maupun horizontal yang ada pada peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan akhirnya telah menimbulkan sebuah ketidakpastian hukum pertanahan.

---

<sup>45</sup> Ronalzd Z. Titahelu, *Hak Individu Dan Masyarakat Sebagai Hak Asasi Atas Tanah Dan Pemenuhan Fungsi Sosialnya*, Disertasi Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 1993.

<sup>46</sup> Irawan Soerojo, *Kepastian Hukum Pendaftaran Tanah Di Indonesia*, Arkola - Disertasi (Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2003).

Penelitian mengenai metode penyelesaian sengketa atas tanah yang berbasis nilai keadilan yang dilakukan oleh Herlina Ratna Sumbawa Ningrum<sup>47</sup> adalah telah membahas tentang faktor-faktor yang menjadi penyebab terjadinya konflik agraria.

Penelitian tersebut, lebih fokus pada studi konstruksi terhadap metode penyelesaian sengketa atas tanah yang berkeadilan yang ada di Kota Bandar Lampung.

Dalam penelitian tersebut, Herlina Ratna Sumbawa telah menyimpulkan perilaku aparat hukum dalam penyelesaian sengketa atas tanah di Kota Bandar Lampung dilakukan melalui dua cara, yaitu litigasi dan non litigasi. Ada tiga bentuk konstruksi yang relevan untuk ditawarkan; (1) konstruksi cara berpikir penegak hukum yang berkeadilan (penguasaan filsafat atau teori hukum), (2) konstruksi metode penafsiran hukum yang berkeadilan, dan (3) konstruksi etika dalam menjalankan hukum yang berkeadilan.

### **3. Konflik Agraria dalam Perkebunan**

Penelitian mengenai konflik agraria yang terjadi di perkebunan Sumatera Barat yang dilakukan oleh Afrizal.<sup>48</sup> Penelitian ini lebih fokus untuk mengungkapkan peran sentral negara dalam kaitan dengan konflik agraria yang ada di wilayah perkebunan di Sumatera Barat.

Dalam penelitian ini Afrizal menyimpulkan kedudukan negara adalah telah menjadi salah satu faktor penting yang menjadi penyebab timbulnya permasalahan pertanahan yang ada dan solusi atas permasalahan yang ada juga sangat tergantung kepada negara. Penelitian Afrizal ini adalah dilakukan pada Tahun 2005, ketika Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal ini adalah belum

---

<sup>47</sup> Herlina Ratna Sumbawa Ningrum, *Metode Penyelesaian Sengketa Atas Tanah Yang Berbasis Nilai Keadilan*, Disertasi Program Pasca Sarjana Universitas Sultan Agung, Semarang, 2014.

<sup>48</sup> Afrizal, *Konflik Agraria Yang Terjadi Di Perkebunan Sumatera Barat*, Disertasi - Asia Centre of Faculty of Social Sciences Flinders University, Flinders, 2005.

lahir dan di Indonesia pada saat itu masih berlaku undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970 Tentang Perubahan dan Tambahan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing; dan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1970 tentang Perubahan dan Tambahan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri.

## B. Landasan Teori

### 1. Dinamika Perkembangan Konsep Negara Hukum

Perkembangan pemikiran tentang negara hukum secara historis, telah menjadi diskursus sejak zaman Yunani kuno sebagaimana terlihat dalam pandangan para filsuf, ahli hukum, dan ahli politik mengenai negara dan hukum. Sejarah peradaban manusia mencatat bahwa sejak zaman Yunani kuno sampai dengan abad ke-18, muncul pemikir-pemikir besar mengenai negara dan hukum yang gagasannya masih menjadi referensi hingga saat ini, baik dalam bidang ilmu hukum maupun ilmu politik.<sup>49</sup>

Pada zaman Yunani kuno pemikiran mengenai negara hukum dikembangkan oleh para filsuf besar seperti Plato (429-347 s.M) sebagai filsuf awal yang mengawali gagasan mengenai negara dan hukum sebagaimana terlihat dalam tiga karyanya berjudul *Politeia* (Negara) yang dilanjutkan dengan karya berikutnya berjudul *Politikos* (Ahli Negara), dan *Nomoi* (Undang-undang). Dalam karya-karyanya secara umum Plato, antara lain mencoba menggambarkan negara

---

<sup>49</sup> Lihat lebih lanjut sejarah perkembangan dari karya Schmid, J.J. von, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum (Dari Plato sampai Kant)*, Cet. Keenam, Terjemahan oleh R. Wiratno, et al., Jakarta: P.T. Pembangunan, 1988.



yang dicita-citakan yaitu negara yang berdasarkan keadilan. Menurut Plato, keadilan harus memerintah, dan kebaikan seharusnya menjelma dalam negara.<sup>50</sup>

Menurut Aristoteles, dalam merumuskan mengenai gagasan negara hukum masih terkait dengan “*Polis*”. Lebih lanjut Aristoteles menyebutkan bahwa pengertian negara hukum muncul dari “*Polis*” yang mempunyai wilayah negara kecil, seperti kota yang berpenduduk sedikit, tidak seperti negara-negara sekarang ini yang mempunyai negara yang luas dan berpenduduk banyak (*Vlakte Staat*).

Dalam “*Polis*” itu segala urusan negara dilakukan dengan musyawarah yang diikuti seluruh warga negaranya terkait dengan urusan penyelenggaraan negara”.<sup>51</sup>

Negara hukum menurut Aristoteles tersebut, berkaitan erat dengan “keadilan”. Bahkan suatu negara akan disebut sebagai negara hukum apabila suatu keadilan telah tercapai. Konstruksi seperti ini mengarah pada bentuk negara hukum dalam arti “*ethis*” dan sempit karena tujuan negara semata-mata hanya untuk mencapai keadilan. Teori yang mengajarkan mengenai hal tersebut dinamakan Teori *Ethis*. Argumentasinya menurut teori tersebut isi (substansi) hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran *ethis* mengenai apa yang disebut adil dan apa yang disebut tidak adil. Menurut Aristoteles, suatu negara disebutkan baik apabila negara diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum.

Terdapat tiga unsur pemerintahan yang berkonstitusi. *Pertama*, pemerintahan yang dilaksanakan untuk kepentingan umum. *Kedua*, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan pada ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang mengesampingkan konvensi dan konstitusi. *Ketiga*, pemerintahan berkonstitusi berarti pemerintah

---

<sup>50</sup> J. von Schmid, *Op.cit*, hlm 13.

<sup>51</sup> Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Pusat Studi HTN-Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1988, hlm. 153.

yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan berupa paksaan tekanan yang dilaksanakan pemerintahan yang berkuasa. Dalam kaitannya dengan konstitusi, Aristoteles mengemukakan bahwa konstitusi merupakan penyusunan jabatan dalam suatu negara dan menentukan apa yang dimaksudkan dengan badan pemerintahan dan apa akhir dari setiap masyarakat. Selain itu, konstitusi merupakan aturan-aturan dan penguasa harus mengatur negara menurut aturan-aturan tersebut.<sup>52</sup>

Jean Bodin (1530-1596) menganjurkan yang disebut dengan “Absolutisme Raja”. Berdasarkan ajaran tersebut, maka Raja harus mempunyai hak mutlak membuat undang-undang bagi rakyatnya yang diperintah. Kedaulatan itu *puissance absolute* atau kekuasaan mutlak yang terletak di dalam tangan Raja dan tidak dapat dibatasi oleh undang-undang. Karena yang membuat undang-undang itu adalah Raja, maka tidak mungkin pembuatnya diikat oleh buaatannya sendiri. Akan tetapi menurut Jean Bodin menyatakan bahwa Raja harus terikat dengan hukum alam. Lebih lanjut Jean Bodin menyebutkan bahwa kekuasaan yang terpusat “ditangan” negara yang makin lama makin tegas tampak dalam bentuk kekuasaan Raja. Karena itu dapat disimpulkan bahwa dasar pemerintah absolut terletak dalam kedaulatan, atau kekuasaan Raja yang superior.<sup>53</sup>

Pemerintah yang berada “ditangan” Raja yang absolut mendapatkan perlawanan secara konkret ditandai dengan dilaksanakan perjuangan sistem konstitusional yaitu sistem pemerintahan yang berdasarkan konstitusi. Pemerintahan tidak boleh dilakukan menurut kehendak Raja saja, melainkan harus didasarkan pada hukum konstitusi. Menurut John Locke (1632-1704) kekuasaan raja harus dibatasi oleh suatu *leges fundamentalis*. Perjuangan konstitusional yang

---

<sup>52</sup> *Ibid*, hlm. 153

<sup>53</sup> Theo Huijber, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta: Kanisius, 1995, hlm 57

bertujuan membatasi kekuasaan Raja yang absolut banyak dipengaruhi oleh berbagai perkembangan, di antaranya: (1) reformasi; (2) *renaissance*; (3) hukum kodrat; (4) timbulnya kaum *bourgeoisie* beserta aliran pencerahan akal (*Aufklarung*).<sup>54</sup>

Perjuangan gagasan atau pemikiran melawan “Absolutisme Raja” berlanjut terus dengan perjuangan untuk melindungi hak-hak asasi manusia, sejalan dengan berkembang zaman dan tuntutan masyarakat ketika itu, yang dipelopori pemikir-pemikir Inggris dan Perancis. Perlawanan masyarakat terhadap negara (*Monarchi Absolutis*) di Inggris telah lama berjalan (sebelum John Locke menuliskan teorinya tentang negara dan hukum dalam buku *Two treatises of civil government*, tahun 1690) terjelma dalam konflik yang tidak berkesudahan antara *King* and *Parliament*. Dari pertarungan tersebut, yang pada umumnya dimenangkan pihak masyarakat sehingga Raja Absolut pada pemerintahan dengan sistem monarki tidak dapat berkembang. Disisi lain Parlemen secara bertahap, langkah demi langkah membesarkan pengaruhnya. Pada masa itu, kemudian lahir piagam-piagam yang mengakui hak-hak asasi bangsa Inggris, yaitu piagam: *Magna Charta* (1215), *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) dan *Bill of Rights* (1689).<sup>55</sup>

Sementara itu, di Perancis, gerakan *renaissance* dan reformasi berkembang dengan baik dipelopori antara lain Charles Louis de Scondat, Baron de La Brede et de La Montesquieu (1688-1775) dan Jean Jacques Rousseau (1746-1827). Perjuangan hak-hak asasi manusia di Perancis itu memuncak dalam revolusi Perancis pada tahun 1789, ditandai dengan keberhasilan menetapkan hak-hak asasi manusia dalam *Declaration des Droits de l'homme et du Citoyen*, yang

---

<sup>54</sup> *Ibid*, hlm 57

<sup>55</sup> *Ibid*, hlm 87-93



ditetapkan oleh *Assemblée National* Perancis. Pada tahun berikutnya dimasukkan ke dalam *Constitution*. Sebelumnya di Amerika Serikat pada tanggal 4 Juli 1776 sudah dirumuskan dalam *Declaration of Independent*. Dengan adanya perlindungan terhadap hak asasi manusia, maka kekuasaan absolut dari Raja lama kelamaan semakin susut dan bersama-sama dengan itu kebutuhan akan negara hukum makin mantap.<sup>56</sup>

Gagasan mengenai negara dan hukum mencapai titik kulminasinya pada 3 (tiga) abad berikutnya, yaitu abad ke-17 sampai dengan abad ke-19, yang dikenal dengan Zaman Pencerahan (*Enlightenment, Aufklärung*). Pada abad ke-17, pemikir besar mengenai negara dan hukum adalah Immanuel Kant (1724-1804) menggali lagi ide negara hukum yang sudah dikenal di Yunani pada zaman Plato dengan istilah *nomoi*. Dalam pandangan Immanuel Kant negara hukum hanya dimanfaatkan untuk menegakkan keamanan dan ketertihan di masyarakat (*rust en order*) sehingga dikenal dengan istilah Negara Jaga Malam (*Nachtwakerstaat*).

Konsepsi negara hukum menurut Immanuel Kant dalam bukunya *Methaphysiche Anfangsgrunde der Rechtslehre*, antara lain mengemukakan bahwa paham negara hukum dalam arti sempit, yang menempatkan fungsi *recht* pada *staat*, hanya sebagai alat perlindungan hak-hak individual dan kekuasaan negara diartikan secara pasif, yang bertugas sebagai pemelihara ketertiban dan keamanan masyarakat. Paham Immanuel Kant ini terkenal dengan sebutan *nachtwacherstaats* atau *nachtwachterstaats*.<sup>57</sup>

Sementara itu, konsep negara hukum Eropa di tawarkan juga oleh Frederich Julius Stahl, sama halnya dengan Kant, Stahl hanya memperhatikan

---

<sup>56</sup> Theo Huijber, *Op.cit*, hlm 87-93.

<sup>57</sup> M. Tahir Azhary, *Op.cit*, 1992, hlm 73-74

unsur formalnya saja dan mengabaikan unsur materialnya, karena itu konsep negara ini dinamakan konsep negara hukum formal. Stahl berusaha menyempurnakan negara hukum liberal milik Kant dengan memadukan paham liberal JJ. Rousseau dan menyusun negara hukum formal. Lebih lanjut Friedrich Julius Stahl mengemukakan empat unsur *rechtsstaats* dalam arti klasik, yaitu:<sup>58</sup>

- a. Hak-hak asasi manusia;
- b. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu (di negara-negara Eropa Kontinental biasanya disebut *trias politica*);
- c. Pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*); dan
- d. Peradilan administrasi dalam perselisihan.

Berbeda dengan konsepsi negara hukum klasik versi Kant dan Stahl, negara kesejahteraan atau negara hukum modern mengutamakan kepentingan seluruh masyarakat. Paham negara hukum ini berkembang di Eropa Barat pada akhir abad ke-19 dan awal abad ke-20. Lingkup tugas negara (baca: pemerintah) dalam suatu negara hukum modern sangat luas karena lebih mengutamakan kepentingan seluruh masyarakat. Pemerintah dalam suatu negara hukum modern bertugas menjaga keamanan dalam arti seluas-luasnya, yaitu keamanan sosial di semua bidang kehidupan masyarakat. Implikasi dari keadaan ini adalah, tidak ada pemisahan antara negara dan masyarakat.<sup>59</sup>

Konsepsi negara hukum modern, pemerintah diberi tugas untuk membangun kesejahteraan masyarakat dalam berbagai bidang kehidupan. Peran negara sangat besar dan luas dalam kehidupan masyarakat atau kepentingan umum, seperti: kesehatan, pendidikan, pekerjaan, dan perumahan. Bahkan, dalam

---

<sup>58</sup> Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Cet. X, Jakarta: Gramedia, 1986, hlm. 57-58

<sup>59</sup> E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Tjetakan Kelima, Jakarta: Balai Buku Ichtiar, 1962, hlm. 19

rangka penyelenggaraan kesejahteraan masyarakat umum, pemerintah diberi “*freies ermessen*” atau “*pouvoir discretionnaire*,” yaitu kebebasan yang dimiliki pemerintah untuk turut serta dalam kehidupan sosial dan keleluasaan untuk tidak selalu terikat pada peraturan perundang-undangan yang telah dibuat oleh lembaga-lembaga kenegaraan yang disertai fungsi legislatif.<sup>60</sup> Hal inilah yang merupakan hakikat atau makna negara hukum kesejahteraan (*welfare state*) atau negara hukum material.

Sementara itu, konsep negara hukum di negara-negara Anglo Saxon sering disebut dengan *rule of law*. Paham *the rule of law* menurut Albert Venn Dicey mempunyai tiga arti atau dapat dilihat dari tiga sudut yang berbeda yang dapat diketahui dari pernyataan berikut ini:

*“It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. It means, again, equality before the law, or equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts; lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individual, as defined and enforced by the courts”;*<sup>61</sup>

(Itu berarti, pertama-tama, supremasi absolut atau dominasi hukum reguler yang bertentangan dengan pengaruh kekuasaan sewenang-wenang, dan mengecualikan keberadaan kesewenang-wenangan, hak prerogatif, atau bahkan kewenangan diskresi luas di pihak pemerintah. Itu berarti, sekali lagi, persamaan di depan hukum, atau penundukan yang setara dari semua kelas terhadap hukum biasa dari tanah yang dikelola oleh pengadilan hukum biasa; terakhir, dapat digunakan sebagai formula untuk mengungkapkan fakta bahwa bersama kami hukum konstitusi, aturan-aturan yang di negara-negara asing secara alami merupakan

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, hlm. 22.

<sup>61</sup> A.V Dicey, *Introduction To The Study of The Law of The Constitution*, London: Macmillan Press, 1971, hlm. 202-203.

*bagian dari kode konstitusional, bukan sumbernya tetapi konsekuensi dari hak-hak individu, sebagaimana didefinisikan dan ditegakkan oleh pengadilan)*

Merujuk pernyataan di atas, menurut A.V Dicey bahwa istilah *rule of law* dapat berarti hukum mempunyai supremasi atau keutamaan yang mutlak, setiap semua orang mempunyai kedudukan yang sama di hadapan hukum, dan dapat digunakan sebagai formula untuk menunjukkan fakta bahwa hukum konstitusi di Inggris bukan merupakan sumber melainkan konsekuensi dari hak-hak individu. Dengan demikian unsur-unsur *rule of law* yang dikemukakan A.V Dicey menurut Miriam Budiardjo mencakup hal-hal sebagai berikut<sup>62</sup>:

- a. Supremasi aturan-aturan hukum (*supremacy of the law*); tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam arti bahwa seseorang hanya boleh dihukum kalau melanggar hukum;
- b. Kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (*equality before the law*). Dalil ini berlaku baik untuk orang biasa, maupun untuk pejabat; dan
- c. Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang (di negara lain oleh Undang-Undang Dasar) serta keputusan-keputusan pengadilan.

Konsep *the rule of law* yang dikemukakan oleh Albert Van Dicey pada tahun 1885 sudah mengalami perubahan sepanjang perjalanannya. Konsep ini dipandang dapat disalah tafsirkan, karena *rule of law* dapat pula diartikan sebagai hukum yang baik berdiri di atas penguasa yang baik dan di hormati oleh penguasa dan dapat juga diartikan sebagai hukum yang buruk dibuat secara sewenang-wenang dan dilaksanakan secara sewenang-wenang pula oleh seorang tirani.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Miriam Budiardjo, *Op. Cit*, hlm. 58.

<sup>63</sup> M. Tahir. Azhary, *Op.Cit*, hlm. 42.

Wade dan Philips dalam penelitiannya yang dimuat dalam *Constitutional Law*, memaparkan bahwa konsep *rule of law* yang dilaksanakan pada tahun 1955 sudah berbeda dibandingkan dengan waktu awalnya. Mengenai unsur pertama dalam konsep *rule of law* yaitu supremasi hukum, sampai hari ini masih menjadi unsur terpenting dalam konstitusi Inggris. Meskipun ada kelompok yang taat pada hukum yang khusus bagi kelompoknya yang oleh pengadilan diadili secara khusus pula, seperti kelompok militer yang berada di dalam yuridiksi pengadilan militer, kelompok gereja yang diadili oleh pengadilan gereja. Disamping itu, meskipun supremasi hukum masih merupakan unsur esensial, namun negara turut campur dalam berbagai bidang individual warga negara. Karena itu dengan syarat kepentingan umum, negara atau pemerintah dapat mengambil tindakan yang tidak mungkin dapat dibayangkan terlebih dahulu. Tindakan ini sudah barang tentu didasarkan pada apa yang disebut dengan *freies ermessen*. Hal ini tentunya mengurangi kadar supremasi hukum. Mengenai unsur kedua, yaitu kesamaan dihadapan hukum. Hal ini tidaklah berarti bahwa kekuasaan warga negara dapat disamakan dengan kekuasaan pejabat negara. Pemberian kekuasaan khusus kepada pejabat negara untuk melaksanakan tugas kenegaraan dianggap tidak melanggar *rule of law*. Selain itu ada pula yang merupakan pengecualian, diantaranya; (a) hak imunitas bagi raja, (b). wakil negara asing juga memiliki hak kekebalan. (c). persatuan dagang dapat mengatur sendiri urusannya kedalam, dan (d). adanya kekuasaan arbitrase. Hal diatas dianggap oleh sebagian ahli adalah mengurangi makna dari *equality before the law*. Selain kedua sarjana tersebut, pada tahun 1976, Roberto Mangabeira, menulis karya *Law in Modern Society* yang menyebutkan, pertama bahwa dewasa ini terjadi meluasnya arti “kepentingan umum”, seperti pengawasan terhadap kontrak-kontrak yang curang,



penimbunan barang, monopoli. Hal itu menunjukkan bahwa campur tangan pemerintah menjadi lebih luas. *Kedua*, adanya peralihan dari gaya formalitas dari *rule of law* ke orientasi *procedural* yang substantif dari keadilan. Hal ini terjadi dikarenakan dinamika negara kesejahteraan (*the welfare state*). Hal terakhir ini biasanya disebut *due proses of law*. Negara Inggris lebih mengutamakan bagaimana caranya agar keadilan benar-benar dinikmati oleh warganya.<sup>64</sup>

Penyerapan pemikiran hukum liberal, yang dipelopori Hayek, untuk menafsirkan kembali gagasan negara hukum - *the rule of law*, sebagai paradigma pembaruan hukum juga mendapatkan kritik dari Roberto Unger, seorang pelopor gerakan studi hukum kritis - *critical legal studies* di Amerika. Menurut Unger, *the rule of law* yang selama ini dikembangkan sebagai catatan konsep ini telah dikembangkan semenjak tahun 1965 seluruhnya adalah pesanan dari kaum liberal dan hanya cocok untuk masyarakat liberal. Secara dogmatis, *the rule of law* dimaksudkan menjadi sebuah alat dan kekuatan untuk mencapai negara kesejahteraan, sebagaimana menjadi tujuan dan karakteristik dari pemikiran Hayek. Namun dalam penerapannya, *the rule of law* - dalam pengertian mereka, adalah sebuah instrumen sekaligus mekanisme untuk mempertahankan hirarki - dominasi, eksploitasi, dan penghancuran terhadap masyarakat pra-kapitalis. Unger berpendapat bahwa *the rule of law* yang demikian dipastikan akan mati di tengah jalan, tidak memiliki kesinambungan. Diitegaskannya, bahwa sistem tersebut tidak pernah nyata - *it never was real*.<sup>65</sup>

Melalui pemikirannya Ronald Dworkin, penganut aliran pragmatisme Amerika, juga mengkritik konsep *the rule of law* yang diabsorpsi oleh para pemikir

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, hlm. 43

<sup>65</sup> Roberto M. Unger, *Law and Modern Society*, New York: Free Press, 1976, hlm 52-57 dalam Wahyudi Djafar, *Menegaskan Kembali Komitmen Negara Hukum: Sebuah Catatan Atas Kecenderungan Defisit Negara Hukum di Indonesia*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 5 Oktober 2010, hlm 162-163.

liberal. Menurut Dworkin, situasi yang mengharuskan hakim terbebas sama-sekali dari pertimbangan-pertimbangan yang sifatnya politis, adalah tidak tepat. Dijelaskannya lebih lanjut, bahwa pengadilan adalah mekanisme klaim kepuasan atas *the rule of law* dengan mempertemukan kebutuhan demokrasi demi suatu peradilan yang objektif dan kebutuhan umum kesetaraan politik. Menurut Dworkin, hakim adalah sepenuhnya bertanggungjawab pada demokrasi di bawah *the rule of law*, mereka harus membuat keputusan politik, yang tidak bersifat personal dan partisan. Menurutnya, hakim sendiri adalah aktor politik yang memiliki kekuasaan dan dibatasi melalui sistem hukum.<sup>66</sup>

Berangkat dari embrio pemikiran para penggagas negara hukum, seperti John Lock dan Montesquieu, Brian Tamanaha mencoba melakukan terobosan dengan memformulasikan sebuah alternatif baru teori negara hukum - *the rule of law*. Dia menawarkan pemisahan konsep *the rule of law* ke dalam dua kategori dasar, formal dan substantive, yang keduanya masing-masing memiliki tiga cabang atau format yang berbeda-beda. Berikut alternatif formulasi yang dikemukakan Tamanaha.<sup>67</sup>

Tabel 2.1  
*Alternative Rule of Law Formulations*

	Thinner	To	Thicker
<b>Formal Version</b>	<i>Rule-by-Law</i>	<i>Formal Legality</i>	<i>Democracy+Legality</i>
	<i>Law as instrument of government action</i>	<i>General prospective, clear, certail</i>	<i>Consent determines content of law</i>

<sup>66</sup> Ronald Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law, A Matter of Principle*, Cambridge: Haevard University Press 1985, hlm 31 dalam Wahyudi Djafar, *Menegaskan Kembali Komitmen Negara Hukum: Sebuah Catatan Atas Kecenderungan Defisit Negara Hukum di Indonesia*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 5 Oktober 2010, hlm 161.

<sup>67</sup> Brian Z. Tamanaha, *On The Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, hlm 91 dalam Wahyudi Djafar, *Menegaskan Kembali Komitmen Negara Hukum: Sebuah Catatan Atas Kecenderungan Defisit Negara Hukum di Indonesia*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 5 Oktober 2010, hlm 163.

<i>Substantive Versions</i>	<i>Individual Rights</i>	<i>Right of Dignity and/or justice</i>	<i>Social Welfare</i>
	<i>Property, contract, privacy, autonomy</i>		<i>Substantive equality, welfare, preservation of community</i>

Sumber: Brian Z. Tamanaha, *On The Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, hlm 92-103 dalam Wahyudi Djafar, *Menegaskan Kembali Komitmen Negara Hukum: Sebuah Catatan Atas Kecenderungan Defisit Negara Hukum di Indonesia*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 5 Oktober 2010, hlm 162.

Dari formulasi di atas, Tamanaha berpendapat bahwa prinsip negara hukum - *the rule of law*, sedikitnya memiliki enam bentuk, yaitu meliputi:<sup>68</sup>

Tabel 2.2.  
Bentuk-Bentuk Negara Hukum

No.	Bentuk	Keterangan
1	<i>Rule by Law</i>	Hukum hanya difungsikan sebagai instrumen dalam penyelenggaraan pemerintahan. Hukum hanya dimaknai dan difungsikan sebagai instrumen kekuasaan belaka. Derajat kepastian dan prediktibilitasnya sangat tinggi, sehingga sangat disukai oleh para pelaku kekuasaan, baik kekuasaan politik maupun ekonomi <i>The Rule of Law</i> dalam tafsir kaum liberal.
2	<i>Formal Legality</i>	Dalam bentuk ini negara hukum dicirikan memiliki beberapa sifat yang meliputi: prinsip prospektivitas dan tak boleh retroaktif, berlaku umum mengikat semua orang, jelas, publik, dan relatif stabil. Dalam pengertian ini preditibilitas hukum sangat diutamakan.
3	<i>Democracy and Legality</i>	Demokrasi yang dinamis diimbangi oleh hukum yang menjamin kepastian hukum. Namun demikian, sebagai <i>a procedural mode of legitimation</i> , demokrasi juga mengandung keterbatasan-keterbatasan yang serupa dengan formal legality, sehingga bisa juga memunculkan praktik-praktik buruk kekuasaan otoritarian.
4	<i>Individual Rights</i>	Adanya jaminan dan perlindungan terhadap hak milik, kontrak pribadi, dan otonomi seseorang.
5	<i>Right of Dignity</i>	Jaminan terhadap martabat seseorang, termasuk jaminan atas hak atas keadilan.
6	<i>Social Welfare</i>	Persamaan yang sifatnya mendasar dan hakiki, jaminan kesejahteraan, dan terjaganya – terpeliharanya seseorang dalam komunitasnya.

Sumber: Brian Z. Tamanaha, *On The Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, hlm 92-103 dalam Wahyudi Djafar, *Menegaskan Kembali Komitmen Negara Hukum: Sebuah Catatan Atas Kecenderungan Defisit Negara Hukum di Indonesia*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 5 Oktober 2010, hlm 162.

<sup>68</sup> *Ibid*, hlm 163

Konsep *socialist legality* suatu konsep negara hukum yang dianut oleh negara-negara sosialis-komunis. Dimaksudkan untuk mengimbangi konsep negara hukum barat dalam perebutan hegemoni antara negara-negara barat dan negara-negara sosialis-komunis. Kemunculannya tidak terlepas dari nuansa politis dalam konteks hubungan internasional yang tampak dalam penyelenggaraan *Warsawa Collegium* pada tahun 1958 yang dihadiri oleh sarjana-sarjana dari negara-negara sosialis.<sup>69</sup>

*Socialist legality* menempatkan hukum dibawah sosialisme. Hukum adalah alat untuk mencapai sosialisme. *Socialist legality* memberikan jaminan hak-hak dan kebebasan politik para warga negara, melindungi pekerja, perumahan dan hak-hak serta kepentingan jasmani perseorangan, dan kehidupan, kesehatan, kemuliaan dan reputasi mereka, hal ini dapat dilihat pada Undang-undang Dasar Uni Soviet (USSR). Ketentuan ini dapat dilihat dari ketentuan yang terdapat dalam berbagai pasal USSR yang memuat hal tersebut sebagai contoh ketentuan yang tercantum dalam Pasal 34 USSR, yang menjamin persamaan warga negara didepan hukum, Pasal 36 USSR mengakui keberadaan ras, bangsa dan suku dan pengakuan tersebut ditandai dengan tidak adanya diskriminasi. Pasal 39 USSR mengenai hak-hak asasi warga dijamin dengan undang-undang dasar. Pasal 48 USSR menjamin hak-hak politik dan sosial warga, seperti, hak memilih dan dipilih, hak ikut serta dalam pelaksanaan dan control politik terhadap pemerintah dan sebagainya. Dan masih banyak lagi kalau kita mencermati perlindungan hak-hak asasi manusia dalam Undang-Undang Uni Soviet ini.<sup>70</sup>

Hanya saja dalam pelaksanaannya, terjadi ketimpangan, yang terjadi bukannya penegakan hak asasi manusia tetapi merupakan pereduksian hak asasi

---

<sup>69</sup> Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, 1980, hlm. 18

<sup>70</sup> *Ibid.* hlm. 61

tersebut. Misalnya, tidak diizinkan masyarakat untuk terlibat politik secara individual. Pengakuan hak politik warga terletak pada kelompok-kelompok social. Pengakuan hak individu tidak menjadi nomor satu, bahkan dalam negara hukum ini tidak adanya pengakuan terhadap hak milik pribadi. Begitu juga dengan kebebasan memeluk agama dan upacara sembahyang, disamakan dengan kesejajaran dengan propaganda anti agama (ateis). Hukum dan peradilan hanya menjadi alat bagi kaum komunis untuk mengamankan eksistensi partai komunis. Meskipun dalam undang-undang USSR hakim-hakim ditentukan oleh presidium USSR.

Karakteristik yang nampak dalam konsep ini adalah *pertama*, didasarkan pada nilai-nilai sosial paguyuban. *Kedua*, hak-hak individu dikesampingkan guna kepentingan sosial-komunal, sekalipun masih patut mendapat perlindungan namun tujuan utamanya adalah kepentingan sosial-komunal. Seperti pendapat Jaroszinky sebagaimana dikutip Oemar Seno Adji, yang menyatakan bahwa “Hak perseorangan dapat disalurkan kepada prinsip-prinsip sosialisme, meskipun hak tersebut patut mendapat perlindungan”. *Ketiga*, negara tidak hanya sekuler, yakni memisahkan urusan keagamaan dengan urusan kenegaraan, namun negara dalam konsep ini tidak mengenal adanya agama.<sup>71</sup>

Persamaan *socialist legality* dengan *rule of law* terletak pada adanya pengakuan hukum, hakim yang bebas dan impartial dan prinsip legality. Sedangkan perbedaannya terletak pada fokus pembatasannya yaitu terhadap orang/pejabat/lembaga negara untuk melindungi hak individual (*rule of law*), sedangkan *socialist legality* letak fokus pembatasannya terhadap hak individual dan orang/pejabat/lembaga negara. Dalam *rule of law*, prinsip-prinsip, lembaga-

---

<sup>71</sup> Muhammad Tahrir Azyhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-Unsurnya*, Jakarta:Universitas Indonesia Press,1995, hlm. 91-92.



lembaga dan prosesnya dipandang lebih penting untuk melindungi individu dari tindakan pemerintah yang sewenang-wenang. Sedangkan *Socialist Legality* lebih menekankan pada adanya realisasi dari sosialisme dan hukum sebagai alat untuk mencapai sosialisme di atas hukum.<sup>72</sup>

Konsep Nomokrasi Islam adalah suatu konsep negara hukum yang dianut oleh negara-negara Islam. Titik perbedaan konsep nomokrasi Islam dengan konsep negara hukum yang lainnya adalah dengan didasarkan pada asas-asas dan kaidah-kaidah hukum Islam (syar'iah) yang bersumber dari Al-Quran, Al-Hadits (Sunnah), dan ra'yu dalam seluruh kehidupan berbangsa dan bernegara. Konsep Nomokrasi Islam memberikan kebebasan kepada individu dengan didasarkan pada syar'iah yang berlaku yakni dengan memandang aspek *hablum minnallah* dan aspek *hablum minnannas*.<sup>73</sup>

Penyelenggaraan negara Nomokrasi Islam didasarkan pada prinsip-prinsip yang terdapat pada Al-Qur'an dan Al-Hadits, setidaknya terdapat sembilan prinsip penyelenggaraan negara nomokrasi Islam, yakni: (1) prinsip kekuasaan sebagai amanah, (2) prinsip musyawarah, (3) prinsip keadilan, (4) prinsip persamaan, (5) prinsip pengakuan dan perlindungan HAM, (6) prinsip peradilan bebas, (7) prinsip perdamaian, (8) prinsip kesejahteraan, (9) prinsip ketaatan rakyat.<sup>74</sup>

Nomokrasi Islam memiliki beberapa prinsip umum yang meliputi; prinsip kekuasaan sebagai amanah, prinsip keadilan, prinsip persamaan, prinsip

---

<sup>72</sup> *Ibid*, hlm. 91-92.

<sup>73</sup> *Ibid*, hlm. 91-92.

<sup>74</sup> *Ibid*, hlm. 91-92.

pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia, prinsip peradilan bebas, prinsip perdamaian, prinsip kesejahteraan dan prinsip ketaatan rakyat.<sup>75</sup>

Perbedaan utama konsep Nomokrasi Islam dengan konsep teokrasi adalah dalam Nomokrasi Islam para penguasa negara ialah orang biasa yang bukan merupakan lembaga kekuasaan rohani, dengan suatu ciri yang menonjol adalah sifatnya yang egaliter yang berarti adanya kesamaan hak antar warga negara baik penduduk biasa maupun alim agama, serta baik penduduk beragama Islam maupun yang tidak beragama Islam.<sup>76</sup>

Berbeda dengan konsep negara hukum lainnya, nomokrasi Islam lebih menekankan adanya keseimbangan antara hak individu dengan hak komunal. Prinsip-prinsip tersebut tercantum dalam al-Qur'an dan dijabarkan dalam sunnah Rasulullah.<sup>77</sup>

Berdasarkan pemaparan konsep negara hukum di atas, dapat ditarik benang merah bahwa latar belakang sejarah dan konsep nilai yang dianut suatu bangsa akan berpengaruh terhadap tipikal negara hukum yang dipilih. Kenyataan ini dipertegas dalam "*A report of International Congress of Jurist*" yang menyebutkan bahwa "prinsip, institusi, dan prosedur", tidak selalu identik, tetapi secara luas serupa. Tradisi dari negara-negara di dunia berlainan, sering mempunyai latar belakang dan struktur politik dan ekonomi yang bervariasi, telah terbukti penting untuk melindungi individu dari pemerintah yang sewenangwenang, dan memungkinkannya untuk menikmati harkat martabat manusia. Dalam melindungi harkat dan martabat manusia dari kesewenangwenangan pemerintah,

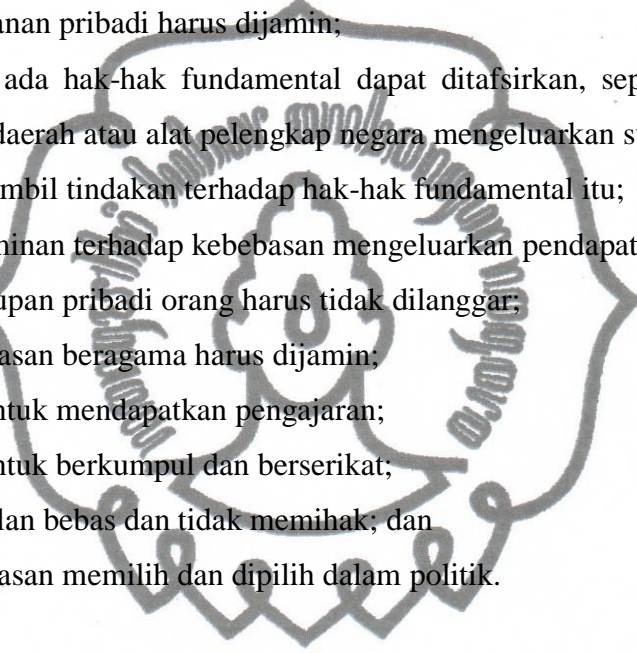
---

<sup>75</sup> *Ibid.*, hlm. 64

<sup>76</sup> *Ibid.*, hlm. 91-92.

<sup>77</sup> M. Tahir Azhari, Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini*, Cetakan keempat, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 1992., hlm. 65.

dimungkinkan adanya perbedaan baik pada asas, kelembagaan, maupun pelaksanaannya. Hal tersebut sangat erat hubungannya dengan perjalanan dan kultur setiap bangsa yang bersangkutan. Hal ini merupakan penegasan lebih lanjut dari keputusan *International Commission of Jurist* tahun 1955 yang diadakan di Atena. Dalam hal ini ditetapkan standar minimal unsur-unsur negara hukum, yaitu:<sup>78</sup>

- 
- a. Keamanan pribadi harus dijamin;
  - b. Tidak ada hak-hak fundamental dapat ditafsirkan, seperti memungkinkan suatu daerah atau alat pelengkap negara mengeluarkan suatu peraturan untuk mengambil tindakan terhadap hak-hak fundamental itu;
  - c. Penjaminan terhadap kebebasan mengeluarkan pendapat;
  - d. Kehidupan pribadi orang harus tidak dilanggar;
  - e. Kebebasan beragama harus dijamin;
  - f. Hak untuk mendapatkan pendidikan;
  - g. Hak untuk berkumpul dan berserikat;
  - h. Peradilan bebas dan tidak memihak; dan
  - i. Kebebasan memilih dan dipilih dalam politik.

## 2. Negara Hukum Pancasila

Terminologi “Negara Hukum” terjemahan dari *rechtsstaat*. Menurut M.Yamin, Indonesia merupakan negara hukum (*rechtsstaat*, *government of law*) tempat keadilan yang tertulis berlaku, bukan negara kekuasaan (*machtsstaat*) tempat senjata dan kekuatan pemerintah yang memerintah dengan sewenang-wenang.<sup>79</sup>

Namun terdapat pendapat yang tidak setuju dengan istilah negara hukum diterjemahkan dengan *rechtsstaat* atau *rule of law* salah satunya Philipus M Hadjon. Menurut Philipus M Hadjon, istilah negara hukum diterjemahkan

---

<sup>78</sup> Sri Soemantri, *Tentang Lembaga-Lembaga Negara Menurut UUD 1945*, Alumni, Bandung, hlm.13 .

<sup>79</sup> M.Thahir Azhary, *Op.Cit.*, hlm. 31

*rechtsstaat* atau *rule of law* tidak tepat terlebih apabila dikaitkan dengan konsep mengenai pengakuan dan harkat martabat manusia, dan berdasarkan latar belakang dan sistem hukum yang menjadi dasar istilah *rechtsstaat* atau *rule of law*.<sup>80</sup> Lebih lanjut Hadjon menjelaskan bahwa konsep *rechtsstaat* bertumpu atas dasar sistem hukum kontinental atau yang biasa disebut dengan *civil law* atau *modern roman law*. Adapun konsep *rule of law* bertumpu pada sistem hukum *common law*. Karakter *civil law* adalah *administratif*, sedangkan karakter dari sistem hukum *common law* adalah *judicial*.<sup>81</sup>

Terminologi atau istilah negara hukum di Indonesia, dikontekskan dengan Pancasila sebagai filosofis dasar bernegara dan berbangsa yang sesuai dengan budaya, sejarah, dan nilai-nilai yang hidup dalam bangsa dan negara Indonesia. Menurut Arief Sidharta, istilah negara hukum Pancasila didefinisikan sebagai “Negara Hukum Demokratis Kesejahteraan” yang merupakan penyempurnaan konsepsi “negara kesejahteraan” dengan menggabungkan pada konsepsi “negara hukum” dan “negara hukum demokratis”.<sup>82</sup>

Negara hukum dalam istilah di atas, sejalan dengan yang disampaikan dalam sebuah simposium di Universitas Indonesia tahun 1966. Hasil Simposium tersebut menyimpulkan bahwa negara Indonesia menurut UUD 1945 sebagai Negara Hukum Pancasila, yang harus memenuhi kriteria dari konsep negara hukum pada umumnya (yaitu ditopang oleh pengakuan dan perlindungan HAM, peradilan yang bebas dan tidak memihak, serta asas legalitas dalam arti formal maupun material), dan diwarnai oleh aspirasi ke-Indonesiaan yaitu lima nilai fundamental dari Pancasila.

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Jakarta, 1987, hlm. 72

<sup>82</sup> B. Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Op. Cit, hlm. 49.

Merujuk pada uraian di atas, konsep Negara Hukum Pancasila merupakan model konsep negara hukum yang mempunyai ciri khas Indonesia, yaitu berparadigma Pancasila yang tidak bisa dipisahkan dari Pancasila sebagai ideologi atau jalan hidup berbangsa dan bernegara yang secara yuridis-konstitusional sudah diterima sebagai filsafat dan ideologi negara, yang tercantum dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945 yang berbunyi:

*...dengan berdasar pada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan Yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.*

Tujuan Negara Hukum Pancasila untuk menyejahterakan seluruh masyarakat (kepentingan umum). Kesejahteraan ini sering dipahami sebagai masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila. Dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945, dirumuskan unsur-unsur dari masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila secara dinamis dan tidak bersifat utopistis. Unsur-unsur masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila meliputi:<sup>83</sup>

- a. melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah (wilayah);
- b. memajukan kesejahteraan umum;
- c. mencerdaskan kehidupan bangsa; dan
- d. ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan perdamaian abadi, kemerdekaan, dan keadilan sosial.

Pancasila yang apabila dilihat dari ajaran *stufenbau des recht* merupakan *grundnorm* atau norma dasar yang merupakan dasar filosofis yang mempengaruhi kehidupan berhukum dan bernegara secara luas mampu memberikan jawaban

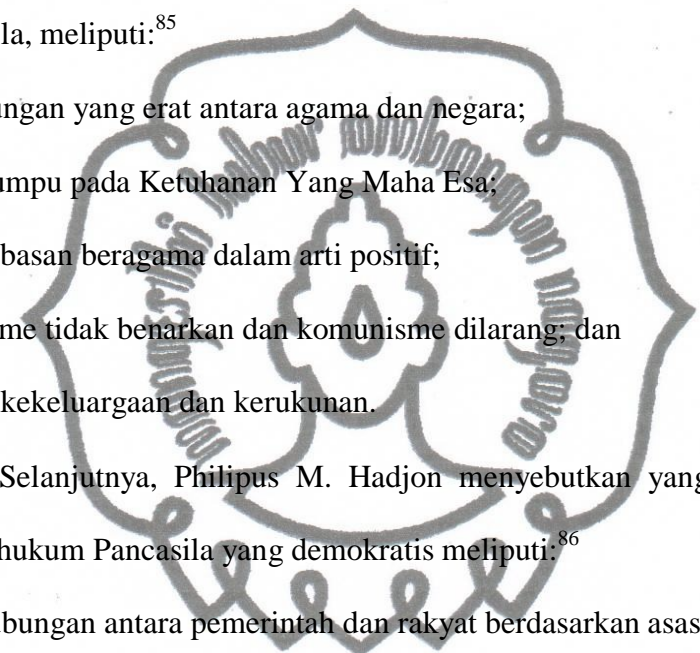
---

<sup>83</sup> Arief Sidharta, *Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum*, Op.Cit, hlm. 5.



terhadap segala persoalan bangsa. Dalam kata lain Pancasila adalah dasar statis yang mempersatukan sekaligus bintang penuntun (*leitstar*) yang dinamis, yang mengarahkan bangsa dalam mencapai tujuannya.<sup>84</sup>

Indonesia merupakan negara hukum. Fakta ini tidak terbantahkan. Dengan demikian, sebagai negara hukum tentu saja harus memenuhi ciri sebagai negara hukum. Menurut Tahir Azhary mengemukakan ciri-ciri konsep Negara Hukum Pancasila, meliputi:<sup>85</sup>

- 
- a. hubungan yang erat antara agama dan negara;
  - b. bertumpu pada Ketuhanan Yang Maha Esa;
  - c. kebebasan beragama dalam arti positif;
  - d. ateisme tidak benarkan dan komunisme dilarang; dan
  - e. asas kekeluargaan dan kerukunan.

Selanjutnya, Philipus M. Hadjon menyebutkan yang menjadi identitas negara hukum Pancasila yang demokratis meliputi:<sup>86</sup>

- a. Hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan.

Ide hubungan antara pemerintah dan rakyat telah dilontarkan oleh pendiri bangsa pada waktu merumuskan dasar negara Indonesia. Hubungan tersebut harus dilandasi dengan konsep gotong royong. Konsep gotong royong ialah konsep hukum adat. Maka dari itu, untuk memahaminya haruslah dilakukan dengan penelusuran kehidupan masyarakat adat.

- b. Hubungan fungsional yang proposional antara kekuasaan-kekuasaan negara.

---

<sup>84</sup>Yudi Latif, *Negara Paripurna Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*, Kompas Gramedia, Jakarta, 2011, hlm.41.

<sup>85</sup>Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Op.Cit* hlm. 93.

<sup>86</sup>Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia, Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan pembentukan peradilan Administrasi, Op.Cit., hlm. 88.*

Sebagai negara modern, dikenal konsep pemecahan kekuasaan negara yang terbagi ke dalam macam-macam organ negara yang sebelumnya tidak kenal dalam masyarakat adat. Namun, segala bentuk pembagian ataupun pemecahan kekuasaan tersebut haruslah berdasarkan asas hukum adat tersebut yaitu asas gotong royong.

Dengan demikian, antara kekuasaan yang satu dan yang lainnya tidak perlu adanya pemisahan yang tegas disebabkan atas dasar kegotongroyongan atau antara kekuasaan yang satu dan yang lainnya terjadi suatu hubungan fungsional yang proporsional.

- c. Penyelesaian sengketa melalui musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir.

Adanya jalinan hubungan antara pemerintah dan rakyat yang berdasarkan asas kerukunan, bukan berarti antara pemerintah dan rakyat tidak terjadi perselisihan. Maksud dari asas gotong royong di atas lebih merupakan berupaya preventif dalam menghindari sengketa tersebut. Oleh karena itu, jalan utama yang dilakukan ialah musyawarah. Penyelesaian sengketa melalui peradilan merupakan sarana terakhir.

- d. Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Keseimbangan antara hak dan kewajiban ini menghendaki adanya hubungan timbal balik antara rakyat dan pemerintah. Rakyat hendaknya taat terhadap aturan-aturan yang telah ditetapkan oleh pemerintah, tetapi rakyat mempunyai hak-hak tertentu yang tidak boleh dilanggar oleh pemerintah.

Di samping ciri-ciri yang dikemukakan Hadjon di atas, Jimly Asshiddiqie mengemukakan bahwa, dalam perkembangannya, tidak dapat dihindari terdapat pula ciri-ciri lain yang setidaknya mencakup dua belas

prinsip pokok negara hukum. Kedua belas prinsip pokok itu merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya suatu negara modern sehingga dapat disebut negara hukum dalam arti yang sebenarnya. Adapun dua belas prinsip tersebut adalah:<sup>87</sup>

- a. supermasi hukum (*supremacy of law*);
  - b. persamaan dalam hukum (*equality before the law*);
  - c. asas legalitas (*due process of law*);
  - d. pembatasan kekuasaan;
  - e. organ-organ eksekutif independen;
  - f. peradilan bebas dan tidak memihak;
  - g. peradilan tata usaha negara;
  - h. peradilan tata negara (*constitutional court*);
  - i. peradilan hak asasi manusia;
  - j. bersifat demokratis (*demokratische rechtsstaat*);
  - k. berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan negara (*welfare rechtsstaat*);
- dan
- l. transparansi dan kontrol sosial.

Pancasila merupakan *grundnorm* sebagaimana diuraikan di atas, apabila diimplementasikan secara substansi hukum seperti yang tercantum dalam berbagai peraturan perundang-undangan belum menunjukkan pembaharuan hukum terutama dalam menggantikan produk-produk hukum warisan kolonial yang jelas tidak dijiwai filsafat Pancasila.

---

<sup>87</sup> Jimly Asshiddiqie, *Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan*, pidato diucapkan pada upacara pengukuhan jabatan Guru Besar Tetap Madya pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok 13 Juni 1998, hlm. 5.

Sementara itu, dalam perspektif struktur hukum (berkaitan dengan penegak hukum) paling kurang terdapat dua masalah yang mendasar. *Pertama* berkaitan dengan tidak berkarakturnya sebagian besar penegak hukum yang sering terperangkap dengan transaksional perkara. *Kedua* administrasi peradilan yang tidak baik, masih lemahnya pengawasan internal serta eksternal dan masih kuatnya rasa solidaritas sesama penegak hukum. Apabila penegakan hukum dilaksanakan berdasarkan Pancasila, tidak hanya sebagai norma ditingkat filosofis, maka meskipun norma substansi hukum (peraturan perundang-undangan) kurang lengkap, tidak jelas yang akan ditegakkan oleh lembaga penegak hukum, diyakini akan memberi rasa keadilan.

Sedangkan budaya hukum, secara parsial tidak menghadapi masalah. Hanya saja secara keseluruhan masih terdapat masalah. Hanya saja, sistem pendidikan hukum yang juga merupakan bagian yang terangkum sebagai budaya hukum masih menganut model pendidikan *legal positivism*. Hal inilah yang berakibat pada terbentuk para profesional hukum yang menegakkan hukum secara tekstual sebatas pada teks-teks tertulis. Hal ini sebenarnya dapat di atasi ketika memahami hukum secara kontekstual dengan membuka celah dilakukannya penafsiran terhadap hukum melalui beberapa metode penafsiran. Pentingnya penafsiran hukum dapat dilihat dari pernyataan Satjipto Rahardjo, bahwa penafsiran hukum merupakan jantung hukum.<sup>88</sup>

### 3. Hukum sebagai Lembaga atau Institusi Sosial

Sebelum membahas hukum sebagai lembaga atau institusi sosial, diterangkan terlebih dahulu pengertian kelembagaan.

---

<sup>88</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 116.

Istilah kelembagaan dan organisasi menurut Uphoff sering membingungkan dan bersifat *interchangeably*. Secara keilmuan, *social institution* dan „*social organization*” berada dalam level yang sama, untuk menyebut apa yang dikenal dengan kelompok sosial, grup, *social form*, dan lain-lain yang relatif sejenis. Namun, perkembangan akhir-akhir ini, istilah “kelembagaan” lebih sering digunakan untuk makna yang mencakup keduanya sekaligus. Ada beberapa alasan kenapa orang-orang lebih memilih istilah tersebut. Kelembagaan lebih dipilih karena kata “organisasi” menunjuk kepada suatu *social form* yang bersifat formal, dan akhir-akhir ini semakin cenderung mendapat *image* negatif.<sup>89</sup>

North, mengungkapkan bahwa kelembagaan berasal dari kata lembaga, yang berarti aturan dalam organisasi atau kelompok masyarakat untuk membantu anggotanya agar dapat berinteraksi satu dengan yang lain untuk mencapai tujuan yang diinginkan.<sup>90</sup>

Menurut Effendi Perangin<sup>91</sup>, pengertian hukum sebagai lembaga, hukum tanah merupakan rangkaian peraturan-peraturan tentang:

- a. Macam-macam hak penguasaan atas tanah. Dalam Pasal 16 ayat (1) UUPA telah dijelaskan hak-hak atas tanah yang dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) adalah meliputi: Hak Milik, HGU, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai, Hak Sewa, Hak Membuka Tanah, Hak Memungut Hasil Hutan, Hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut di atas yang akan ditetapkan oleh UU, serta hak-hak yang sifatnya sementara sebagaimana disebutkan dalam Pasal 53 UUPA (Hak Gadai, Hak Usaha Bagi Hasil, Hak Menumpang dan Hak Sewa Tanah Pertanian).
- b. Pengaturan tentang isi tiap-tiap hak penguasaan atas tanah: wewenang-wewenang, kewajiban-kewajiban dan larangan-larangan tertentu.
- c. Syarat-syarat mengenai subyek: siapa yang boleh mempunyai hak, dan siapa

---

<sup>89</sup> Uphoff, Norman. 1986. *Local Institutional Development: An Analytical Sourcebook With Cases*. Kumarian Press, hlm 8-9.

<sup>90</sup> North, North DC. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press: 1990

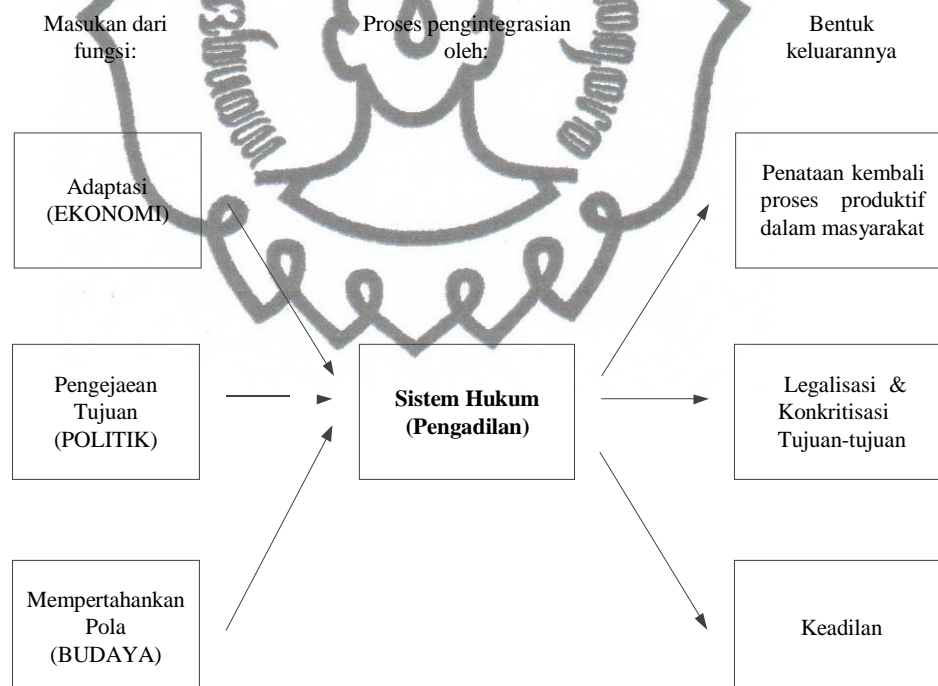
<sup>91</sup> Effendi Perangin, *Hukum Agraria Indonesia Suatu Telaah Dari Sudut Pandang Praktisi Hukum*, Radjawali, Jakarta, 1986, hlm. 209-210.



sajakah yang tidak boleh mempunyai hak.

Sedangkan menurut Satjipto Rahardjo<sup>92</sup> pengertian hukum sebagai institusi sosial, maka penulis akan mengamati hukum lebih dari pada suatu sistem peraturan belaka, melainkan juga bagaimana ia menjalankan fungsi-fungsi sosial dalam dan untuk masyarakatnya, seperti mengintegrasikan perilaku dan kepentingan para anggota masyarakat.

Bertolak dari kerangka Parsons, maka Bredemeier telah menggambarkan bagaimana terjadinya proses pertukaran (*interchange*) antara sub-sub sistem dalam kerangka Parson itu. Sehubungan dengan hal itu maka Satjipto Rahardjo telah meng gambarkannya dalam bentuk bagan seperti berikut<sup>93</sup>:



Bagan 1. Pola Proses pertukaran dari Bredemeir

Untuk memahami uraian dari Bredemeir, pertama-tama perlu dikemukakan penglihatannya adalah *common law sentris*, sehingga tempat pengadilan menjadi sentral. Pengadilan inilah yang mewakili fungsi integrasi yang dilakukan oleh sub

<sup>92</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Cetakan VI, Bandung, 2006, hlm. 117.

<sup>93</sup> *Ibid.*, hlm. 138.

sistem sosial. Integrasi ini dilakukannya dengan cara menggarap masukan-masukan yang berasal dari sub-sub sistem yang lain menjadi keluaran-keluaran. Sebutan integrasi ini memang tepat, oleh karena apa yang dilakukan oleh hukum (dalam hal ini pengadilan) memang mengkoordinasikan berbagai kepentingan yang berjalan sendiri-sendiri, bahkan yang mungkin bertentangan satu sama lain itu, ke dalam satu hubungan yang tertib dan dengan demikian menjadi produktif untuk masyarakatnya.

Menurut Satjipto Rahardjo<sup>94</sup> dalam bukunya yang berjudul “Ilmu Hukum”, dijelaskan apabila penulis membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian setiap pembicaraan mengenai hukum, jelas atau samar-samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula.

Dari uraian di muka dapat diketahui, betapa penting fungsi hukum yang dalam hal ini berhubungan dengan masalah pengaturan tentang jalan masuk ke dalam penguasaan dan pemanfaatan sumber-sumber daya dalam masyarakat. Apabila dikatakan, hukum mengatur jalan masuk yang demikian itu, hal ini tidak lain berarti hukum melakukan pembagian sumber-sumber daya itu. Apabila hukum melakukan pembagian yang demikian itu, maka apakah yang menjadi ukurannya? Beberapa hal yang dipersoalkan dalam pembagian, meliputi:<sup>95</sup>

- a. Kepada siapakah sumber-sumber daya itu diberikan atau dibagikan?
- b. Seberapa besarkah bagian yang diberikan kepada masing-masing penerima?
- c. Apakah syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk memperoleh bagian itu?

Apabila dipertanyakan ukuran menentukan bagaimana masalah di atas dipecahkan, maka penulis telah memasuki bidang keadilan. Keadilan memang

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, hlm. 159.

<sup>95</sup> *Ibid.* hlm. 160.

dapat dirumuskan secara sederhana sebagai tolak ukur yang penulis pakai untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan di atas.

Berbagai perumusan mengenai keadilan tersebut mengait kepada pertanyaan-pertanyaan yang diajukan di atas, meliputi:<sup>96</sup>

- a. keadilan merupakan kemauan yang bersifat tetap dan terus menerus untuk memberikan kepada setiap orang apa yang semestinya untuknya;
- b. keadilan merupakan suatu kebijakan politik yang aturan-aturannya menjadi dasar dari peraturan negara dan aturan-aturan ini merupakan ukuran tentang apa yang hak (Aristoteles);
- c. keadilan merupakan kebijakan yang memberikan hasil, setiap orang mendapat apa yang merupakan bagiannya (keadilan justinian);
- d. setiap orang bebas untuk menentukan apa yang akan dilakukannya, asal ia tidak melanggar kebebasan yang sama dari orang lain (Herbert Spencer);
- e. Rosce Pound melihat keadilan dalam hasil-hasil konkrit yang bisa diberikannya kepada masyarakat. Ia melihat hasil yang diperoleh itu hendaknya berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyaknya dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya;
- f. “tidak ada arti lain bagi keadilan, kecuali persamaan pribadi” (nelson);
- g. norma keadilan menentukan ruang lingkup dari kemerdekaan individual dalam mengejar kemakmuran individual, sehingga dengan demikian membatasi kemerdekaan individu di dalam batas-batas sesuai dengan kesejahteraan umat manusia (John Salmond); dan
- h. Keadilan, “buat saya adalah suatu tertib sosial tertentu yang di bawah lindungannya usaha untuk mencari kebenaran bisa berkembang dengan subur.

---

<sup>96</sup> *Ibid.* hlm. 163-164.

keadilan saya karenanya adalah keadilan kemerdekaan, keadilan perdamaian, keadilan demokrasi-keadilan toleransi” (Hans Kelsen).

Dari berbagai rumusan tentang keadilan sebagaimana tersebut di muka, penulis dapat belajar tentang berbagai pandangan orang mengenai hakikat manusia itu dan sebagai kelanjutannya, bagaimana penulis hendak memperlakukan mereka. Sebagian melihatnya dari segi kemerdekaan yang mereka anggap sebagai bagian mutlak dari hidup manusia di dunia. Kemerdekaan merupakan milik yang paling berharga dari manusia dan oleh karena itu, apabila penulis tidak menghormatinya, maka hal itu berarti sama dengan memperlakukan orang secara tidak manusiawi. Demikian kira-kira sudut pemahaman yang dipakai oleh kelompok ini. Berdasarkan keyakinan yang demikian itu, maka keadilan adalah suatu susunan yang memberikan kesempatan bagi kemerdekaan manusia untuk dapat berkembang secara seksama.

#### 4. Hukum Sebagai Kaidah

Pengertian hukum sebagai kaidah dalam penelitian ini, hukum adalah terdiri dari struktur dan aturan-aturan yang erat kaitannya dengan sistem hukum (*The Legal System*) negara atau masyarakat tertentu, dan yang merupakan hukum positif.<sup>97</sup> Dengan demikian UUPA yang terdiri dari struktur dan aturan-aturan yang berkaitan dengan sistem hukum negara atau masyarakat Indonesia pada dasarnya merupakan hukum positif di bidang pertanahan yang berlaku di Indonesia.

Perlu dibedakan antara “peraturan” (*gesetz, wet, rule*) dan “kaidah” (*recht, norm*). Apabila membaca undang-undang, pertama-tama yang dibaca adalah peraturan, pasal-pasal. Berhenti pada pembacaan undang-undang sebagai

---

<sup>97</sup> Anthony Allot, *The Limit of Law*, Butterworths & Co Publiser Ltd, London, 1980, hlm. 1-2.

peraturan bisa menimbulkan kesalahan besar karena kaidah adalah makna spiritual, roh. Sedangkan peraturan adalah penerjemahannya ke dalam kata-kata dan kalimat. Maka, senantiasa ingat akan kaidah sebagai basis spiritual dari peraturan, mengisyaratkan agar orang berhati-hati dan selalu berpikir dua, tiga, empat kali dalam membaca hukum.<sup>98</sup>

Hukum mempunyai tujuan, asas. Hukum memiliki roh yang biasanya dituangkan dalam asas-asas. Roh atau asas seperti itu bisa menjadi hilang di tengah rimba kalimat-kalimat, pasal-pasal. Memang lebih mudah dan cepat membaca kalimat undang-undang. Membaca undang-undang tidak salah, tetapi hanya berhenti sampai di situ saja bisa membawa “malapetaka.”

Terkait dengan hukum sebagai sebuah sistem, Fuller<sup>99</sup> telah mengajukan satu pendapat untuk mengukur apakah hukum sebagai sistem hukum. Ukuran tersebut diletakkan pada delapan asas yang dinamakan *principles of legality*, yaitu:

- a. suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan;
- b. peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan;
- c. tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut;
- d. peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti;
- e. suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain;
- f. peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan;

---

<sup>98</sup> Satjipto Rahardjo, 2006, *Membedah Hukum Progresif*, editor I Gede A.B. Wiranata, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, hlm.

<sup>99</sup> *Ibid.* hlm. 20.



- g. tidak boleh ada kebiasaan untuk sering merubah peraturan, sehingga menyebabkan seorang akan kehilangan orientasi; dan
- h. harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaan sehari-hari.

Selanjutnya dijelaskan pula oleh Effendi Perangin<sup>100</sup>, tentang beberapa pengertian atau definisi sebagai berikut:

- a. pengertian “tanah” adalah permukaan bumi yang dimaksud dalam Pasal 4 UUPA;
- b. pengertian “hak atas tanah” adalah hak atas tanah yang memberi wewenang untuk mempergunakan tanah yang bersangkutan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 UUPA;
- c. pengertian “mempergunakan tanah” adalah memakai tanah itu untuk ditanami atau diusahakan. Apabila ada hak yang berisi wewenang untuk mempergunakan tanah, maka hak itu merupakan hak atas tanah;
- d. Pengertian “penguasaan tanah” disini adalah hak berbuat sesuatu dengan tanah itu. Sebagai salah satu contoh “penguasaan tanah” adalah hak tanggungan berisi hak berbuat sesuatu dengan tanah itu, yaitu hak untuk menyuruh lelang tanah jaminan kalau hutang debitur tidak dibayar tepat pada waktu yang diperjanjikan. Perlu digarisbawahi, hak tanggungan adalah bukan merupakan bagian dari “hak atas tanah”, karena tidak berisi wewenang untuk mempergunakan tanah.

## 5. Teori Bekerjanya Hukum dan Keadilan

Konsepsi operasional mengenai bekerjanya hukum dalam masyarakat dengan didasarkan pada dua konsep yang berbeda yaitu konsep mengenai prediksi, mengenai akibat-akibat (*prediction of consequences*) yang dikemukakan

---

<sup>100</sup>Effendi Parangin, *Op.cit.* hlm. 211.

oleh Lundberg dan Lansing tahun 1973 dan konsep Hans Kelsen tentang aspek rangkap dari suatu peraturan hukum.<sup>101</sup>

Merujuk pada konsep Lundberg dan Lansing, serta konsep Hans Kelsen tersebut Robert B. Seidman dan William J. Chambliss menyusun suatu teori bekerjanya hukum di dalam masyarakat.

Teori Bekerjanya hukum tersebut, digunakan untuk melakukan analisis teoritis tentang pembentukan hukum dan implementasinya (tentang bekerjanya hukum) didayagunakan untuk melakukan analisis tentang pembentukan hukum sekaligus juga untuk melakukan analisis terhadap implementasi hukum. Menurut teori ini, pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan lepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal, terutama pengaruh atau asupan kekuatan sosial politik.<sup>102</sup>

Berdasarkan teori ini, bekerjanya hukum dalam masyarakat dipengaruhi oleh kekuatan-kekuatan sosial, lembaga-lembaga pembuat hukum dan lembaga-lembaga pelaksana hukum. Oleh karena itu bekerjanya hukum tidak bisa dimonopoli oleh hukum.<sup>103</sup> Teori ini digunakan untuk menganalisis permasalahan berkaitan dengan lembaga-lembaga pembuat hukum, penegak hukum, maupun kekuatan-kekuatan sosial, antara lain politik budaya masyarakat, dan bangsa. Kekuatan-kekuatan sosial itu yang kemudian menyebabkan hukum mengalami dinamika.

---

<sup>101</sup> Ronny Hanitijo Soemitro, *Perspektif Sosial dalam Pemahaman Masalah-Masalah Hukum*, (Semarang: CV Agung, 1989), hlm. 23.

<sup>102</sup> Robert B. Seidman & William J. Chambliss, *Law, Order, and Power, Printed in United States of America*, Published Stimulant Costly in Canada Library of Congress Catalog Card No. 78-111948.

<sup>103</sup> William J. Chambliss dan Robert B. Seidman, 1971, *Law, Order, and Power*, Reading, Mass Addison, Wesley, 1971, h.12.

Dari model bekerjanya hukum tersebut, oleh Seidman dirumuskan beberapa pernyataan teoritis, meliputi:<sup>104</sup>

- a. setiap peraturan hukum itu menunjukkan aturan-aturan tentang bagaimana seseorang pemegang peran diharapkan untuk bertindak;
- b. tindakan apa yang akan diambil oleh seseorang pemegang peran sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dari aktivitas lembaga pelaksanaannya, serta dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya; dan
- c. tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pelaksana sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi. Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pembuat undang-undang sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi.

Dengan demikian, hukum dan politik yang berpengaruh dan tak dapat dipisahkan dari hukum yang bekerja di dalam masyarakat. Bahwa hukum itu untuk masyarakat, sebagaimana teori *living law*. Fungsi-fungsi hukum hanya mungkin dilaksanakan secara optimal, jika hukum memiliki kekuasaan dan ditunjang oleh kekuasaan politik. Meskipun kekuasaan politik

---

<sup>104</sup> *Ibid*

memiliki karakteristik tidak ingin dibatasi, sebaliknya hukum memiliki karakteristik untuk membatasi segala sesuatu melalui aturan-aturannya, agar tidak timbul penyalahgunaan kekuasaan dan kesewenang-wenangan, sebaliknya kekuasaan politik menunjang terwujudnya fungsi hukum dengan “menyuntikan” kekuasaan pada hukum, yaitu dalam wujud sanksi hukum.

Legitimasi hukum melalui kekuasaan politik, salah satunya terwujud dalam pemberian sanksi bagi pelanggar hukum. Meskipun demikian, jika sudah menjadi hukum, maka politik harus tunduk kepada hukum, bukan sebaliknya.<sup>105</sup>

**a. Lawrence M. Friedman (*Triangular Legal System*)**

Sebelum membahas teori sistem hukum menurut Lawrence Friedman, dikupas secara singkat Sistem hukum dari Hans Kelsen yang menyebutkan sistem hukum adalah suatu sistem norma.<sup>106</sup> Kemudian Kelsen menekankan bahwa suatu sistem norma dikatakan valid jika diperoleh dari norma yang lebih tinggi di atasnya, yang selanjutnya sampai pada tingkat dimana norma tersebut tidak dapat diperoleh dari norma lain yang lebih tinggi, ini yang disebut sebagai norma dasar.<sup>107</sup>

Merujuk pada esensi norma dasar tersebut Hans Kelsen membagi sistem norma menjadi dua jenis yaitu sistem norma statis dan sistem norma dinamis. Sistem norma statis hanya dapat ditemukan melalui tatanan kerja intelektual, yakni melalui penyimpulan dari yang umum kepada yang khusus. Sedangkan sistem norma dinamis merupakan norma yang diluarnya kita sudah tidak lagi

---

<sup>105</sup>Eko Sugiarto, *Hubungan Hukum dan Politik*, isjd.pdii.lipi.go.id/admin/jurnal/ 0207231240.pdf, diakses 17 Juni 2018. Pukul 18.45 Wib.

<sup>106</sup>Hans Kelsen, 2008, *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*, Bandung: Nusa Media, hlm.159.

<sup>107</sup>*Ibid*, hlm. 161.

dapat menemukan norma yang lebih tinggi darinya, dan tidak dapat diperoleh melalui suatu tatanan kerja intelektual.<sup>108</sup>

Berdasarkan pandangan Kelsen tersebut, dapat disederhanakan bahwa sistem norma yang disebut tatanan hukum adalah sistem dari jenis yang dinamis karena dalam sistem norma dinamis, validitas norma diperoleh dari pendelegasian otoritas berdasarkan sistem hukum Negara tersebut baik pembentukan norma oleh parlemen, atau lahir karena kebiasaan atau ditetapkan oleh pengadilan.<sup>109</sup>

Sementara itu menurut Lawrence M. Friedman<sup>110</sup> mengemukakan sistem hukum sesungguhnya dibangun oleh tiga komponen, yaitu substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*), dan budaya hukum (*legal culture*).

Ketiga komponen sistem hukum tersebut sesungguhnya bersifat komplementer dan berada dalam suatu hubungan fungsional.

Struktur hukum yang baik akan berjalan dengan baik apabila didukung dengan substansi hukum yang baik, begitu pula sebaliknya. Kedua elemen tersebut akan berjalan baik apabila diikuti budaya hukum yang baik dari masyarakat. Jika budaya hukum dari masyarakat tidak dapat mendukung kedua elemen tersebut maka tidak ada artinya. Untuk menegakkan supremasi hukum, ketiga komponen sistem hukum tersebut harus dikembangkan secara simultan dan integral.

Menurut Lawrence M. Friedman, ada tiga elemen penting yang menentukan berfungsi atau tidaknya hukum antara lain:

---

<sup>108</sup> *Ibid*, hlm. 163.

<sup>109</sup> *Ibid*, hlm. 163.

<sup>110</sup> Lawrence M. Friedman, *op.cit.*, hlm.58.



- a. Struktur; yang dimaksudkan dengan sistem hukum mempunyai struktur adalah kerangka atau rangkanya, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberi semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan. Di dalam Sorjono Soekanto dikatakan komponen ini menunjuk adanya kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum lembaga-lembaga mana mempunyai pelekatan, fungsi-fungsi tersendiri di dalam bekerjanya sistem hukum tersebut. Lembaga-lembaga ini antara lain adalah Lembaga Kepolisian, Lembaga Kejaksaan, Lembaga Pengadilan dan Lembaga Kepengacaraan. Secara singkat dapat dikatakan komponen yang bersifat struktural ini memungkinkan masyarakat untuk mengharapkan bagaimana suatu sistem hukum itu seharusnya bekerja (*law in the books*)<sup>111</sup>;
- b. Substansi; yang dimaksud dengan substansi adalah aturan, norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu (hukum yang tertulis dan hukum yang berlaku hidup dalam masyarakat). Substansi juga berarti “produk” yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem hukum itu keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang disusun; dan
- c. Budaya Hukum (kultural); yang dimaksud dengan budaya hukum adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum kepercayaan, nilai, pemikiran serta harapannya. Dengan kata lain, budaya hukum adalah suasana pikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan.<sup>112</sup>

Menurut Soerjono Soekanto, jika komponen yang bersifat struktural dapat diibaratkan sebagai suatu mesin, maka komponen kultural dapat diibaratkan sebagai bensin, yang merupakan penggerak dari mesin tadi. Dalam hal ini yang

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, hlm.58

<sup>112</sup> *Ibid.* hlm. 8.

menjadi masalah adalah nilai dan sikap daripada fungsionaris yang bekerja dalam lingkungan pelaksanaan dan penegakan hukum. Komponen nilai dan sikap ini akan memberi pemahaman tentang bekerjanya suatu sistem hukum di dalam kenyataan (*law in action*).<sup>113</sup>

Cara lain menggambarkan tiga unsur hukum tersebut di atas dengan mengibaratkan struktur hukum seperti mesin. Substansinya adalah apa yang dihasilkan atau dikerjakan oleh mesin itu. Budaya hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan.<sup>114</sup>

#### **b. Satjipto Rahardjo (Hukum Progresif)**

Seperti diketahui, bahwa semasa hidupnya Satjipto Rahardjo pernah menggagas suatu teori hukum baru di Indonesia, yaitu teori hukum progresif, inti dari teori ini bahwa hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.<sup>115</sup>

Gagasan hukum progresif muncul karena keprihatinan terhadap hukum Indonesia, dikatakan bahwa sistem hukum Indonesia adalah satu yang terburuk di dunia. Satjipto Rahardjo lebih menekankan menemukan keadilan di mana saja, tidak mutlak hanya di pengadilan, karena keadilan ada di mana-mana.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Sarjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, PT. Raya Grafindo Persada, Jakarta, 1998, hlm. 129-130.

<sup>114</sup> Lawrence M. Friedman, *op.cit.*, hlm. 8.

<sup>115</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009, hlm. 2.

<sup>116</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2010, hlm. 4.

Pada intinya pemikiran hukum progresif menekankan bahwa hukum harus kembali pada filosofi dasarnya, yaitu hukum untuk manusia.<sup>117</sup>

Kritikan paling tajam terhadap legalisme hukum oleh pemikiran hukum progresif ditujukan kepada perumusan hukum dengan teks. Menurut pemikiran Satjipto Rahardjo, tuntutan perumusan hukum ke dalam teks bisa menyebabkan hukum terjebak pada persoalan kebahasaan dan dengan demikian memasuki permainan kebahasaan. Kalau hukum itu dituntut untuk membuat rumusan-rumusan, maka pada waktu yang sama hukum sama dengan ditakdirkan untuk gagal menjalankan tugas tersebut. Dalam perspektif ini hukum sudah cacat sejak lahir, inilah tragedi hukum, masyarakat diatur oleh hukum yang cacat karena ketidakmampuannya untuk merumuskan dengan tepat hal-hal yang ada di masyarakat. Maka masyarakatpun diatur oleh hukum yang cacat sejak awal.<sup>118</sup>

Makna konsep hukum progresif itu, dapat ditelusuri dari kata “*progresif*” yang berasal dari kata *progress* yang berarti kemajuan. Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyendarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.<sup>119</sup>

Pemikiran hukum progresif menurut Satjipto Rahardjo, tidak lepas dari munculnya hukum responsif yang dicetuskan P.Nonet dan Selznick yang membedakan tiga klasifikasi dasar dari hukum dalam masyarakat, meliputi:

a hukum represif, hukum sebagai pelayan kekuasaan represif;

---

<sup>117</sup> Bernard L. Tanya dkk., *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Waktu*, Yogyakarta: Genta Publishing, cet. III, 2010, hlm. 212.

<sup>118</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Jakarta: UKI Press, 2006, hlm. 168.

<sup>119</sup> Satjipto Rahardjo, *op.cit.*, hlm. ix.

- b. hukum otonom, hukum sebagai institusi tersendiri yang mampu menjinakkan represi dan melindungi integritas dirinya; dan
- c. hukum responsif hukum sebagai fasilitator dari berbagai respon terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial.

Hukum progresif lahir hingga melampaui eksistensi hukum positif (hukum yang berlaku saat ini), sosiologi hukum, realisme hukum, dan seterusnya. Pemikiran humanistik dan mekanistik (sistem) disatukan dengan jernih oleh Satjipto Rahardjo dalam mengkonsepsikan hukum. Latar belakang Satjipto Rahardjo sebagai begawan hukum adalah selalu mengedepankan ide sosiologi hukum dalam setiap pemikirannya. Penegakan hukum harus diperkaya dengan ilmu-ilmu sosial. Berbeda dengan teori murni Hans Kelsen yang menghilangkan anasir non hukum dalam kajian hukum. Bahkan hukum harus bebas dari anasir sosial maupun politik yang kerap kali menyelimuti setiap produk hukum.

Produk hukum yang berkarakter responsif proses pembuatannya bersifat partisipatif, yakni mengundang sebanyak-banyaknya partisipasi semua elemen masyarakat, baik dari segi individu, ataupun kelompok masyarakat dan juga harus bersifat aspiratif yang bersumber dari keinginan atau kehendak dari masyarakat. Artinya produk hukum tersebut bukan kehendak dari penguasa untuk melegitimasi kekuasaannya. Oleh karena itu hendaklah penulis berusaha untuk mewujudkan ide serta gagasan progresif mengenai hukum ini. Hukum dibuat untuk kebahagiaan manusia dan manusia tidak hidup untuk mematuhi hukum.

Satjipto Rahardjo menyatakan bagaimana undang-undang bisa dimanfaatkan sebesar-besarnya guna kesejahteraan masyarakat (*to make the*

*best of it*).<sup>120</sup>

### c. John Rawls (*Theory of Justice*)

Sebelum membahas teori keadilan dari John Rawls, terlebih dahulu disajikan teori-teori keadilan sebelumnya. Dimulai dengan teori keadilan Filsuf Yunani Kuno yang pertama menelaah keadilan secara mendalam adalah Plato.

Menurut Plato, keadilan dan hukum merupakan substansi rohani umum dari suatu masyarakat yang membuat dan menjaga kesatuannya. Dalam suatu masyarakat yang adil, setiap orang menjalankan pekerjaan yang menurut sifat dasarnya paling cocok baginya. Ini merupakan suatu konsepsi tentang keadilan moral (*moral justice*) yang dasarnya keselarasan (*harmony*). Keadilan timbul karena pengaturan atau penyesuaian yang memberi tempat yang selaras kepada bagian-bagian yang membentuk suatu masyarakat. Keadilan terwujud dalam masyarakat bilamana setiap anggota melakukan secara terbaik menurut kemampuannya fungsi yang selaras baginya. Penguasa berfungsi untuk membagi-bagikan fungsi-fungsi dalam negara kepada masing-masing orang sesuai dengan asas keserasian. Setiap orang tidak mencampuri tugas dan urusan yang tidak cocok baginya, karena mencampuri urusan orang lain yang melaksanakan tugas-tugas yang selaras akan menciptakan pertentangan dan ketidakserasian. Kedua hal itu yang menjadi intisari dari ketidakadilan.<sup>121</sup>

Aristoteles membedakan keadilan dalam dua macam yaitu keadilan korektif dan keadilan distributif. *Pertama*, keadilan korektif didasarkan pada transaksi (*sunallagamata*) baik yang sukarela maupun tidak. Keadilan ini terjadi di lapangan hukum perdata, misalnya dalam perjanjian tukar-

---

<sup>120</sup> *Ibid*, hlm. 95.

<sup>121</sup> *Ibid*. hlm 56



menukar.<sup>122</sup> *Kedua*, keadilan distributif atau *justitia distributiva* suatu keadilan yang memberikan kepada setiap orang didasarkan atas jasa-jasanya atau pembagian menurut haknya masing-masing. Keadilan distributif berperan dalam hubungan antara masyarakat dengan perorangan.<sup>123</sup>

Thomas Aquinas, membedakan keadilan dalam dua kelompok yaitu keadilan umum (*justitia generalis*) dan keadilan khusus. Keadilan umum adalah keadilan menurut kehendak undang-undang, yang harus ditunaikan demi kepentingan umum. Sementara itu, keadilan khusus adalah keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas. Keadilan khusus selanjutnya dibedakan menjadi tiga meliputi: (a) keadilan distributif (*justitia distributiva*), (b) keadilan komutatif (*justitia cummulativa*), dan (c) keadilan vindikatif (*justitia vindicativa*).<sup>124</sup> Keadilan distributif adalah keadilan yang secara proporsional diterapkan dalam lapangan hukum publik secara umum. Keadilan komutatif (*justitia cummulativa*) adalah keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dengan kontraprestasi. Keadilan vindikatif (*justitia vindicativa*) adalah keadilan dalam hal menjatuhkan hukuman atau ganti kerugian dalam tindak pidana.<sup>125</sup>

John Rawls mengemukakan teori keadilan yang dipandang paling komprehensif sampai saat ini.<sup>126</sup> Hal tersebut, tunjukkan dengan pernyataan berani yang menawarkan level abstraksi lebih tinggi dari sebelumnya bahkan lebih tinggi dari kemasyhuran pemikiran John Locke, JJ. Rosseau, dan

---

<sup>122</sup>Darji Darmodiharjo, dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*. PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995. hlm. 155

<sup>123</sup>L.J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, diterjemahkan oleh Oetarid Sadino, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. XXV:: Pradnya Paramita, Jakarta 2000, hlm. 12.

<sup>124</sup>Darji Darmodiharjo, dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*. PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995. hlm. 154

<sup>125</sup>*Ibid.* hlm 155.

<sup>126</sup>H. Priyono, Teori Keadilan John Rawl dalam: Tim Redaksi Driyarkara (Ed.), *Diskursus Kemasyarakatan dan Kemanusiaan*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1993), hlm. 35, sebagaimana dikutip Boy Nurdin, *Op.cit.*, hlm. 64.

Immanuel Kant. Keberanian dan keyakinan inilah yang membawa Rawls menjadi salah satu filsuf besar di abad ke-20. Bahkan buah pemikiran Rawls ini dianggap sebagai pemicu perdebatan serius antara komunitarianisme dengan liberalisme. Karya Rawls ini seperti hujan di waktu gersang seiring filsafat politik masa itu. Namun pengaruh pemikiran Rawls ini tidak hanya dalam bidang politik, sama halnya dengan filsuf-filsuf lainnya, karya Rawls juga mempengaruhi banyak bidang lain seperti teori-teori sosial, hukum, ekonomi, budaya, bahkan teologi.<sup>127</sup>

Teori Rawls berangkat dari pemikiran utilitarianisme, meskipun Rawls lebih sering dimasukkan dalam kelompok penganut realisme hukum. Rawls berpendapat perlu ada keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama. Bagaimana ukuran dari keseimbangan itu harus diberikan, itulah yang disebut keadilan. Keadilan merupakan nilai yang tidak dapat ditawar-tawar lagi, karena hanya dengan keadilanlah ada jaminan stabilitas hidup manusia, agar tidak terjadi benturan pribadi dan kepentingan bersama itu diperlukan adanya aturan-aturan. Dalam konteks ini diperlukan hukum sebagai wasiatnya. Pada masyarakat yang telah maju, hukum baru akan ditaati apabila ia mampu meletakkan prinsip-prinsip keadilan.<sup>128</sup>

Teori Keadilan menyebutkan salah satu bentuk keadilan sebagai *fairness*, yaitu memandang netral kepada semua pihak yang melanggar hukum. Dapat dipahami aparat penegak hukum harus bersikap netral kepada semuanya

---

<sup>127</sup> Merujuk pada artikel Ben Rogers, John Rawls, dalam majalah Prospect, sebagaimana dikutip Muhammad Taufik, *Filsafat John Rawls tentang Teori Keadilan*, hlm. 9, dari mukaddimah.kopertais3.net.

<sup>128</sup> H. Priyono, *Op.Cit*, hlm. 65.

tanpa memandang atribut sosial yang melekat dalam diri individu baik jabatan, nama baik ataupun yang lainnya.<sup>129</sup>

Di dalam buku “*Theory of Justice*”, John Rawls mencoba untuk menganalisa kembali permasalahan mendasar dari kajian filsafat politik dengan merekonsiliasikan antara prinsip kebebasan dan prinsip persamaan. Rawls mengakui karyanya tersebut sejalan dengan tradisi kontrak sosial (*social contract*) yang pada awalnya diusung oleh pelbagai pemikir kenamaan, seperti John Locke, Jean Jacques Rousseau, dan Immanuel Kant. Namun demikian, gagasan sosial kontrak yang dibawa oleh Rawls sedikit berbeda dengan para pendahulunya, bahkan cenderung untuk merevitalisasi kembali teori-teori kontrak klasik yang bersifat *utilitarianistik* dan *intuisionistik*.

Dalam hal ini, kaum *utilitaris* mengusung konsep keadilan sebagai suatu keadaan dimana masyarakat dapat memperoleh kebaikan dan kebahagiaan secara sama-rata. Rawls berpendapat keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (*social institutions*). Akan tetapi, menurutnya, kebaikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau mengganggu rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan, khususnya masyarakat lemah. Oleh karena itu, sebagian kalangan menilai cara pandang Rawls sebagai perspektif “*liberal-egalitarian of social justice*”.

Secara spesifik, Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaannya yang dikenal dengan “posisi asli” (*original position*) dan “selubung ketidaktahuan” (*veil of ignorance*). Sebagaimana pada umumnya, setiap teori kontrak pastilah

---

<sup>129</sup> John Rawls, Dalam Damanhuri Fattah, *Theory Keadilan*, Jurnal TAPIS Vol. 9 No. 2, Juli – Desember, 2013, hlm. 132-133.

memiliki suatu hipotesis dan tidak terkecuali pada konsep Rawls mengenai kontrak keadilan. Dirinya berusaha untuk memposisikan adanya situasi yang sama dan setara antara tiap-tiap orang di dalam masyarakat serta tidak ada pihak yang memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, seperti misalnya kedudukan, status sosial, tingkat kecerdasan, kemampuan, kekuatan, dan lain sebagainya. Sehingga, orang-orang tersebut dapat melakukan kesepakatan dengan pihak lainnya secara seimbang.

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

Sementara itu, konsep “selubung ketidaktahuan” diterjemahkan oleh Rawls setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang. Melalui dua teori tersebut, Rawls mencoba menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip kesamaan yang adil. Itulah sebabnya mengapa Rawls menyebut teorinya tersebut sebagai “*justice as fairness*”.

Rawls menjelaskan para pihak di dalam posisi asli masing-masing akan mengadopsi dua prinsip keadilan utama. *Pertama*, setiap orang memiliki hak yang sama atas kebebasan-kebebasan dasar yang paling luas dan kompatibel

dengan kebebasan-kebebasan sejenis bagi orang lain. *Kedua*, ketidaksetaraan sosial dan ekonomi diatur sedemikian rupa, sehingga: (a) diperoleh manfaat sebesar-besarnya bagi anggota masyarakat yang paling tidak diuntungkan, dan (b) jabatan-jabatan dan posisi-posisi harus dibuka bagi semua orang dalam keadaan dimana adanya persamaan kesempatan yang adil.

Prinsip pertama tersebut dikenal dengan “prinsip kebebasan yang sama” (*equal liberty principle*), seperti misalnya kemerdekaan berpolitik (*political of liberty*), kebebasan berpendapat dan mengemukakan ekspresi (*freedom of speech and expression*), serta kebebasan beragama (*freedom of religion*).

Sedangkan prinsip kedua bagian (a) disebut dengan “prinsip perbedaan” (*difference principle*) dan pada bagian (b) dinamakan dengan “prinsip persamaan kesempatan” (*equal opportunity principle*). “Prinsip perbedaan” pada bagian (a) berangkat dari prinsip ketidaksetaraan yang dapat dibenarkan melalui kebijaksanaan terkontrol sepanjang menguntungkan kelompok masyarakat yang lemah.

Sementara itu prinsip persamaan kesempatan yang terkandung pada bagian (huruf b) tidak hanya memerlukan adanya prinsip kualitas kemampuan semata, namun juga adanya dasar kemauan dan kebutuhan dari kualitas tersebut. Sehingga dengan kata lain, ketidaksetaraan kesempatan akibat adanya perbedaan kualitas kemampuan, kemauan, dan kebutuhan dapat dipandang sebagai suatu nilai yang adil berdasarkan persepektif Rawls. Selain itu, prinsip pertama memerlukan persamaan atas hak dan kewajiban dasar, sementara pada prinsip kedua berpijak dari hadirnya kondisi ketimpangan sosial dan ekonomi yang kemudian dalam mencapai nilai-nilai keadilan dapat diperkenankan jika



memberikan manfaat bagi setiap orang, khususnya terhadap kelompok masyarakat yang kurang beruntung (*the least advantage*).

## 6. Sejarah dan Sistem Hukum Tanah Kolonial

Untuk mendapatkan gambaran yang jelas tentang sistem hukum tanah pada zaman kolonial Hindia Belanda, maka dibutuhkan adanya sebuah peninjauan kembali tentang riwayat terbentuknya dasar hukum yang telah dipergunakan oleh kolonial Belanda, yakni adanya *Agrarische wet* 1870. Undang-undang inilah yang telah menjadi sendi-sendi politik kolonial Belanda, yang mana undang-undang ini adalah lahir sebagai sebuah hasil dari perdebatan yang panjang di parlemen negeri Belanda yang pada hakekatnya timbul karena pertentangan antara golongan Konservatif dan Liberal.<sup>130</sup>

Sebelum membahas lahirnya *Agrarische wet* 1870 lebih mendalam, maka ada baiknya apabila terlebih dahulu diuraikan tentang tinjauan historis penerapan sistem hukum tanah pada negara jajahan Indonesia di beberapa kurun waktu yang ada, meliputi:

### a. Periode Pemberlakuan Politik Kolonial Konservatif (1800-1848)

Pada akhir abad 18, adalah masa dimana VOC sedang mengalami kebangkrutan dan pada tahun 1800 kekayaannya mulai diambil alih oleh kerajaan Belanda. Pemerintah Belanda kemudian melanjutkan politik tradisional kumpeni dengan tujuan memperoleh penghasilan sebagai upeti dan laba perdagangan, semuanya tidak lain adalah demi keuntungan kerajaan Belanda. Seperti politik dan administrasi kumpeni, maka pada saat itu dijalankanlah suatu sistem pemerintahan tidak langsung, pembesar-pembesar pribumi tetap mengurus

---

<sup>130</sup> Singgih Praptodihardjo, *Sendi-Sendi Hukum Tanah Di Indonesia*, Yayasan Pembangunan, Jakarta, 1952, hlm. 38.

perkara-perkara pribumi, dan agen-agen Belanda dikuasakan untuk mengawasi tanam paksa yang hasilnya untuk pasaran Eropa.

Sejak semula, politik kolonial konservatif ini adalah sudah mendapatkan kritik yang pedas dari golongan liberal, yang menganjurkan suatu sistem pemerintahan secara langsung berdasarkan prinsip liberal dan perdagangan serta inisiatif *partikelir*. sejak tahun 1830, politik kolonial Belanda telah memperoleh sistem yang pasti dan konsekuen, yang kemudian dikenal dengan *culturestelsel*. Lahirnya sistem *culturestelsel* ini tidak lain disebabkan adanya sistem yang menjunjung tinggi kebebasan ekonomi dan perusahaan-perusahaan barat yang kapitalistik perlu disingkirkan, karena sistem tersebut telah memberikan kesempatan kepada Inggris untuk melakukan monopoli perdagangan di Indonesia, sedangkan Belanda harus menanggung biaya pemerintahan.

Hakikat dari sistem *culturestelsel* ini adalah penduduk sebagai ganti membayar pajak tanah sekaligus, harus menyediakan sejumlah hasil bumi yang nilainya sama dengan pajak tanah itu. Biasanya hasil bumi itu berupa hasil bumi untuk ekspor seperti yang diinginkan pemerintah Belanda. Menurut perkiraan penduduk harus menyerahkan  $\frac{2}{5}$  dari hasil panen utamanya atau sebagai penggantinya  $\frac{1}{5}$  dari waktu kerjanya dalam satu tahun. Dengan jalan ini, maka pemerintah akan terjamin kebutuhannya akan hasil bumi yang akan di ekspor ke pasaran Eropa dan dari ekspor ini pemerintah mengharapkan keuntungan-keuntungan yang nyata.

#### **b. Periode Pemberlakuan Politik Kolonial Liberal (1850-1870)**

Periode antara Tahun 1850 dan 1870 ditandai oleh pesatnya kemajuan perdagangan Eropa, Negara Belanda mendapat keuntungan dari perkembangan yang ada. Selama masa dua puluh tahun ini, bagi Belanda merupakan periode

transisi dari keadaan pra-industri ke industri. Pada periode ini munculah seperti cendawan di musim hujan pabrik-pabrik dalam berbagai cabang industri, jalan kereta api, posisinya sebagai pasar bahan mentah internasional telah diduduki kembali dan bank-bank baru juga telah banyak berdiri. Tidak dapat disangsikan lagi *culturestelsel* adalah ikut serta membantu membangun kembali ekonomi secara besar-besaran, disamping memasukan jutaan kekayaan ke dalam perbendaharaan negeri Belanda. Ekspansi perdagangan internasional Belanda terutama disebabkan oleh berkembangnya import hasil-hasil dari Indonesia dan meningkatnya perdagangan *transito*.

Pada Tahun 1866 menteri jajahan Fransen van de Putte, seorang anggota parlemen dari golongan liberal telah mengajukan rencana undang-undang tanah yang bermaksud sebagai berikut:<sup>131</sup>

*“Woeste gronden zouden aan particulieren worden afgestaan; den Javaan grond-eigendom worden toegekend, den inboorlingen zou het recht verzekerd worden van vrije beschikking over hun persoon en hun arbeid, en het communaal grondbezit geconverteerd in individueel eigendom”.*

Terjemahan dalam Bahasa Indonesia:

“Hutan belukar akan diberikan pada kaum partikelir; rakyat Jawa akan mendapat hak *eigendom*; mereka akan dijamin haknya untuk menggunakan tenaganya dengan bebas; tanah komunal akan dijadikan milik tetap untuk yang berhak masing-masing”.

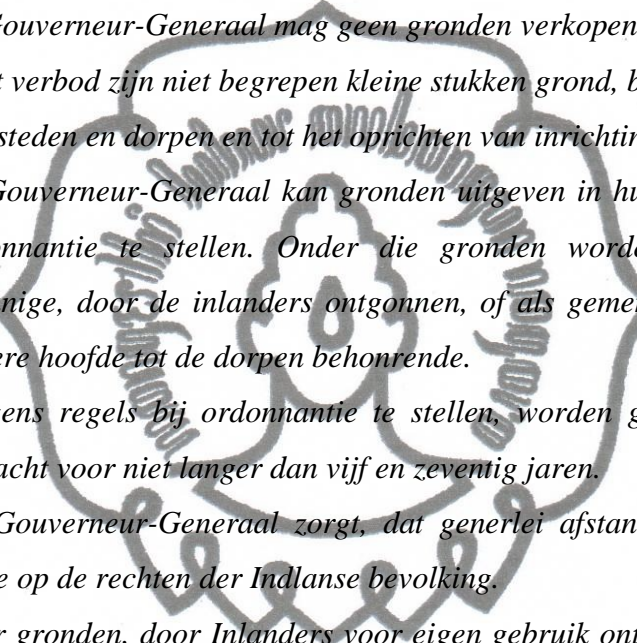
Apabila dilihat dari kacamata sejarah waktu itu, sebuah rancangan undang-undang yang cukup hebat. Betapa akibat bagi jalannya sejarah, andaikan rancangan undang-undang tersebut dapat diterima, sudah pasti keadaan negara Indonesia akan jauh sama sekali dari pada yang dialami pada waktu itu. Karena kuatnya golongan oposisi dari pihak konservatif, lebih-lebih lagi karena golongan oposisi dari kawan liberal sendiri, yakni “*Thorbecke*”, maka rancangan undang-

---

<sup>131</sup> Mr. H. A. Idema, dalam Singgih Praptodiharjo, *ibid.*, hlm. 39.

undang tersebut di atas adalah menjadi kandas di Parlemen dan pada saat itu Menteri van de Putte jatuh.

Memasuki tahun 1870, menteri jajahan de Waal mengajukan rencana lain yang merupakan suatu kompromi dan rencana itu yang akhirnya menjadi Undang-undang pokok tentang tanah (*Agrarische Wet*), yang seterusnya menjadi Pasal 51 *Wet op de Indische staatsinrichting van Nederl. Indie*, berbunyi:

- 
- a. *De Gouverneur-Generaal mag geen gronden verkopen.*
  - b. *In dit verbod zijn niet begrepen kleine stukken grond, bestemd tot uitbreiding van steden en dorpen en tot het oprichten van inrichtingen van nijverheid.*
  - c. *De Gouverneur-Generaal kan gronden uitgeven in huur, volgens regels bij ordonnantie te stellen. Onder die gronden worden niet begrepen de sodanige, door de inlanders ontgonnen, of als gemene weide, of uit enige andere hoofde tot de dorpen behonrende.*
  - d. *Volgens regels bij ordonnantie te stellen, worden gronden afgestaan ini erfpacht voor niet langer dan vijf en zeventig jaren.*
  - e. *De Gouverneur-Generaal zorgt, dat generlei afstand van grond inbreuk make op de rechten der Indlanse bevolking.*
  - f. *Over gronden, door Inlanders voor eigen gebruik ontgonnen of als gemene weide of uit andere hoofde tot de dorpen behorende, wordt de Gouverneur-Generaal niet beschikt dan ten algemene nutte, op de voet van artikel 133 en ten behoeve van de op hoog gezag ingevoerde cultures volgens de daarop betrekkelijke ver ordeningen, tegen behoorlijke schadeloosstelling.*
  - g. *Grond, door Inlanders in erfelijk individueel gebruik bezetten, wordt op aanvraag van de rechtmatige bezitter, aan deze in eigendom afgestaan onder de nodige beperkingen, bij ordonnantie te stellen en in de eigendomsbrief uit te drukken, ten aanzien van de verplichtingen jegens de lande en de gemmeente en van de bevoegdheid tot verkoop aan niet-Inlanders.*
  - h. *Verhuur of ingebruikgeving van grond door Inlanders aan niet-Inlanders geschiedt volgens regels bij ordonanntie te stellen.*

Terjemahan Bahasa Indonesia:

- a. Gubernur Jenderal tidak boleh menjual tanah.
- b. Dalam larangan ini tidak termasuk tanah-tanah kecil untuk perluasan kota dan desa dan untuk mendirikan perusahaan-perusahaan.
- c. Gubernur Jenderal dapat menyewakan tanah menurut peraturan perundang-undangan. Dalam peraturan ini tidak termasuk tanah-tanah yang telah dibuka oleh rakyat asli atau yang digunakannya untuk pengembala ternak umum, ataupun yang masuk lingkungan desa untuk keperluan lain.
- d. Dengan peraturan perundang-undangan akan diberikan tanah-tanah dengan hak *erfpacht* untuk paling lama 75 tahun.
- e. Gubernur Jenderal menjaga, jangan sampai pembelian tanah-tanah itu melanggar hak rakyat asli.
- f. Gubernur Jenderal tidak akan mengambil kekuasaan atas tanah-tanah yang telah dibuka rakyat asli untuk keperluan mereka sendiri atau yang masuk lingkungan desa untuk keperluan lain, kecuali untuk kepentingan umum berdasarkan Pasal 133; dan untuk keperluan perkebunan yang diselenggarakan atas perintah atasan menurut peraturan-peraturan yang berlaku untuk itu; segala sesuatu dengan pemberian pengganti kerugian yang layak.
- g. Tanah-tanah yang dimiliki rakyat asli dapat diberikan kepada mereka itu dengan hak *eigendom*, disertai syarat-syarat pembatasan yang diatur dalam undang-undang dan harus tercantum dalam surat tanda *eigendom* itu, yakni mengenai kewajiban-kewajiban pemilik kepada negara dan desa; dan pula tentang hak menjualnya kepada orang yang tidak masuk golongan rakyat asli.
- h. Persewaan tanah oleh rakyat asli kepada orang-orang bukan rakyat asli berlaku menurut peraturan perundang-undangan.

Ketentuan mengenai hak-hak baru pada tahun 1870, meliputi:

- a. tentang pemberian hak *erfpacht* atas tanah hutan belukar;
- b. perlindungan hak rakyat asli atas tanah;
- c. membuka kemungkinan bagi rakyat untuk mendapat hak yang lebih kuat atas tanahnya; dan
- d. persewaan tanah oleh bangsa Indonesia kepada bangsa asing.

Dua jenis kepentingan yang bertentangan mendapat kepastian yaitu: (1) kepentingan modal asing di bab 1 dan 4; dan, (2) kepentingan rakyat asli di bab 2 dan 3.



### c. Periode Peralihan Politik Kolonial Liberal ke Politik Etis (1870-1900)

Tahun 1870 merupakan tahun penutup bagi zaman penghisapan kekayaan Indonesia oleh negara Belanda. Zaman baru mulai menginjak, kekayaan Indonesia selanjutnya tidak diperas lagi oleh negara Belanda, tetapi oleh modal partikelir negeri Belanda. Sebagian dari rakyat Belanda menyangka, perubahan itu akan membawa perbaikan nasib dan kesejahteraan bagi bangsa Indonesia, tetapi harapan itu ternyata kemudian hanya menjadi impian saja. Van Welderen Rengers, dalam bukunya yang berjudul *“Schets eener parlementaire geschiedenis van 1849-1891”* telah menulis:

*“Voor menigeeen, die gehoor gevende aan edelmoedige impulsies of ook wellicht door de voorspiegeling, dat de ontwikkeling en de welvaart op Java door de vrije arbeid een ongekende vlucht zou nemen, zijn medewerking aan de liberale koloniale politiek had geschonken, zouden trouwens de jaren na 1877 menige teleurstelling opleveren”.*

“Buat kebanyakan orang yang karena dorongan budi suci atau barangkali juga karena bayangan, seakan-akan perkembangan dan kemakmuran rakyat di Jawa dengan berlakunya sistem “kerja bebas” akan maju dengan pesat sekali, telah membantu terlaksananya politik penjajahan menurut dasar liberal; buat mereka itu masa semenjak Tahun 1877 akan menimbulkan rasa kekecewaan belaka”.

Demikian kenyataan yang sebenar-benarnya dari pada alasan-alasan muluk seperti; membawa keamanan, memberi peradaban dan membela kemanusiaan yang seringkali diperdengarkan oleh pemerintah Belanda. *Agrarische wet* 1870 adalah memiliki tujuan untuk memberi kesempatan luas untuk perkembangan modal asing (terutama modal Belanda) dan melindungi atau memperkuat hak tanah bagi bangsa Indonesia asli. Tujuan yang pertama tercapai dengan hasil yang gilang-gemilang; yang kedua sama sekali tiada bayangan hasil sedikitpun. Akibatnya bagi bangsa Indonesia, terutama di Jawa adalah sangat menyedihkan.

Begitulah sejak VOC menguasai beberapa daerah di Jawa, sampai akhirnya negara Belanda mengganti kekuasaan VOC itu, banyak tanah-tanah dijual oleh Gubernur Jenderal dengan tidak menghiraukan hak atau nasib penduduk asli yang ada di tanah itu. Daendels, bahkan telah melakukan penjualan tanah secara besar-besaran untuk memperkaya diri sendiri dan Raffles yang sementara menggantikan Daendels di Jawa selama pemerintahan Inggris pun telah menjalankan hal yang sama pula. Tetapi Raffles adalah orang yang berilmu. Ia tahu juga, tindakan-tindakan yang diambilnya mengenai tanah, harus ada dasarnya; dasar hukum yang dikehendaki itu ada. Sudah menjadi adat-kebiasaan bangsa Inggris akan menyebut semua tanah miliknya itu adalah kepunyaan Raja.

Demikianlah kenyataan sebenarnya tentang sebutan “Tanah kepunyaan Raja” itu, tetapi bagi Raffles adalah bukan kenyataannya yang diperlukan. Raffles hanya menghajatkan suatu dasar hukum untuk menjalankan politiknya yang baru dan anggapan rakyat di Jawa yang memandang semua tanah itu kepunyaan Raja adalah sudah cukup bagi Raffles untuk memproklamirkan sekarang hak Raja atas tanah itu adalah telah beralih seluruhnya kepada pemerintah Inggris. Berdasarkan teori tersebut, kemudian Raffles telah mengadakan pajak bumi atau lebih dikenal dengan nama “*Landrente*”.

Pada saat kekuasaan Belanda kembali di Indonesia pada tahun 1816, keadaan di negerinya sendiri amat kalut. Dua puluh tahun lamanya mereka mengalami penjajahan oleh Perancis dibawah Kaisar Napoleon, perdagangan, perindustrian, perkapalan, modal dan segala usaha negeri Belanda hampir-hampir lumpuh adanya.

Pemungutan *landrente* ciptaan Raffles adalah tetap dilanjutkan, tetapi kekayaan yang masuk kas negeri jauh dari pada mencukupi untuk membangun

perekonomian negeri Belanda, kemudian pada saat itu dibentuklah suatu badan perniagaan yang diberi nama “*Nederlandsche Hendels-maatschappij*” atau sering disingkat “*Faktorij*”, yang memegang monopoli dagang di Indonesia. Disamping itu juga didirikan *Javasche Bank* yang keuangannya dipikul separoh-separoh antara Pemerintah dan *Faktorij* tersebut, tetapi hasilnya belum maksimal juga.

Pasal 1 *Agrarisch Besluit*, adalah telah membuka kesempatan yang leluasa bagi pemerintah Hindia Belanda untuk bertindak sekehendak hati mengenai tanah-tanah di luar yang sungguh-sungguh dipakai oleh rakyat untuk tempat tinggal atau pertanian tetap. Begitulah sebagian besar dari pada sabda raja tadi berisi peraturan-peraturan tentang cara pemberian hak yang disebut *erfpacht*, bersandarkan Pasal 51 *Indische Staatsregeling*, ayat (4). Selain dengan hak *erfpacht* pemerintah dapat pula memberi izin orang memakai tanah dengan hak opstal, sewa, hak pinjam dan pakai. Di dalam semua itu Belanda bertindak sebagai pemilik tanah. Juga tentang tanah yang sudah dimiliki oleh rakyat, Belanda berpendirian, hanya negerilah yang berhak menjual atau memberi hak *opstal* di atasnya.

Kepada rakyat pemilik tanah yang menjual sebidang tanahnya itu, bukan uang pembelian yang diterimanya dari orang bangsa asing, tetapi dianggap hanya diberi kerugian, uang tebusan hak menurut nilai tanah dikalangan rakyat sendiri. Adapun harga *eigendom*, setelah dipotong uang kerugian tersebut, masuk dalam kas negeri Hindia Belanda selaku uang pembelian tanah yang resmi. Begitulah tanah Indonesia banyak sekali yang jatuh dalam tangan bangsa asing, dengan hak asing. Seperti halnya dalam lapangan lain, maka dalam hukum tanah di zaman penjajahan Belanda ada dua macam hukum, hukum barat bagi bangsa asing, hukum adat bagi bangsa Indonesia asli. Dualisme inilah yang menjadi dasar hukum

di masa itu.

Menilik yang penjelasan di atas, apabila orang hendak mengetahui arti dan isi hak-hak yang diberikan pemerintah kepada bangsa asing dulu, pertama kali harus dicari arti dan isi itu dalam undang-undang perdata. Di bawah ini akan diuraikan tentang beberapa hak-hak barat yang memiliki arti dalam perekonomian pada saat itu, meliputi:

#### 1) Hak Eigendom

Hak *eigendom* adalah hak yang terkuat yang dapat diperoleh atas benda, jadi juga atas tanah. Tentang hak eigendom ketentuannya terdapat pada Pasal 570 Undang-Undang Perdata (*Burgelijk Wet Book*) dan pasal-pasal selanjutnya. Hak eigendom itu pada umumnya hanya dibatasi oleh ketentuan, orang tidak boleh menggunakan haknya itu sampai mengganggu hak orang lain, dan orang harus selalu mengindahkan peraturan-peraturan pemerintah. Untuk kepentingan umum hak eigendom dapat dicabut oleh negara dengan pemberian kerugian yang layak.

#### 2) Hak Erfpacht

Hak *erfpacht* pada umumnya diatur dalam Pasal 720 Undang-Undang Hukum Perdata dan pasal-pasal selanjutnya. Menurut pasal-pasal itu hak *erfpacht* adalah hak untuk menggunakan tanah kepunyaan orang lain, dengan kekuasaan sepenuhnya; hanya ada kewajiban tiap-tiap tahun membayar uang “pacht” kepada pemilik tanah sebagai tanda pengakuan hak miliknya itu. Menurut Pasal 721 Undang-Undang Perdata orang yang punya hak *erfpacht* (*erfpachter*) boleh menggunakan tanah itu seakan-akan ialah pemiliknya sendiri, hanya dengan syarat nilai tanah tidak boleh berkurang karena

pemakaian itu. Hak *erfpacht* itu turun temurun selama waktu hak belum habis, artinya waktu yang ditentukan dalam perjanjian *erfpacht* belum berakhir.

Selainnya undang-undang perdata ada pula peraturan-peraturan khusus untuk hak *erfpacht* yang diberikan pemerintah Hindia Belanda, yakni Pasal 9 sampai dengan Pasal 17 *Agrarisch besluit*; beberapa *erfpachtsordonnantie* dan peraturan pemerintah yang termuat dalam *bijblad*, misalnya *bijblad* 3854, 7373 dan 12479. Syarat khusus dapat pula dimuat dalam surat keterangan *erfpacht* buat perusahaan masing-masing.

Buat di Jawa luasnya tanah yang boleh diberikan dengan hak *erfpacht* dibatasi sampai 500 hektar tiap persil. Prakteknya pembatasan itu tidak berarti, karena perusahaan dapat memperoleh berapa persilpun yang dihajatkan. Waktu hak *erfpacht* diberikan 75 tahun lamanya; menurut peraturan yang terakhir (tahun 1914) dalam tempo yang tertentu (3, 6, 10 tahun) sebagian dari pada tanah itu, ( $1/10$ ,  $1/3$ ,  $1/5$ ) harus sudah dikerjakan (*bebouwingsclausule*). Di luar Jawa angka-angka tersebut lebih luas lagi. Sekian tentang hak *erfpacht* yang perlu penulis ketahui.

### 3) Hak Opstal

Hak opstal adalah suatu hak barat yang tercantum dalam Pasal 711 Undang-Undang Perdata (KUHP) dinyatakan hak opstal adalah hak untuk mempunyai rumah-rumah, bangunan-bangunan dan atau tanaman di atas tanah orang lain. Opstal yang diberikan pemerintah berarti hak atas tanah kepunyaan negara. Selain di dalam undang-undang perdata ada pula peraturan



pemerintah yang khusus mengatur tentang opstal di atas tanah negeri, yakni stbl. 1872 No. 124, stbl. 1912 No. 178, dan stbl. 1914 No. 604.

Hak *opstal* diberikan untuk 30 tahun lamanya. Tentang luasnya tanah tidak ada ketentuannya, tetapi hanya ada pedoman, tanah *opstal* tidak boleh lebih luas daripada kalau diberikan dengan hak *eigendom*, jadi seluas-luasnya 10 *bouw*. Pada hakekatnya antara hak *erfpacht* orang membayar canon tiap-tiap tahun; buat opstal orang membayar separo dari pada harga buat *eigendom* sekaligus.

Ketiga hak atas tanah tersebut adalah yang paling penting artinya untuk perekonomian bangsa pada saat itu. Di atas telah disinggung, jika telah terjadi pembelian tanah oleh bangsa asing dari seorang rakyat asli, maka selaku hukumnya pembelian itu tidak sah. Ini disebabkan karena adanya larangan bagi rakyat Indonesia akan menjual tanahnya kepada bangsa asing menurut *staatsblad* 1875 No. 179. Maksud larangan itu akan melindungi rakyat, sesuai dengan ayat 2 *Agrarisch Wet*, supaya tidak dengan segera kehabisan tanah, habis terjual kepada bangsa asing yang perekonomiannya lebih kuat.

## 7. Terbentuknya Undang-Undang Pokok Agraria.

Sebelum membahas lebih lanjut tentang sejarah terbentuknya UUPA, perlu kiranya memperhatikan pendapat dari AP. Parlindungan<sup>132</sup> yang telah menegaskan tentang arti penting memahami “sistem” dan filosofi” keagrariaan di Indonesia dalam rangka penerapan UUPA secara murni dan konsekuen, sebagai berikut:

---

<sup>132</sup> AP. Parlindungan, *Komentar Atas Undang-Undang Pokok Agraria*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1991, hlm. 3.

“Hanya memahami materi-materi UUPA, belum dapat memahami seluruh permasalahan, jika tidak mengkaitkannya dengan filosofi bangsa Indonesia, pandangan Hukum Adat bangsa Indonesia, teori-teori hukum pada umumnya dan kemudian kerangka-kerangka dari UUPA itu sendiri dan demikian pula bagaimana UUPA “*in action*” sebagaimana yang penulis lihat, demikian pula dengan studi komperatif dengan lembaga hak sejenis di negara lain. Fenomena-fenomena yang kelihatan belum tentu itu merupakan praktek sebenarnya dari UUPA, dan akibat dari salahnya penulis memahami UUPA itu maka terjadilah penyimpangan-penyimpangan. untuk memahami UUPA harus dilakukan dengan logika (UUPA) agraria, artinya penyelesaian masalah agraria, harus ditafsirkan sesuai dengan ketentuan-ketentuan dari undang-undang itu sendiri, bukan menurut logika yang mungkin penulis pikirkan. Bagi para teoritis/praktisi agraria yang tidak mengikuti perkembangan hukum agraria, bisa saja terpelehet dalam penyelesaian-penyelesaian masalah-masalah agraria, dan berbeda dengan kesimpulan-kesimpulan yang seharusnya menurut UUPA, apalagi ketentuan-ketentuan Agraria ini tersebar dalam Kepres, Peraturan Menteri Agraria, Keputusan Menteri Agraria, Intruksi Menteri Dalam Negeri, Edaran Dirjen Agraria/Menteri Dalam Negeri, surat menyurat dan lain-lain, tentunya selain dari undang-undang dan peraturan pemerintah yang sudah diterbitkan. Belum lagi penjelasan-penjelasan dari para direktur di lingkungan Direktorat Jenderal Agraria (sekarang Kepala BPN/deputi). Selalu UUPA “dihukum”, karena dianggap gagasan Partai Komunis Indonesia (PKI), sehingga tidak perlu dilaksanakan dengan konsekuen, demikian pula yang meragukan peranan dari UUPA dalam pembangunan ekonomian, sosial dan ketahanan bangsa. Pertanyaan-pertanyaan apakah masih relevan atau tidak, UUPA untuk bangsa selalu saja dilontarkan”.

Terbitnya UUPA yang diundangkan pada tanggal 24 September 1960 dalam lembaran Negara Nomor 104 Tahun 1960, merupakan sebuah hal yang sudah lama dicita-citakan oleh pemerintah Indonesia untuk merombak seluruh “sistem” dan “filosofi” keagrarian di Indonesia.

Pekerjaan membuat suatu hukum agraria yang unifikasi bagi seluruh tumpah darah Indonesia tidaklah semudah seperti yang penulis dapat rencanakan atau pikirkan. Banyak faktor-faktor yang akan mempengaruhinya, apakah itu dari konstelasi politik pada saat dibentuknya, ataupun pandangan-pandangan dan pembicaraan di Dewan Perwakilan Rakyat. Hal satu hal yang tetap melandasi UUPA tersebut, yaitu Pancasila dan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945.

Pada tanggal 1 September 1960 rencana undang-undang tersebut telah dibicarakan dalam rapat gabungan komisi-komisi dengan pemerintah yang diwakili oleh Menteri Agraria, Mr. Sadjarwo.

Jawaban pemerintah atas pemandangan umum para anggota Dewan Perwakilan Rakyat-Gotong Royong (DPR-GR) yang diucapkan oleh Mr. Sadjarwo selaku Menteri Agraria sebagai berikut:

“Rancangan Undang-Undang ini selain akan menumbangkan puncak kemegahan modal asing yang telah berabad-abad memeras kekayaan dan tenaga bangsa Indonesia, hendaknya akan mengakhiri pertikaian dan sengketa-sengketa tanah antara rakyat dan kaum pengusaha asing, dengan aparat-aparatnya yang mengadu dombakan aparat-aparat pemerintah dengan rakyatnya sendiri, yang akibatnya mencetuskan peristiwa-peristiwa berdarah dan berkali-kali pentraktor-pentraktor yang sangat menyedihkan”.

Manifesto politik sebagai landasan politik atau sebagai garis-garis besar dari pada haluan negara, yang merupakan amanat Presiden pada tanggal 17 Agustus 1960 (Lembaran Negara Nomor 10 Tahun 1960) sebagaimana penulis ketahui juga menjadi landasan politik UUPA (tercantum dalam “mengingat” dalam konsiderans UUPA) telah dicabut dengan Tap MPRS Nomor XXXVIII/MPRS/1968.

Dalam konsiderans “memutuskan” penulis membaca dengan jelas

dicabutnya ketentuan-ketentuan agraria dari zaman Hindia Belanda, yaitu asas domein sebagai dasar dari pada perundang-undangan agraria yang berasal dari pemerintah Hindia Belanda (Pasal 1 Agraris Besluit S 1870-118, S 1874-94, S 1877-55 dan S 1888-58).<sup>133</sup>

Pidato Pengantar Menteri Agraria pada Rancangan Undang-Undang (RUU) tersebut menyatakan perombakan hukum agraria nasional berjalan erat dengan sejarah perjuangan bangsa Indonesia untuk melepaskan diri dari cengkeraman, pengaruh dan sisa-sisa penjajahan.<sup>134</sup>

Manifesto politik menjadi landasan dari UUPA pada tahun 1960 dan manifesto politik ketika itu adalah sejenis Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN), maka tentunya penulis harus dalam kehendak politik yang berkembang sekarang selalu menyesuaikan dengan GBHN-GBHN yang mendasari dan memayungi seluruh sistem kehidupan dalam masyarakat termasuk perundang-undangan. Dengan demikian kelirulah kalau penulis berpandangan sekali UUPA itu berlandaskan Manifesto Politik sebagai GBHN, maka kan selamanya demikian.

Namun yang jelas sekarang, UUPA yang pada ketentuan undang-undang diberi nama Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria adalah perwujudan daripada ketentuan Pasal 33 ayat 3 UUD 1945, yang berbunyi: “Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”. Pasal 33 ayat (3) ini adalah telah terbiasa dan dikembangkan oleh Pasal 1 dan Pasal 2 UUPA.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Memori Penjelasan II/2, Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA).

<sup>134</sup> Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia: Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid I, *Hukum Tanah Nasional*, Cetakan VIII, Edisi Revisi 1998, hlm. 68.

<sup>135</sup> AP. Parlindungan, *Pedoman Pelaksanaan Undang-Undang Pokok Agraria Dan Tata Cara Pejabat Pembuat Akta Tanah*, Penerbit Alumni, Bandung, 1978, hlm. 2.

Di dalam Negara Republik Indonesia, yang susunan kehidupan rakyatnya, termasuk perekonomiannya, terutama masih bercorak agraria, bumi, air dan ruang angkasa, sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa mempunyai fungsi yang amat penting untuk membangun masyarakat yang adil dan makmur sebagai yang penulis cita-citakan. Dalam pada itu hukum Agraria yang berlaku sekarang ini, yang seharusnya merupakan salah satu alat yang penting untuk membangun masyarakat yang adil dan makmur tersebut, ternyata bahkan sebaliknya, dalam banyak hal justru merupakan penghambat dari pada tercapainya cita-cita diatas.

Berhubung dengan itu maka perlu adanya hukum agraria baru yang nasional, yang akan mengganti hukum yang berlaku sekarang ini, yang tidak lagi bersifat dualisme, yang sederhana dan yang menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia. Hukum agraria yang baru itu harus memberi kemungkinan akan tercapainya fungsi bumi, air dan ruang angkasa sebagai yang dimaksudkan diatas dan harus sesuai pula dengan kepentingan rakyat dan Negara serta memenuhi keperluannya, menurut permintaan zaman dalam segala soal agraria. Lain dari itu hukum agraria nasional harus mewujudkan penjelmaan dari pada asas kerokhanian, Negara dan cita-cita Bangsa, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Perikemanusiaan, Kebangsaan, Kerakyatan dan Keadilan Sosial serta khususnya harus merupakan pelaksanaan dari pada ketentuan dalam pasal 33 Undang-undang Dasar dan Garis-garis besar dari pada haluan Negara yang tercantum didalam Manifesto Politik Republik Indonesia tanggal 17 Agustus 1959 dan ditegaskan didalam Pidato Presiden tanggal 17 Agustus 1960.



Pada pokoknya, Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) adalah memiliki tujuan-tujuan sebagai berikut ini<sup>136</sup>:

- a. Meletakkan dasar-dasar bagi penyusunan hukum agraria nasional, yang akan merupakan alat untuk membawakan kemakmuran, kebahagiaan dan keadilan bagi Negara dan rakyat, terutama rakyat tani, dalam rangka masyarakat yang adil dan makmur.
- b. Meletakkan dasar-dasar untuk mengadakan kesatuan dan kesederhanaan dalam hukum pertanahan.
- c. Meletakkan dasar-dasar untuk memberikan kepastian hukum mengenai hak-hak atas tanah bagi rakyat seluruhnya.

Sementara itu, dasar-dasar dari hukum agraria nasional di Indonesia adalah meliputi:<sup>137</sup>

**a. Asas Nasionalitas**

Pertama-tama dasar kenasionalan itu adalah diletakkan dalam Pasal 1 ayat (1) UUPA, yang menyatakan: "Seluruh wilayah Indonesia adalah kesatuan tanah-air dari seluruh rakyat Indonesia, yang bersatu sebagai bangsa Indonesia" dan Pasal 1 ayat (2) yang berbunyi: "Seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya dalam wilayah Republik Indonesia sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa, adalah bumi, air dan ruang angkasa bangsa Indonesia dan merupakan kekayaan nasional".

Ini berarti bumi, air dan ruang angkasa dalam wilayah Republik Indonesia yang kemerdekaannya diperjuangkan oleh bangsa sebagai

---

<sup>136</sup> Penjelasan Umum Bab I - Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960, Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

<sup>137</sup> Penjelasan Umum Bab II - Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960, Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

keseluruhan, menjadi hak pula dari bangsa Indonesia, jadi tidak semata-mata menjadi hak dari para pemiliknya saja.

Demikian pula tanah-tanah di daerah-daerah dan pulau-pulau tidaklah semata-mata menjadi hak rakyat asli dari daerah atau pulau yang bersangkutan saja. Dengan pengertian demikian maka hubungan bangsa Indonesia dengan bumi, air dan ruang angkasa Indonesia merupakan semacam hubungan hak ulayat yang diangkat pada tingkatan yang paling atas, yaitu pada tingkatan yang mengenai seluruh wilayah Negara.

Adapun hubungan antara bangsa dan bumi, air serta ruang angkasa Indonesia itu adalah hubungan yang bersifat abadi (Pasal 1 ayat 3 UUPA). Ini berarti selama rakyat Indonesia yang bersatu sebagai bangsa Indonesia masih ada dan selama bumi, air serta ruang angkasa Indonesia itu masih ada pula, dalam keadaan yang bagaimanapun tidak ada sesuatu kekuasaan yang akan dapat memutuskan atau meniadakan hubungan tersebut. Dengan demikian Irian Barat, yang merupakan bagian dari bumi, air dan ruang angkasa Indonesia berada di bawah kekuasaan penjajah, atas dasar ketentuan pasal ini bagian tersebut menurut hukum tetap merupakan bumi, air dan ruang angkasa bangsa Indonesia juga.

Adapun hubungan antara bangsa dan bumi, air serta ruang angkasa tersebut tidak berarti, hak milik perseorangan atas (sebagian dari) bumi tidak dimungkinkan lagi. Diatas telah dikemukakan, hubungan itu adalah semacam hubungan hak ulayat, jadi bukan berarti hubungan milik. Dalam rangka hak ulayat dikenal adanya hak milik perseorangan. Kiranya dapat ditegaskan dalam hukum agraria yang baru dikenal pula hak milik yang dapat dipunyai seseorang, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang-orang lain atas

bagian dari bumi Indonesia (Pasal 4 *jo* Pasal 20 UUPA). Dalam pada itu hanya permukaan bumi saja, yaitu yang disebut tanah, yang dapat dihaki oleh seseorang.

Selain hak milik sebagai hak turun-temurun, terkuat dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atas tanah, diadakan pula HGU, hak guna bangunan, hak pakai, hak sewa, dan hak-hak lainnya yang akan ditetapkan dengan Undang-undang lain (Pasal 4 *jo* Pasal 16 UUPA).

Menurut Martin Roestamy, penerapan asas nasionalitas dalam UUPA, terutama dalam kepemilikan hak atas tanah, memberi konsekuensi adanya perbedaan perlakuan antara Warga Negara Indonesia dengan Warga Negara Asing.<sup>138</sup>

#### **b. Asas Penguasaan Negara**

Asas *domein* yang dipergunakan sebagai dasar dari pada perundang-undangan agraria yang berasal dari Pemerintah jajahan adalah tidak dikenal dalam hukum agraria yang baru. Asas *domein* adalah bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat Indonesia dan asas dari pada Negara yang merdeka dan modern. Berhubung dengan ini maka asas tersebut, yang dipertegas dalam berbagai "pernyataan domein", yaitu misalnya dalam Pasal 1 *Agrarisch Besluit* (S.1870-118), S.1875-119a, S.1874-94f, S.1888-58 ditinggalkan dan pernyataan-pernyataan domein itu dicabut kembali.

UUPA berpangkal pada pendirian untuk mencapai yang ditentukan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang menyebutkan: "bumi, air, dan kekayaan alam

---

<sup>138</sup> Martin Roestamy, *Konsep-Konsep Hukum Kepemilikan Properti Bagi Asing (Dihubungkan Dengan Hukum Pertanahan)*, Penerbit PT. Alumni, Bandung, 2011, hlm 98.

yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran”.

Merujuk pada rumusan Pasal ayat (3) UUD 1945 ini terdapat frasa “dikuasai oleh negara”, apakah maknanya hanya mengatur dan mengawasi pemanfaatan, atau turut ambil bagian dalam mengusahakan, atau memiliki sehingga dapat mengalihkan kepada pihak-pihak lain atau memberikan hak tertentu pada pihak lain.<sup>139</sup>

Pertanyaan di atas, terjawab dalam Pasal 2 ayat (2) UUPA yang menyatakan: “Hak menguasai dari negara termaksud dalam Pasal 33 ayat (1) UUD 1945 memberi wewenang:

- a. mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan, dan pemeliharaan bumi, air, dan ruang angkasa tersebut;
- b. menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air, dan ruang angkasa; dan
- c. menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa”.

Penguasaan tanah oleh negara bertujuan untuk menjamin agar pemanfaatan tanah sebagai alat/cabang produksi benar-benar bermanfaat bagi kemakmuran rakyat. Menurut Bung Hatta, “dikuasai oleh negara tidak berarti negara sendiri menjadi penguasa, usahawan, atau *ondernemer*. Lebih tepat dikatakan kekuasaan negara terdapat pada membuat peraturan guna kelancaran jalan ekonomi, peraturan yang melarang pula „penghisapan” orang yang lemah oleh orang yang bermodal.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, Penerbit Bandung: Mandar Maju, 1995, hlm. 54.

<sup>140</sup> *Ibid.* hlm. 72.

Selanjutnya Pasal 4 ayat (1) UUPA menyatakan dasar hak menguasai dari negara yang tercantum dalam pasal 2 ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi, yang disebut tanah, yang dapat diberikan kepada dan dipunyai oleh orang-orang, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang-orang lain serta badan-badan hukum.

Merujuk uraian di atas, Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 merupakan landasan konstitusional bagi negara untuk memberikan hak atas tanah kepada perorangan dan badan hukum sesuai dengan keperluannya.

### **c. Pengakuan Hak Ulayat**

Bertalian dengan hubungan antara bangsa dan bumi serta air dan kekuasaan negara sebagai yang disebut dalam Pasal 1 dan 2 UUPA maka didalam Pasal 3 UUPA diadakan ketentuan mengenai Hak Ulayat dari kesatuan-kesatuan masyarakat hukum, yang dimaksud akan mendudukkan hak itu pada tempat yang sewajarnya didalam alam bernegara dewasa ini. Pasal 3 UUPA itu menentukan:

"Pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa hingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi".

Ketentuan ini pertama-tama berpangkal pada pengakuan adanya hak ulayat itu dalam hukum-agraria yang baru. Sebagaimana diketahui biarpun menurut kenyataannya hak ulayat itu ada dan berlaku serta diperhatikan pula didalam keputusan-keputusan hakim, belum pernah hak tersebut diakui secara resmi didalam Undang-Undang, dengan akibat di dalam melaksanakan peraturan-peraturan agraria hak ulayat itu pada zaman penjajahan dulu sering kali diabaikan.



Berhubung dengan disebutkan hak ulayat didalam Undang-undang Pokok Agraria, yang pada hakekatnya berarti pula pengakuan hak itu, maka pada dasarnya hak ulayat itu akan diperhatikan, sepanjang hak tersebut menurut kenyataannya memang masih ada pada masyarakat hukum yang bersangkutan. Misalnya didalam pemberian sesuatu hak atas tanah (umpamanya HGU) masyarakat hukum yang bersangkutan sebelumnya akan didengar pendapatnya dan akan diberi "*recognitie*", yang berhak menerimanya selaku pegang hak ulayat itu.

#### **d. Tanah Mempunyai Fungsi Sosial**

Dasar yang keempat diletakkan dalam Pasal 6 UUPA, yaitu "Semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial". Ini berarti, hak atas tanah apapun yang ada pada seseorang, tidaklah dapat dibenarkan, tanahnya itu akan dipergunakan (atau tidak dipergunakan) semata-mata untuk kepentingan pribadinya, apalagi kalau hal itu menimbulkan kerugian bagi masyarakat. Penggunaan tanah harus disesuaikan dengan keadaannya dan sifat daripada haknya, hingga bermanfaat baik bagi kesejahteraan dan kebahagiaan yang mempunyainya maupun bermanfaat bagi masyarakat dan Negara.

Tetapi dalam pada itu ketentuan tersebut tidak berarti, kepentingan perseorangan akan terdesak sama sekali oleh kepentingan umum (masyarakat). Undang-Undang Pokok Agraria memperhatikan pula kepentingan-kepentingan perseorangan. Kepentingan masyarakat dan kepentingan perseorangan haruslah saling mengimbangi, hingga pada akhirnya akan tercapailah tujuan pokok; kemakmuran, keadilan dan kebahagiaan bagi rakyat seluruhnya (Pasal 2 ayat (3) UUPA).

Berhubung dengan fungsi sosialnya, maka adalah suatu hal yang sewajarnya tanah itu harus dipelihara baik-baik, agar bertambah kesuburannya serta dicegah kerusakannya. Kewajiban memelihara tanah ini tidak saja dibebankan kepada pemiliknya atau pemegang haknya yang bersangkutan, melainkan menjadi beban pula dari setiap orang, badan-hukum atau instansi yang mempunyai suatu hubungan hukum dengan tanah itu (Pasal 15 UUPA). Dalam melaksanakan ketentuan ini akan diperhatikan kepentingan pihak yang ekonomis lemah.

#### **e. Asas Persamaan dalam Memperoleh Hak Atas Tanah**

Sesuai dengan Pasal 9 UUPA disebutkan bahwa “Tiap-tiap warga negara Indonesia, baik laki-laki maupun wanita mempunyai kesempatan yang sama untuk memperoleh suatu hak atas tanah serta untuk mendapat manfaat dan hasilnya, baik bagi diri sendiri maupun keluarganya.”

Asas ini mempunyai makna warga negara Indonesia baik laki-laki maupun perempuan mempunyai kesempatan yang sama untuk memperoleh hak atas tanah. Bahkan tidak dipermasalahkan warga negara Indonesia asli, warga negara Indonesia keturunan, atau warga negara Indonesia naturalisasi. Disamping itu, tidak dibedakan agama maupun suku dari warga negara Indonesia tersebut.

Hak atas tanah yang diperoleh adalah semua hak atas tanah yang meliputi hak milik, HGU, hak guna bangunan, hak pakai, maupun hak sewa untuk bangunan. Manfaat dan hasil yang diperoleh dari hak atas tanah tidak hanya dirasakan oleh dirinya sendiri, akan tetapi keluarganya juga dapat memperolehnya.

Merujuk pada Pasal 9 UUPA di atas, perlu diadakan perlindungan bagi golongan warga negara Indonesia dari penguasaan atas tanah oleh karena itu

diperjelas dan dipertegas oleh Pasal 21 ayat (1) UUPA hanya warga negara Indonesia saja yang dapat mempunyai hak milik atas tanah, hak milik tidak dapat dipunyai oleh orang asing dan pemindahan hak milik kepada orang asing dilarang (Pasal 26 ayat (2) UUPA). Orang-orang asing dapat mempunyai tanah dengan hak pakai yang luasnya terbatas. Demikian juga pada dasarnya badan-badan hukum tidak dapat mempunyai hak milik (Pasal 21 ayat (2) UUPA).

Pertimbangan untuk melarang badan-badan hukum mempunyai hak milik atas tanah, ialah karena badan-badan hukum tidak perlu mempunyai hak milik tetapi cukup hak-hak lainnya, asal saja ada jaminan-jaminan yang cukup bagi keperluan-keperluannya yang khusus (HGU, hak guna bangunan, hak pakai menurut Pasal 28, Pasal 35 dan Pasal 41 UUPA). Dengan demikian maka dapat dicegah usaha-usaha yang bermaksud menghindari ketentuan-ketentuan mengenai batas maksimum luas tanah yang dipunyai dengan hak milik (Pasal 17 UUPA).

Meskipun pada dasarnya badan-badan hukum tidak dapat mempunyai hak milik atas tanah, tetapi mengingat akan keperluan masyarakat yang sangat erat hubungannya dengan faham keagamaan, sosial dan hubungan perekonomian, maka diadakan suatu *escape-clause* yang memungkinkan badan-badan hukum tertentu mempunyai hak milik. Dengan adanya *escape-clause* ini maka cukup nanti apabila ada keperluan akan hak milik bagi sesuatu atau macam badan hukum diberikan dispensasi oleh Pemerintah, dengan jalan menunjuk badan hukum tersebut sebagai badan-badan hukum yang dapat mempunyai hak milik atas tanah (Pasal 21 ayat (2) UUPA).

Badan-badan hukum yang bergerak dalam lapangan sosial dan keagamaan ditunjuk dalam Pasal 49 UUPA sebagai badan-badan yang dapat mempunyai

hak milik atas tanah, tetapi sepanjang tanahnya diperlukan untuk usahanya dalam bidang sosial dan keagamaan itu. Dalam hal-hal yang tidak langsung berhubungan dengan bidang itu mereka dianggap sebagai badan hukum biasa.

#### **f. Pemegang Hak Atas Tanah Harus Mengerjakan Sendiri Tanahnya**

Ketentuan dalam Pasal 10 ayat (1) dan ayat (2) UUPA dirumuskan suatu asas yang pada dewasa ini sedang menjadi dasar daripada perubahan-perubahan dalam struktur pertanahan hampir diseluruh dunia, yaitu dinegara-negara yang telah/sedang menyelenggarakan apa yang disebut *landreform* atau *agrarian reform* yaitu, "Tanah pertanian harus dikerjakan atau diusahakan secara aktif oleh pemiliknya sendiri".

Agar supaya semboyan ini dapat diwujudkan perlu diadakan ketentuan-ketentuan lainnya. Misalnya perlu ada ketentuan tentang batas minimum luas tanah yang harus dimiliki oleh orang tani, supaya ia mendapat penghasilan yang cukup untuk hidup layak bagi diri sendiri dan keluarganya (Pasal 13 *jo* Pasal 17 UUPA). Pula perlu ada ketentuan mengenai batas maksimum luas tanah yang boleh dipunyai dengan hak milik (Pasal 17 UUPA), agar dicegah tertumpuknya tanah ditangan golongan-golongan yang tertentu saja.

Dalam hubungan ini Pasal 7 UUPA telah memuat suatu asas yang penting, yaitu pemilikan dan penguasaan tanah yang melampaui batas tidak diperkenankan, karena hal yang demikian itu adalah merugikan kepentingan umum. Akhirnya ketentuan itu perlu dibarengi pula dengan pemberian kredit, bibit dan bantuan-bantuan lainnya dengan syarat-syarat yang ringan, sehingga pemiliknya tidak akan terpaksa bekerja dalam lapangan lain, dengan menyerahkan penguasaan tanahnya kepada orang lain.

Dalam pada itu mengingat akan susunan masyarakat pertanian penulis sebagai sekarang ini kiranya sementara waktu yang akan datang masih perlu dibuka kemungkinan adanya penggunaan tanah pertanian oleh orang-orang yang bukan pemiliknya, misalnya secara sewa, berbagi hasil, gadai dan lain sebagainya. Tetapi segala sesuatu peraturan-peraturan lainnya, yaitu untuk mencegah hubungan-hubungan hukum yang bersifat penindasan silemah oleh si-kuat (Pasal 24, Pasal 41 dan Pasal 53 UUPA).

Begitu misalnya pemakaian tanah atas dasar sewa, perjanjian bagi-hasil, gadai dan sebagainya itu tidak boleh diserahkan pada persetujuan pihak-pihak yang berkepentingan sendiri atas dasar *freefight*, akan tetapi penguasa akan memberi ketentuan-ketentuan tentang cara dan syarat-syaratnya, agar dapat memenuhi pertimbangan keadilan dan dicegah cara-cara pemerasan (*exploitation de l'-homme par l'homme*). Sebagai misalnya dikemukakan ketentuan-ketentuan didalam Undang-undang Nomor 2 Tahun 1960 tentang Perjanjian Bagi Hasil (L.N. 1960 - 2).

Ketentuan Pasal 10 ayat 1 UUPA tersebut adalah suatu asas, yang pelaksanaannya masih memerlukan pengaturan lebih lanjut (Pasal 10 ayat (2) UUPA). Dalam keadaan susunan masyarakat penulis sebagai sekarang ini maka peraturan pelaksanaan itu nanti kiranya masih perlu membuka kemungkinan diadakannya dispensasi. Misalnya seorang pegawai negeri yang untuk persediaan hari tuanya mempunyai tanah satu dua hektar dan berhubung dengan pekerjaannya tidak mungkin dapat mengusahakannya sendiri kiranya harus dimungkinkan untuk terus memiliki tanah tersebut. Selama itu tanahnya boleh diserahkan kepada orang lain untuk diusahakan dengan perjanjian sewa, bagi-hasil dan lain sebagainya. Tetapi setelah ia tidak bekerja lagi, misalnya setelah



pensiun, tanah itu harus diusahakannya sendiri secara aktif. (Pasal 10 ayat (3) UUPA).

#### **g. Tata Guna Bidang Agraria**

Untuk mencapai apa yang menjadi cita-cita bangsa dan negara tersebut di atas dalam bidang agraria, maka perlu kiranya adanya suatu rencana (*planning*) mengenai peruntukan, penggunaan dan persediaan bumi, air dan ruang angkasa untuk pelbagai kepentingan hidup rakyat dan Negara: Rencana Umum ("*National planning*") yang meliputi seluruh wilayah Indonesia, yang kemudian diperinci menjadi rencana-rencana khusus ("*regional planning*") dari tiap-tiap daerah (Pasal 14 UUPA). Dengan adanya *planning* itu maka penggunaan tanah dapat dilakukan secara terpimpin dan teratur hingga dapat membawa manfaat yang sebesar-besarnya bagi Negara dan rakyat.

Usaha yang menuju ke arah kepastian hak atas tanah ternyata dari ketentuan dari pasal-pasal yang mengatur pendaftaran tanah. Pasal 23, Pasal 32, dan Pasal 38 UUPA, ditujukan kepada para pemegang hak yang bersangkutan, dengan maksud agar mereka memperoleh kepastian tentang haknya itu. Sedangkan Pasal 19 UUPA adalah ditujukan kepada pemerintah sebagai suatu instruksi, agar diseluruh wilayah Indonesia diadakan pendaftaran tanah yang bersifat *rechtskadaster*, artinya yang bertujuan menjamin kepastian hukum.

### **5. Pengertian Tanah dan Implikasinya terhadap Konsep Hak Atas Tanah dalam Hukum Tanah Nasional Indonesia**

Ketentuan yang tercantum dalam Pasal 4 UUPA, mengartikan tanah sebagai permukaan bumi (*surface of the earth*). Dengan demikian, hak atas tanah adalah menyatakan hak-hak atas tanah tersebut memberi wewenang untuk

mempergunakan tanah yang bersangkutan, demikian pula tubuh bumi dan air serta ruang yang ada di atasnya sekedar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu dalam batas-batas menurut UUPA dan peraturan hukum lain. Tegasnya meskipun secara pemilikan hak atas tanah hanya atas permukaan bumi, penggunaannya selain atas tanah itu sendiri, juga atas tubuh bumi, air dan akan bermakna apapun jika kepada pemegang haknya tidak diberikan kewenangan untuk menggunakan sebagian dari tubuh bumi, air dan ruang diatasnya.

Boedi Harsono<sup>141</sup> mengatakan pengertian yuridis tanah merupakan permukaan bumi, yang berdemensi dua dalam penggunaannya tanah berarti ruang yang berdemensi tiga. Pertanyaannya, sejauh mana pemegang hak atas tanah tersebut dapat menggunakan tubuh bumi dan ruang di atasnya? apakah seseorang pemegang hak atas tanah dapat menggunakan ruang bawah tanah dan atas tanah sampai kedalaman dan ketinggian yang tidak terbatas? UUPA menentukan batas yang bersifat umum, yakni sekedar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu.

Tentu batas pemanfaatan yang dibuat oleh UUPA masih sangat umum, sederhana/sumir. Dalam praksis pemanfaatan tanah sebagai bentuk kewenangan pemegang hak atas tanah, pemanfaatan tanah juga dibatasi oleh peraturan mengenai tata ruang setempat, seperti: (a) kalau suatu ruang daratan dialokasikan oleh Perda mengenai tata ruang untuk pemukiman/perkotaan, maka tidak bisa dimanfaatkan untuk kegiatan usaha, meskipun hak yang dimiliki oleh pemegangnya Hak Milik; (b) jika Perda menyatakan di suatu daerah tertentu hanya boleh mendirikan

---

<sup>141</sup> Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia*, Jilid I Hukum Tanah Nasional, Cetakan Kedelapan, (Edisi Revisi), Penerbit Djambatan, Jakarta, 1999, hlm. 296.

bangunan hanya sampai 4 lantai, maka pemegang hak atas tanah yang akan mendirikan bangunan lebih dari ketinggian yang ditentukan.

#### **a. Hak Penguasaan Atas Tanah dan Sistematika Pengaturannya**

##### **1) Pengertian Hak Penguasaan Atas Tanah (HPAT)**

Boedi Harsono menyatakan dalam tiap hukum tanah terdapat pengaturan mengenai berbagai Hak Penguasaan Atas Tanah (HPAT) berisi serangkaian wewenang, kewajiban, dan/atau larangan bagi pemegang haknya untuk berbuat sesuatu mengenai tanah yang dihaki. “Sesuatu” yang boleh, wajib atau dilarang untuk diperbuat, yang merupakan isi hak penguasaan itulah yang menjadi kriterium atau tolok pembeda di antara hak-hak penguasaan tanah dalam hukum tanah. Secara yuridis, “berbuat sesuatu” yang dimaksud tersebut dapat berisi kewenangan hak untuk menggunakan dan atau menjadikan tanah sebagai jaminan yang merupakan kewenangan perdata. Dalam pada itu, HPAT lebih luas daripada Hak Atas Tanah (HAT).

Kewenangan publik yang menjadi isi dari arti penguasaan dapat dilihat pada ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Ketentuan tersebut menegaskan hubungan hukum antara negara dengan bumi, air dan kekayaan alam yang terdapat di wilayah Indonesia diberi pranata hukum Hak Menguasai Negara (HMN). Isi kewenangan HMN tersebut secara resmi dijabarkan dalam Pasal 2 ayat (2) UUPA, yang menyatakan HMN memberi wewenang untuk: (a) mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa; (b)

menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa; serta (c) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum antara orang-orang yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

Kewenangan privat dan (sekaligus) publik yang terkandung dari pengertian penguasaan dalam HPAT dapat ditemukan pada Hak Bangsa dan Hak Ulayat. Hak Bangsa sebagai bentuk HPAT yang tertinggi dalam Hukum Tanah Nasional ditemukan dalam Pasal 1 butir 2 UUPA yang menyatakan seluruh wilayah Indonesia, yang telah bersatu sebagai Bangsa Indonesia. Menurut Boedi Harsono, Hak Bangsa mengandung 2 (dua) unsur, yaitu unsur kepunyaan dan unsur kewenangan. Unsur kepunyaan berisi kewenangan yang bersifat privat dan unsur tugas kewenangan bersifat publik.

Agar kewenangan ini dapat dilaksanakan secara baik diperlukan pelaksana yang mampu sebagai personifikasi dari seluruh Bangsa Indonesia. Pelaksana itu adalah Negara Indonesia. Dalam pada itulah, maka unsur publik dari Hak Bangsa secara yuridis telah dilimpahkan kepada negara sejak berdirinya negara Indonesia. Wujud unsur publik Hak Bangsa yang dilimpahkan itulah yang kemudian disebut sebagai Hak Menguasai Negara (HMN) sebagaimana dikukuhkan dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 dan Pasal 2 ayat (2) UUPA. Penulis menggunakan istilah dikukuhkan, oleh karena tanpa disebutkan kembali dalam UUD 1945 pun, sesungguhnya HMN itu secara hukum telah dilimpahkan ketika Negara Indonesia berdiri sah sebagai negara. Tegasnya, disebutkan atau tidak dalam konstitusi suatu negara, eksistensi HMN tetap dimiliki oleh negara tersebut.

## 2) Sistematika Pengaturan HPAT

Pengaturan Hak Penguasaan Atas tanah (HPAT) dalam Hukum Tanah ada yang sebagai lembaga hukum dan hubungan hukum konkrit. HPAT merupakan lembaga hukum jika belum dihubungkan dengan tanah dan orang atau badan hukum tertentu sebagai pemegang haknya. Contohnya adalah hak milik (HM), HGU (HGU), Hak Guna Bangunan (HGB), Hak Pakai (HP) dan Hak Sewa untuk Bangunan (HS) sebagaimana disebut dalam Pasal 20 sampai dengan Pasal 45 UUPA. Selanjutnya HPAT sebagai hubungan hukum konkrit (biasanya disebut hak), jika telah dihubungkan dengan tanah tertentu sebagai obyeknya dan orang atau badan hukum tertentu sebagai subyek atau pemegang haknya. Contohnya adalah hak-hak atas tanah yang disebut dalam ketentuan konversi UUPA.

Menurut Boedi Harsono, dengan pendekatan pengaturan HPAT sebagai lembaga hukum dan hubungan konkrit tersebut, maka ketentuan hukum yang mengaturnya dapat disusun dan dipelajari dalam suatu sistematika yang khas dan masuk akal. Disebut khas karena hanya dijumpai dalam Hukum Tanah (tidak dijumpai dalam cabang-cabang hukum yang lain). Selanjutnya, disebut masuk akal karena mudah ditangkap dan diikuti logikanya. Ketentuan-ketentuan hukum tanah yang mengatur HPAT sebagai lembaga hukum adalah ketentuan-ketentuan yang: (a) memberi nama pada hak penguasaan yang bersangkutan; (b) menetapkan isinya, yaitu mengatur apa saja yang boleh, wajib dan dilarang untuk diperbuat oleh pemegang haknya serta jangka waktu penguasaannya; (c) mengatur hal-hal mengenai subyeknya, siapa yang boleh menjadi pemegang haknya dan syarat-syarat bagi penguasaannya; dan (d) mengatur hal-hal mengenai tanahnya (obyeknya).



Selanjutnya, ketentuan-ketentuan Hukum Tanah yang mengatur HPAT sebagai hubungan hukum konkrit adalah ketentuan-ketentuan yang: (a) mengatur hal-hal mengenai penciptaannya menjadi suatu hubungan hukum yang konkrit, dengan nama atau sebutan yang dimaksudkan di atas; (b) mengatur hal-hal mengenai pembebanannya dengan hak-hak lain; (c) mengatur hal-hal mengenai pemindahannya kepada pihak lain; (d) mengatur hal-hal mengenai hapusnya; (e) mengatur mengenai pembuktiannya.

### 3) Politik Hukum HPAT

Politik hukumnya, hukum yang berlaku dalam HPAT mencita-citakan hukum yang tertulis, agar lebih mudah diketahui. Dalam pada itu, untuk menjamin kepastian hukum maka HTN sejauh mungkin diberi bentuk tertulis. Namun, kenyataan menunjukkan sampai sekarang penulis belum mampu mengatur semua hukum mengenai HPAT di Indonesia secara tertulis. Kenyataan menunjukkan ada juga pengaturan HPAT dalam bentuk Hukum Adat, bahkan dalam Hukum Kebiasaan-kebiasaan baru (yang bukan hukum adat). Oleh karena itu, sampai saat ini hukum yang berlaku mengenai HPAT dalam Hukum Tanah Nasional, terdiri atas:

- 1) Hukum tertulis, yang meliputi:
  - a) Pasal 33 UUD 1945;
  - b) UUPA;
  - c) Peraturan Pelaksana;
  - d) Peraturan-Peraturan lama sebelum UUPA yang berlaku berdasarkan peraturan peralihan dari UUD 1945.
- 2) Hukum yang tidak tertulis, yang meliputi:

- a) Hukum adat yang disudah di *saneer*;
- b) Hukum kebiasaan-kebiasaan baru yang bukan hukum adat;

Merujuk uraian di atas, perlu ditegaskan hukum adat bagian dari Hukum Tanah Nasional, yakni bagiannya yang tidak tertulis. Di negara manapun, jika hukum yang tidak tertulis bertentangan dengan hukum tertulis, maka yang menang adalah hukum tertulis.

#### **b. Konsepsi yang Mendasari Hukum Tanah Nasional**

Konsepsi Hukum Tanah Nasional (HTN) di Indonesia untuk pertama kali secara tepat dirumuskan oleh Boedi Harsono, yakni *komunalistik religius*, yang memungkinkan penguasaan tanah secara individual dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi, sekaligus mengandung kebersamaan. Konsepsi ini sama dengan konsepsi Hukum Adat. Kesamaan itu merupakan implikasi dari sikap konsisten untuk membangun HTN “berdasarkan” hukum adat. Sifat *komunalistik religius* dari HTN tampak pada Pasal 1 butir 2 UUPA yang menyatakan:

“Seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dalam wilayah Republik Indonesia, sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa, adalah bumi, air dan ruang angkasa Bangsa Indonesia dan merupakan kekayaan Nasional”.

Sifat *komunalistik* tampak dalam Pasal 1 butir 1 UUPA yang menyatakan dalam rangka HTN semua tanah dalam wilayah negara penulis adalah tanah bersama seluruh rakyat Indonesia. Selanjutnya, unsur *relegiusitas* tampak pada pernyataan bumi, air dan ruang angkasa Indonesia, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, merupakan karunia Tuhan Yang Maha Esa kepada Bangsa Indonesia. Ini merupakan salah satu perbedaan dari konsepsi Hukum Adat yang memandang Hak Ulayat sebagai

kekuatan gaib yang belum jelas. Dalam HTN kekuatan gaib dimaksud adalah Tuhan Yang Maha Esa.

Berdasarkan pemahaman atas konsepsi di atas, maka HPAT dalam UUPA memiliki tata jenjang (*hierarkhi*) seperti berikut ini:

- a. Hak bangsa (Pasal 1 UUPA), kewenangannya terdiri atas;
  - 1) unsur privat, yaitu hak bangsa yang dimiliki untuk menguasai bagian dari wilayah negara Republik Indonesia;
  - 2) unsur publik, yaitu hak yang dimiliki para tetua bangsa (para pendiri dan penyelenggara negara pada awal-awal berdirinya negara Indonesia) untuk mengatur penguasaan dan memimpin penggunaan wilayah bangsa.
- b. Hak Menguasai Negara (HMN), yakni pelimpahan unsur publik dari Hak Bangsa kepada Negara untuk mengatur penguasaan dan memimpin penggunaan seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Oleh karena terjadinya HMN ini dari pelimpahan unsur publik dari Hak Bangsa, maka secara otomatis kewenangannya pun hanya berunsur publik sebagaimana yang tampak dalam Pasal 2 ayat (2) UUPA, yakni sebagai berikut:
  - 1) Mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa;
  - 2) Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa;
  - 3) Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

- c. Hak Ulayat (Pasal 3 UUPA), yang terdiri dari atas kewenangan unsur privat dan unsur publik sebagaimana telah dikemukakan dalam Bagian 1 di atas.
- d. Hak-hak Perorangan, yang terdiri atas:
  - 1) Hak atas tanah
  - 2) Wakaf
  - 3) Hak Jaminan Atas Tanah

Arie Sukanti Sumantri Hutagalung menyatakan dalam penyempurnaan HTN yang kini sedang dipersiapkan pun, seyogyanya konsepsi komunalistik religius itu tetap dipertahankan, karena konsepsi itu lahir dan digali dari akar budaya nasional penulis sendiri. Penulis sependapat dengan pandangan Arie SS Hutagalung di atas. Lebih daripada itu, penulis pun berpendirian konsepsi, asas dan sistem pengaturan HPAT menurut Hukum Adat kiranya masih tetap layak diadopsi sebagai dasar penyusunan HTN. Namun demikian, dalam hal penataan lembaga hukum Hak Atas Tanah, kiranya juga mengadopsi kehidupan masyarakat modern.

Dalam pada itulah, kiranya beralasan “menambahkan” lembaga hukum “HGU” (HGU) dan “Hak Guna Bangunan” (HGB) dalam tata jenjang hak atas tanah dalam UUPA. Oleh karena itu, dapat dikatakan suatu pemikiran yang mundur jika sekarang ini ada wacana bahkan upaya asumsinya, dalam lembaga upaya untuk menyederhanakan lembaga hukum hak atas tanah, sehingga menjadi Hak Milik (HM) dan Hak Pakai (HP). Asumsinya, dalam lembaga hukum HP itu akan dimasukkan HGU dan HGB. Menurut penulis, hal itu mengandung beberapa implikasi, yaitu:

- a. mereformasi lembaga hak atas tanah akan menimbulkan pekerjaan besar yang seyogyanya kurang bermanfaat, sebab akan “menata kembali” administrasi pertanahan. Sekarang ini, hampir 30% dari seluruh bidang tanah di Indonesia sudah didaftar dengan lembaga hak atas tanah yang dimaksud dalam UUPA, termasuk HGU dan HGB.
- b. upaya “menyederhanakan” lembaga hak atas tanah ke dalam HM dan HP sesungguhnya akan menjadi upaya yang tidak sederhana, sebab dengan mengakomodasi HGU dan HGB ke dalam HP justru akan *mengakibatkan keruwetan* dalam bentuk lain, yakni akan memperbanyak differensiasi dari HP itu sendiri.
- c. sebagai lanjutan dari implikasi yang kedua, mendisain lembaga hak atas tanah menjadi HM dan HP justru mengakibatkan penyebutan hak atas tanah *menjadi kurang informatif*. Bagi penulis, penyebutan hak sebaiknya dapat menunjukkan atau mengindikasikan kewenangan dari hak tersebut. Ketika dalam UUPA disebutkan HGB misalnya, asosiasi pembacanya tentu adalah hak yang hanya mempunyai kewenangan untuk mempunyai dan/atau mendirikan bangunan.

Terhadap wacana atau upaya penyederhanaan jenis hak atas tanah ke dalam Hak Milik (HM) dan Hak Pakai (HP), kiranya pada tempatnya diperhatikan pandangan Bapak hukum agraria Indonesia, Boedi Harsono yang menyatakan; (1) apakah tidak sebaiknya penulis meninggalkan kebiasaan untuk memandang apa yang ada di luar itu lebih baik daripada yang ada pada penulis?; (2) Apakah dalam hal ini (maksudnya differensiasi hak atas tanah) tidak ada kemungkinan bangsa-bangsa lain justru akan mengikuti penulis, apabila mereka memahami pertimbangan penulis



mengadakan 4 macam hak atas tanah untuk mempermudah pengenalan penggunaan bidang-bidang tanah yang dihaki?

### c. Konsepsi Hak Menguasai Negara dalam UUPA

Hak Menguasai Negara (HMN) menjadi hal yang sangat penting dalam hubungannya dalam kehidupan bernegara dan dalam percepatan pembangunan terutama dalam bidang pertanahan.<sup>142</sup>

Hak Menguasai Negara sebagai kekuasaan tertinggi yang bisa dilekatkan atas tanah, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, tetap dianut dan dijadikan dasar legitimasi bagi pelbagai unjuk kekuasaan dalam pengadaan tanah untuk proyek-proyek pembangunan.

Jika dirunut secara *historis-filosofis*, salah satu arti penting konseptualisasi Hak Menguasai Negara dalam Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) adalah penghapusannya yang secara tegas terhadap *domein theori* yang dianut hukum pertanahan kolonial. Konsep pemilikan atas tanah oleh negara yang sebenarnya bertujuan untuk memberi legalisasi dan legitimasi bagi perusahaan perkebunan swasta dalam perolehan lahan yang luas di Hindia Belanda, adalah bertentangan dengan negara Indonesia yang telah merdeka dan pandangan hidup bangsa, karenanya harus dihapuskan dari hukum pertanahan nasional.

UUPA sendiri lahir dalam konteks:

“...perjuangan perombakan hukum agraria nasional berjalan erat dengan sejarah perjuangan bangsa Indonesia untuk melepaskan diri dari cengkaman, pengaruh, dan sisa-sisa penjajahan; khususnya perjuangan

---

<sup>142</sup> Yulianto Dwi Prasetyo, *Hak Menguasai Negara: Suatu Pendekatan Historis Filosofis*, Tugas Penyajian Makalah Mata Kuliah Filsafat Hukum dengan Dosen Prof. Dr. H Muchsin, SH, [www.scribd.com](http://www.scribd.com)

rakyat tani untuk membebaskan diri dari kekangan-kekangan sistem *feodal* atas tanah dan pemerasan kaum modal asing ...”<sup>143</sup>.

Semangat menentang strategi *kapitalisme* dan *kolonialisme* yang telah menyebabkan terjadinya penghisapan manusia atas manusia (*exploitation de l'homme par l'homme*) di satu sisi dan sekaligus menentang strategi *sosialisme* yang dianggap meniadakan hak-hak individual atas tanah di sisi lain menjadi landasan *ideologis* dan *filosofis* pembentukan UUPA.

Selain itu, salah satu arti penting UUPA lainnya, hukum agraria nasional adalah berdasar hukum adat (yang *disaneer*-Boedi Harsono) dan tidak lepas dari konteks *landreform* yang menjadi agenda pokok pembentukan struktur agraria saat itu. Tampak UUPA merupakan kompromi dari berbagai ideologi dan kepentingan. Semangat unifikasi (ide yang dominan dari perumus UUPA) yang bertujuan untuk mengadakan kesatuan dan kesederhanaan hukum agraria masih mengakomodir keberagaman hukum adat sebagai hukum asli.

Hal ini dinilai beberapa ahli hukum merupakan *ambiguitas* dari UUPA terhadap hukum adat karena pada penerapannya kemudian justru mengabaikan banyak kaidah hukum adat. Soetandyo<sup>144</sup> sebagai misalnya, yang mengatakan meskipun UUPA mengklaim diri berdasar hukum adat, tetapi ternyata justru mengabaikan banyak kaidah hukum adat.

Demikian pula dengan konsep Hak Menguasai Negara yang dinyatakan oleh Ricardo Simarmata<sup>145</sup>, memperlihatkan rumusan HMN ini merupakan kesatuan dari paket hasil penyelidikan secara ilmiah teoritis, yang lebih berkiblat pada

<sup>143</sup> Pidato Pengantar Menteri Agraria dalam Sidang DPR-GR, 12 September 1960 oleh Mr. Sadjarwo. Dalam *Risalah Pembentukan UUPA* Boedi Harsono, *Op. Cit.*, hlm. 585.

<sup>144</sup> Soetandyo Wignyosoebroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial Politik Perkembangan Hukum Di Indonesia*, Jakarta, Rajawali Press, Jakarta, 1994, hlm. 214.

<sup>145</sup> Lilis Nur Faizah, *Hak Menguasai Negara, Suatu Pendekatan Historis Filosofis*, [www.zeilla.worldpress.com](http://www.zeilla.worldpress.com), hlm 8.

pengalaman sejarah hubungan negara dengan tanah di negara-negara Eropa Barat pada Abad Pertengahan yaitu hak *communes* atau hak *imperium*.

Secara lebih jelas Roscoe Pound<sup>146</sup>, menguraikan terdapat milik pribadi dan milik bersama sebagai masyarakat atau negara yang karenanya berada di luar perdagangan (*res extra commercium*). Benda yang tidak bisa dimiliki secara perseorangan terbagi menjadi milik bersama anggota masyarakat atau milik umum (*res communes*) seperti udara, air sungai; benda milik rakyat yang pemilikannya didelegasikan kepada negara untuk kepentingan rakyatnya (*res publicae*) misalnya jalan, saluran irigasi; dan benda-benda untuk tujuan kesucian (*res sanctae*), kesakralan (*res sacrae*) dan keagamaan (*res religiosae*).

Kewenangan Hak Menguasai Negara tersebut dipahami dalam kerangka hubungan antara Negara dengan bumi, air dan kekayaan alam di dalamnya sebagai hubungan penguasaan, bukan hubungan pemilikan seperti di Negara Barat maupun di negara-negara komunis. Negara dalam hal ini sebagai Badan Penguasa yang pada tingkatan tertinggi berwenang mengatur pemanfaatan tanah dalam arti luas serta menentukan dan mengatur hubungan hukum dan perbuatan hukum berkenaan dengan tanah. Sebagai penerima kuasa, maka Negara harus mempertanggungjawabkannya kepada masyarakat sebagai pemberi kuasa. Dengan ini AP. Parlindungan menyebutnya sebagai hak rakyat pada tingkat Negara.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> Ibid., hlm. 8.

<sup>147</sup> AP. Parlindungan, 1991, *Komentar Atas Undang-Undang Pokok Agraria*, Mandar Maju, Bandung, 1991, hlm. 4.

Menurut Maria SW Sumardjono<sup>148</sup> kewenangan negara harus dibatasi dua hal:

- a. UUD 1945. Hal-hal yang diatur oleh negara tidak boleh berakibat pelanggaran hak asasi manusia yang dijamin oleh UUD 1945. Peraturan yang bias terhadap suatu kepentingan dan menimbulkan kerugian di pihak lain adalah salah satu bentuk pelanggaran tersebut. Seseorang yang melepas haknya harus mendapat perlindungan hukum dan penghargaan yang adil atas pengorbanan tersebut.
- b. pembatasan yang bersifat *substantif* dalam arti peraturan yang dibuat oleh negara harus relevan dengan tujuan yang hendak dicapai yaitu untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Dan kewenangan ini tidak dapat didelegasikan kepada pihak swasta karena menyangkut kesejahteraan umum yang sarat dengan misi pelayanan. Pendelegasian kepada swasta yang merupakan bagian dari masyarakat akan menimbulkan konflik kepentingan, dan karenanya tidak dimungkinkan. Adapun ruang lingkup pengaturannya, Hak Menguasai Negara berlaku atas semua tanah yang ada di Indonesia, baik itu tanah yang belum dihaki, juga tanah yang telah dihaki oleh perseorangan. Terhadap tanah yang belum dihaki perseorangan, Hak Menguasai Negara melahirkan istilah tanah yang dikuasai langsung oleh negara, atau kemudian disebut secara singkat sebagai tanah negara. Sedangkan tanah yang telah dihaki perseorangan disebut tanah yang dikuasai tidak langsung oleh negara, atau tanah negara tidak bebas. Kewenangan terhadap tanah yang sudah dihaki perseorangan ini pada dasarnya bersifat pasif, kecuali tanah itu dibiarkan tidak diurus atau ditelantarkan. Sehingga Negara dapat mengaturnya supaya produktif.<sup>149</sup>

Menurut beberapa tokoh, paham ini dipengaruhi paham Negara integralistik yang berkembang saat itu dan didukung terutama oleh Soekarno

---

<sup>148</sup> Maria SW Sumardjono, *Kewenangan Negara Untuk Mengatur Dalam Konsep Penguasaan Tanah Oleh Negara*, dalam Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM, tanggal 14 Februari 1998 di Yogyakarta.

<sup>149</sup> Iman Soetikno, *Politik Agraria Nasional*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1994, hlm. 53.

dan Supomo. Kesatuan antara masyarakat dan Negara dimana kepentingan individu dan kelompok larut dalam kepentingan Negara (mirip dengan konsep Rousseau tentang masyarakat organis) sehingga tidak terjadi pertentangan hak dan kepentingan warga masyarakat dan Negara. Individu ditempatkan di bawah nilai masyarakat sebagai keseluruhan.<sup>150</sup>

Menurut Sunarjati Hartono<sup>151</sup>, meskipun dikatakan tanah negara hanya meliputi tanah-tanah yang tidak dihaki oleh perseorangan (*vrij's landsdomein*) tetapi tidak dapat dipungkiri tanah negara tersebut masih berdasar asas domein. Dua pembatasan tersebut menjadi penting mengingat Hak Menguasai Negara merupakan suatu konsepsi pokok dalam UUPA yang kemudian dijadikan sumber dari Undang-Undang ataupun regulasi lainnya yang dirumuskan kemudian berdasar perkembangan dan kebutuhan masyarakat. Sebagai contoh, pembatasan Konstitusi. Dengan semakin kuatnya pengakuan dan perlindungan Konstitusi pasca Amandemen terhadap hak asasi manusia dan hak masyarakat hukum adat, maka pengaturan tentang Hak Menguasai Negara harus benar-benar memperhatikan asas ini.

Beberapa point penting dari Hak Menguasai Negara ini, meliputi:

- a. lahir dalam konteks anti imperialisme, anti kapitalisme dan anti feodalisme;
- b. sebagai penghapusan terhadap asas domein Negara yang dimanfaatkan Pemerintah kolonial untuk mengambilalih pemilikan rakyat dan kemudian menyewakan atau menjualnya kepada pengusaha asing atau partikelir;

---

<sup>150</sup> Frans Magnis Suseno, *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis*, Kanisius, Yogyakarta, 1993, hlm. 94-96.

<sup>151</sup> Sunarjati Hartono, *Kapita Selekt Perbandingan Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hlm. 62-63.



- c. sebagai sintesa antara individualisme dan kolektivisme/ sosialisme;
- d. penguasaan ini lebih bersifat mengatur dan menyelenggarakan (publik), untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat (sebagai pertanggungjawaban);
- e. dibatasi oleh konstitusi; dan
- f. penyelenggaraan Hak Menguasai Negara adalah untuk kesejahteraan umum, dapat didelegasikan kepada daerah atau masyarakat hukum adat, tetapi tidak kepada swasta.

Selanjutnya, Moh. Mahfud, M.D.<sup>152</sup> berharap hak menguasai Negara seharusnya justru memberi jalan bagi tindakan *responsif* lainnya karena dari hak tersebut Pemerintah dapat melakukan tindakan-tindakan yang berpihak bagi kepentingan masyarakat. Dua hal penting dari pendapat tersebut, Pemerintah seharusnya bisa secara proaktif dan responsif mengeluarkan regulasi mengenai pengaturan dan penyelenggaraan pengelolaan sumber daya agraria, dengan memperhatikan setidaknya enam unsur yang terkandung dalam Hak Menguasai Negara tersebut di atas. Tetapi seluruh regulasi yang mengatasmakan Hak Menguasai Negara tersebut harus dalam kerangka keberpihakannya pada kepentingan masyarakat. Tidak dipenuhinya unsur-unsur tersebut, mengakibatkan Hak Menguasai Negara pada perkembangannya justru dinilai telah memberikan kontribusi yang signifikan atas terjadinya sejumlah sengketa keagrariaan di Indonesia.

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat disimpulkan Hak Menguasai Negara (HMN) pada akhirnya menjadikan alat oleh Negara dalam mengatur konsep penguasaan oleh negara yang pada akhirnya dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat, sesuai dengan apa yang diamanatkan oleh

---

<sup>152</sup> Moh. Mahfud MD, 1998, *Politik Hukum Di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1998, hlm. 349

Pasal 33 UUD 1945. Selanjutnya pasca kemerdekaan perumusan Pasal 33 UUD 1945 Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat sebagai “*dasar konstitusional*” pembentukan dan perumusan UUPA.

## 6. Beberapa Hak Atas Tanah dalam UUPA

Pembentukan HTN (Hukum Tanah Nasional) yang diawali lahirnya UUPA berusaha melakukan unifikasi hukum tanah adat dan barat menjadi hukum tanah yang bersifat tunggal. Tanah disini dimaknai secara filosofis yang cenderung diartikan sebagai *land* dan bukan *soil*. Sehingga tanah dipandang dari multi dimensional dan multi aspek.

Sebelum berlakunya UUPA terdapat dualisme hukum agraria di Indonesia yakni hukum agraria adat dan hukum agraria barat. Dualisme hukum agraria ini baru berakhir setelah berlakunya UUPA, yakni sejak tanggal 24 September 1960 dan sejak itu untuk seluruh wilayah Republik Indonesia hanya ada satu hukum agraria, yaitu hukum agraria berdasarkan Undang-undang Nomor 5 tahun 1960 tentang peraturan dasar pokok-pokok agraria atau UUPA.

Unifikasi hukum tanah dalam UUPA berupaya melembagakan hak-hak atas tanah yang baru. Pembentukan HTN kemudian diikuti dengan dikeluarkannya berbagai peraturan perundang-undangan baru. Hasilnya, hak-hak atas tanah yang baru dapat dibuat dalam hierarki yang berjenjang. Urutan vertikal mengenai hak-hak penguasaan atas tanah dalam hukum tanah nasional (UUPA) menurut Boedi Harsono dalam susunan berjenjang yaitu sebagai berikut:

1. Hak bangsa, sebagai yang disebut dalam Pasal 1 UUPA, merupakan hak penguasaan atas tanah yang tertinggi dan meliputi semua tanah dalam wilayah negara, yang merupakan tanah bersama. Hak bangsa ini dalam

penjelasan Umum Angka II UUPA dinyatakan sebagai hak ulayat yang diangkat pada tingkat yang paling atas, pada tingkat nasional, meliputi semua tanah di seluruh wilayah negara.

2. Hak menguasai dari negara sebagaimana yang disebut dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, merupakan hak penguasaan atas tanah sebagai penugasan pelaksanaan hak bangsa yang termasuk bidang hukum publik.
3. Hak ulayat, dari masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataan masih ada, hak ulayat merupakan hak penguasaan atas tanah bersama masyarakat hukum adat tertentu.
4. Hak perorangan yang memberikan kewenangan untuk memakai, dalam arti menguasai, menggunakan, dan atau mengambil manfaat tertentu dari suatu bidang tanah tertentu, yang terdiri dari:
  - a. Hak atas tanah, berupa hak milik, hak guna bangunan, HGU, hak pakai, hak milik atas satuan rumah susun, hak sewa, hak membuka tanah, dan hak memungut hasil hutan yang ketentun pokoknya terdapat dalam UUPA, serta hak lain dalam hukum adat setempat, yang merupakan hak penguasaan atas tanah untuk dapat memberikan kewenangan kepada pemegang haknya, agar dapat memakai suatu bidang tanah tertentu yang dihaki dalam memenuhi kebutuhan pribadi atau usahanya (Pasal 4, Pasal 9, Pasal 16, dan BAB II UUPA).
  - b. Hak atas tanah wakaf, yang merupakan penguasaan atas suatu bidang tanah tertentu, bekas hak milik (wakaf) yang oleh pemiliknya dipisahkan dari harta kekayaannya dan melembagakan selama-lamanya untuk kepentingan peribadatan atau keperluan umum lainnya sesuai ajaran agama islam (Pasal 49 UUPA *jo* Pasal 1 PP Nomor 28 Tahun 1977).

- c. Hak Tanggungan, sebagai satu-satunya lembaga jaminan hak atas tanah dalam hukum tanah nasional, merupakan hak penguasaan atas tanah yang memberi kewenangan kepada kreditor tertentu untuk menjual lelang bidang tanah tertentu yang dijadikan jaminan bagi pelunasan piutang tertentu dalam hal debitor cidera janji dan mengambil pelunasan dari hasil penjualan tersebut, dengan hak mendahului dari hak-hak kreditor (*rechts prevelijk*) yang lain (Pasal 57 UUPA jo Pasal 1 UU Nomor 4 Tahun 1996).

Menurut Pasal 16 UUPA, sistem penguasaan tanah di Indonesia yang mengakui adanya berbagai hak atas tanah, meliputi:

**a. Hak Milik**

Hak milik digambarkan sebagai “hak yang paling penuh dan paling kuat yang bisa dimiliki atas tanah dan yang dapat diwariskan turun temurun”. Suatu hak milik dapat dipindahkan kepada pihak lain. Hanya warga negara Indonesia (individu) yang bisa mendapatkan hak milik, sedangkan jika menyangkut korporasi maka pemerintah akan menentukan korporasi mana yang berhak mendapatkan hak milik atas tanah dan syarat syarat apa yang harus dipenuhi oleh korporasi untuk mendapatkan hak ini.

Terjadinya dan cara mendapatkan hak milik bisa diakibatkan karena:

- a. peralihan, beralih atau dialihkan (warisan, jual beli, hibah).
- b. menurut hukum adat, karena penetapan pemerintah dan undang-undang (konversi).

Hak atas tanah menurut hukum adat yang memberi wewenang sebagaimana atau mirip dengan hak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20 ayat (1) UUPA dengan nama apapun juga yang akan ditegaskan oleh Kepala Badan Pertanahan

Nasional setelah mendengar kesaksian dari masyarakat setempat, dikonversi menjadi hak milik.

#### **b. Hak Guna Usaha (HGU)**

Suatu HGU adalah hak untuk mengusahakan tanah yang dikontrol secara langsung oleh negara untuk waktu tertentu, yang dapat diberikan kepada perusahaan yang berusaha dibidang pertanian, perikanan atau peternakan. Suatu HGU hanya dapat diberikan atas tanah seluas minimum 5 hektar, dengan catatan jika tanah yang bersangkutan lebih luas dari 25 hektar, investasi Sistem Penguasaan Tanah dan Konflik yang cukup akan dilakukan dan pengelolaan usaha secara baik akan diberlakukan. HGU bisa dipindahkan ketangan pihak lain. Jangka waktu pemberian HGU diberlakukan dengan ketat (maksimum 25 (dua puluh lima) tahun). Hanya warga negara Indonesia dan badan usaha yang dibentuk berdasar undang-undang Indonesia dan berdomisili di Indonesia dapat memperoleh HGU yang dapat digunakan sebagai kolateral pinjaman dengan menambahkan hak tanggungan (*security title*).

#### **c. Hak Guna Bangunan (HGB)**

HGB digambarkan sebagai hak untuk mendirikan dan memiliki bangunan di atas tanah yang dimiliki oleh pihak lain untuk jangka waktu maksimum 30 (tiga puluh) tahun. Suatu hak guna bangunan dapat dipindahkan kepada pihak lain. Kepemilikan hak guna bangunan juga hanya bisa didapatkan oleh warga negara Indonesia dan perusahaan yang didirikan dibawah hukum Indonesia yang berdomisili di Indonesia.



#### **d. Hak Pakai**

Hak pakai adalah hak untuk memanfaatkan, dan/atau mengumpulkan hasil dari tanah yang secara langsung dikontrol oleh negara atau tanah yang dimiliki oleh individu lain yang memberi pemangku hak dengan wewenang dan kewajiban sebagaimana dijabarkan didalam perjanjian pemberian hak. Suatu hak pakai dapat diberikan untuk jangka waktu tertentu, atau selama tanah dipakai untuk suatu tujuan tertentu, dengan gratis, atau untuk bayaran tertentu, atau dengan imbalan pelayanan tertentu. Selain diberikan kepada warga negara Indonesia, hak pakai juga dapat diberikan kepada warga negara asing yang tinggal di Indonesia. Dalam kaitannya dengan tanah yang langsung dikontrol oleh negara, suatu hak pakai hanya dapat dipindahkan kepada pihak lain jika mendapatkan ijin dari pejabat yang berwenang.

#### **e. Hak Sewa**

Hak Sewa suatu badan usaha atau individu memiliki hak sewa atas tanah berhak memanfaatkan tanah yang dimiliki oleh pihak lain untuk pemanfaatan bangunan dengan membayar sejumlah uang sewa kepada pemiliknya. Pembayaran uang sewa ini dapat dilakukan sekaligus atau secara bertahap, baik sebelum maupun setelah pemanfaat lahan tersebut. Hak sewa atas tanah dapat dimiliki oleh warga negara Indonesia, warga negara asing, badan usaha termasuk badan usaha asing. Hak sewa tidak berlaku diatas tanah negara.

#### **f. Hak Untuk Membuka Tanah dan Hak Untuk Memungut Hasil Hutan**

Hak membuka tanah dan hak memungut hasil hutan hanya bisa didapatkan oleh warga negara Indonesia dan diatur oleh Peraturan Pemerintah. Menggunakan suatu hak memungut hasil hutan secara hukum tidaklah serta merta berarti

mendapatkan hak milik (*right of ownership*) atas tanah yang bersangkutan. Hak untuk membuka lahan dan memungut hasil hutan merupakan hak atas tanah yang diatur di dalam hukum adat.

#### **g. Hak Tanggungan**

Hak tanggungan tercantum dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 sehubungan dengan kepastian hak atas tanah dan objek yang berkaitan dengan tanah (*Security Title on Land and Land-Related Objects*) dalam kasus hipotek.

Konsekuensi pengakuan terhadap hak-hak atas tanah, maka negara wajib memberikan jaminan kepastian hak atas tanah, sehingga lebih mudah bagi seseorang mempertahankan haknya terhadap gangguan pihak lain.

### **C. Kerangka Berpikir**

Dalam penelitian ini, hukum diartikan sebagai sistem peraturan. Menurut Satjipto Rahardjo<sup>153</sup>, dalam membicarakan ketertiban dapat dijelaskan hukum itu merupakan salah satu saja dari beberapa lembaga dalam masyarakat yang menciptakan ketertiban. Dengan demikian maka ketertiban itu merupakan konfigurasi dari berbagai lembaga seperti hukum dan tradisi.

Terkait dengan hukum sebagai sebuah sistem, Fuller telah mengajukan satu pendapat untuk mengukur apakah hukum sebagai sistem hukum<sup>154</sup>.

Ukuran tersebut diletakkan pada delapan asas yang dinamakan *principles of legality*, yaitu<sup>155</sup>:

1. suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan;
2. peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan;

---

<sup>153</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, PT. Kompas Media Nusantara, Jakarta.

<sup>154</sup> *Ibid.* hlm. 20.

<sup>155</sup> *Ibid.* hlm. 20.

3. tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut;
4. peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti;
5. suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain;
6. peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan;
7. tidak boleh ada kebiasaan untuk sering merubah peraturan, sehingga menyebabkan seorang akan kehilangan orientasi; dan
8. harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaan sehari-hari.

Dengan tetap mendasarkan pada pengertian hukum sebagai sebuah sistem peraturan di atas, maka dalam penelitian ini akan menguraikan tentang sistem perolehan hak atas tanah bagi perusahaan perkebunan dalam rangka penanaman modal di Indonesia sebagai berikut:

### **1. Pendekatan Histori**

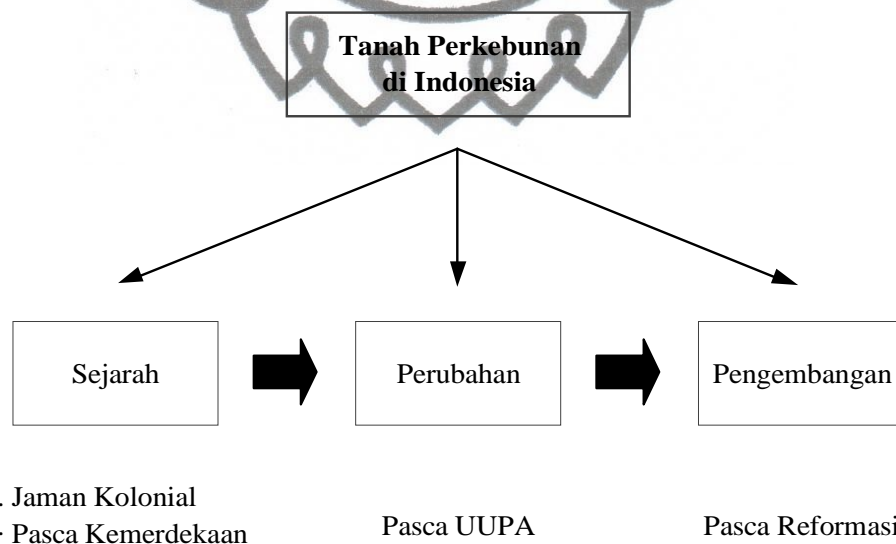
Salah satu pendekatan dalam penelitian hukum adalah dengan pendekatan histori (*historical approach*), pendekatan ini dilakukan dalam rangka untuk memahami filosofi dan sejarah aturan hukum dari waktu ke waktu dan untuk memahami perubahan dan perkembangan yang melandasi aturan hukum tersebut.

Menurut Peter Mahmud Marzuki, “pendekatan histori dilakukan dengan menelaah latar belakang apa yang dipelajari dan perkembangan pengaturan mengenai isu hukum yang dihadapi. Telaah demikian diperlukan oleh peneliti untuk mengungkap filosofi dan pola pikir yang melahirkan sesuatu yang sedang dipelajari. Pendekatan histori ini diperlukan kalau memang peneliti menganggap

pengungkapan filosofis dan pola pikir ketika sesuatu dipelajari itu dilahirkan, dan memang mempunyai relevansi dengan masa kini”.<sup>156</sup>

Sedangkan Peter de Cruz menjelaskan “sejarah hukum adalah sebuah kondisi yang sangat vital bagi sebuah evolusi kritis terhadap hukum dan sebuah pemahaman tentang pengoperasian konsep-konsep hukum yang merupakan tujuan utama dari hukum komperatif. Seperti itu yang telah ditemukan oleh sejumlah ahli hukum, sejarah hukum komperatif adalah hukum komperatif vertikal, dan perbandingan dari sistem hukum modern adalah hukum komperatif horizontal”.<sup>157</sup>

Dengan pendekatan histori akan dapat digambarkan bagaimana tentang filosofi dan sejarah pengaturan tanah perkebunan di Indonesia yang dimulai dari jaman VOC, jaman kolonial penjajahan, jaman pasca kemerdekaan, jaman pemberlakuan UUPA dan jaman pasca revormasi sebagai berikut:



Bagan 2: Filosofi dan Sejarah Pengaturan Tanah Perkebunan di Indonesia

<sup>156</sup> Marzuki, Peter Mahmud, Penelitian Hukum, Cetakan ke-11, Kencana, Jakarta, 2011, hlm 94-95.

<sup>157</sup> De Cruz, Peter, Perbandingan Sistem Hukum (terjemahan dari Comperative Law in a Changing World), Nusa Media, Bandung, 2010, hlm 14.

Dari pendekatan histori yang dilakukan diharapkan memberikan suatu gambaran yang jelas tentang sejarah pengaturan hukum terhadap tanah perkebunan di Indonesia.

## 2. Pendekatan Sistem Hukum

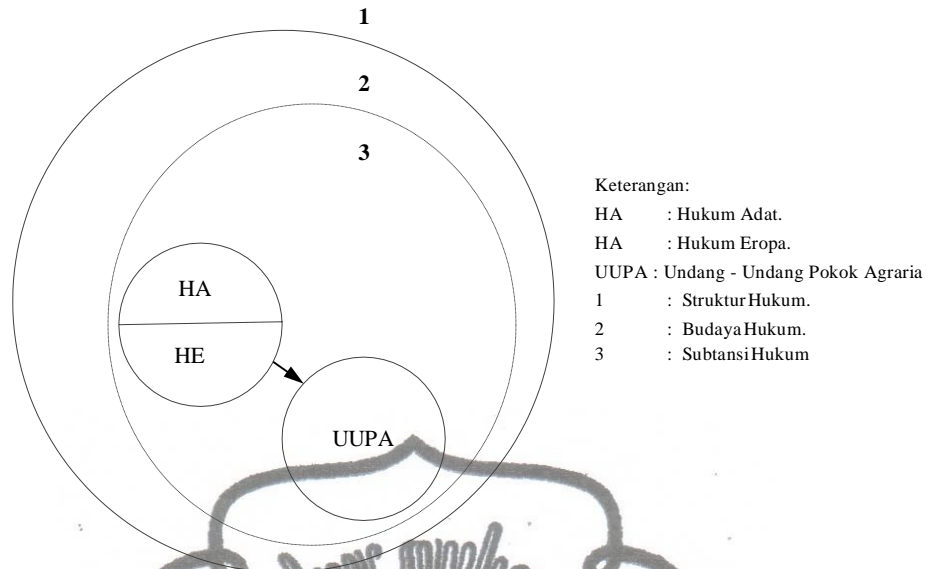
Dalam hukum modern, batas-batas antara sistem-sistem hukum sebagian besar ditentukan secara teritorial. Kekuasaan-kekuasaan yang diperoleh dari kewenangan berdasar hukum mengikuti garis-garis politik yang dirinci dalam yuridiksi (kewenangan untuk mengadili). Oleh karena itu, apapun kriteria atau batasan-batasan yang diberikan oleh tiap-tiap negara, pada dasarnya disebut sebagai sistem hukum.<sup>158</sup>

Analisa tentang sistem hukum dengan mempergunakan analisis pendekatan perspektif ilmu sosial sebagaimana dimaksud oleh Lawrence M. Friedman dalam *“The Legal System, A Social Science Perspective”*, serta dalam *“Legal Culture and Social Development”* dan setelah diadaptasi serta diimplementasikan dalam hukum Agraria di Indonesia, khususnya dalam pengaturan, pengurusan dan pengawasan negara terhadap perolehan hak atas tanah bagi perusahaan perkebunan dalam rangka penanaman modal di Indonesia, maka dapat digambarkan sebagai berikut ini:

---

<sup>158</sup> *Ibid.* hlm. 20.





Bagan 3. Perolehan Hak Atas Tanah Bagi Perusahaan Perkebunan

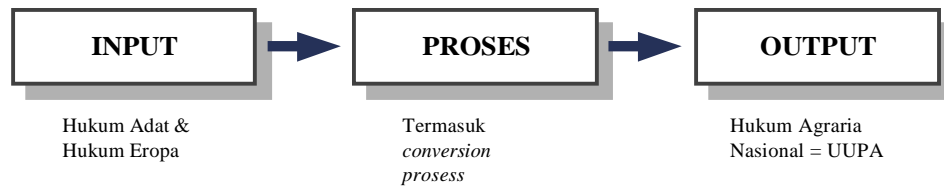
Keterangan:

- struktur hukum adalah kekuatan dasar dari hukum yang dalam beberapa hal dirasakan sebagai keharusan atau hal-hal yang bersifat wajib. Struktur hukum ini merupakan bentuk hukum *in-abstracto*;
- budaya hukum adalah *impact of law on behavior in the outside world*, budaya hukum ini merupakan gabungan dari kebiasaan, adat istiadat yang berkembang menjadi hukum atau berkembang dalam memberikan pengaruh terhadap pembentukan hukum positif hukum; dan
- Subtansial Hukum adalah "*structure and rule*" yang terwujud dalam hukum positif.

### 3. Pendekatan Analysis System

Berdasarkan pendekatan *analysis system* menurut Niklas Luhmann seperti dimaksud oleh Gunther Teubner dalam artikelnya "*Substantive And Reflexive Elements in Modern Law*",<sup>159</sup> maka untuk menguraikan tentang beberapa kelemahan materi hukum yang ada, maka sebelumnya dapat dijelaskan dalam proses pembentukannya setelah diadaptasikan dalam hukum agraria di Indonesia dapat digambarkan dengan bagan sebagai berikut ini:

<sup>159</sup> Lili Rasjidi dan IB Wyasa Putra, *Ilmu Hukum-Sistem Hukum*, PT. Remaja Rosdakarya, Bandung, 1993, hlm.58.



Bagan 4. Proses Pembentukan UUPA

Sebagai *masukan* input (atau bahan dasar) adalah hak-hak atas tanah menurut hukum adat yang berlaku bagi mayoritas masyarakat di Indonesia dan hukum Eropa yang berlaku bagi sebagian kecil masyarakat di Indonesia.

Dalam *penelitian* ini adalah hak-hak atas tanah menurut hukum adat Tanah dan kemudian hak-hak atas tanah menurut hukum adat tersebut diproses dengan dimasukkan unsur-unsur hak-hak atas tanah menurut hukum Eropa yang pernah berlaku di Indonesia. Kemudian sebagai keluaran atau output adalah hukum adat modern, yaitu beberapa hak atas tanah yang ada di UUPA.

Hukum adat yang dinamis adalah hukum yang diharapkan dapat merefleksikan ciri-ciri masyarakat modern (organisasi modern), yaitu merupakan suatu organisasi yang rasional dan elemen rasionalitasnya adalah terletak pada kenyataan organisasi modern didasarkan pada suatu sistem hukum yang mempunyai sifat *immanent*.<sup>160</sup>

#### 4. Pendekatan Harmonisasi Hukum dalam Perspektif Perundang-undangan

Menurut Khusnu Goesnadhi S.,<sup>161</sup> harmonisasi hukum adalah upaya atau proses yang hendak mengatasi batasan-batasan perbedaan, hal-hal yang bertentangan dan kejanggalan dalam hukum. Upaya atau proses untuk merealisasi

<sup>160</sup> Hermein H. Koeswadji, *Hukum dan Masalah Medik*, Airlangga University Press, 1984.

<sup>161</sup> Kusnu Goesnadhi S., *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-Undangan*, Penerbit JPBooks, Surabaya, 2006, hlm. 4.

keselarasan, kesesuaian, keserasian, kecocokan, keseimbangan di antara norma-norma hukum di dalam peraturan perundang-undangan sebagai sistem hukum dalam satu kesatuan kerangka sistem hukum nasional. Harmonisasi sistem hukum nasional meletakkan pola pikir yang mendasari penyusunan sistem hukum dalam kerangka sistem hukum nasional (*legal system harmonization*) yang mencakup:

- a. komponen materi hukum (*legal substance*) atau tata hukum yang terdiri atas tatanan hukum eksternal yaitu peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis termasuk hukum adat dan yurisprudensi, serta tatanan hukum internal yaitu asas hukum yang melandasinya;
- b. komponen struktur hukum beserta kelembagaannya (*legal structure*), yang terdiri atas berbagai badan institusional atau kelembagaan publik dengan para pejabatnya; dan
- c. komponen budaya hukum (*legal culture*), yang mencakup sikap dan perilaku para pejabat dan warga masyarakat berkenaan dengan komponen-komponen yang lain dalam proses penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat.

Dengan kerangka berpikir demikian, maka perumusan langkah yang ideal untuk ditempuh dalam harmonisasi sistem hukum, adalah melakukan penyesuaian unsur-unsur tatanan hukum yang berlaku dalam kerangka sistem hukum nasional (*legal system*) yang mencakup komponen materi hukum (*legal substance*), komponen struktur hukum beserta kelembagaannya (*legal structure*) dan komponen budaya hukum (*legal culture*). Dengan demikian harmonisasi sistem hukum nasional melibatkan mata rantai hubungan tiga komponen sistem hukum tersebut dalam kerangka sistem hukum nasional.

John Henry Merryman (*Comparative Law and Social Change: On the Origins Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement*), *The*

*American Journal of Comparative Law*, Vol.25, 1977), mengemukakan tiga kerangka model reformasi hukum yang disebut sebagai model reformasi hukum, “*tinkering, following* dan *leading*”.

Dalam hal kerangka model reformasi hukum Merryman diterapkan sebagai kerangka model pada harmonisasi hukum, maka secara teoritis dikenal tiga model harmonisasi hukum, yaitu „*tinkering harmonization*”, „*following harmonization*” dan „*leading harmonization*”. Dalam pengertian kerangka model harmonisasi hukum yang diderivasi dari model reformasi hukum, *tinkering, following* dan *leading*, dengan penjelasan menurut Merryman, sebagai berikut.<sup>162</sup>

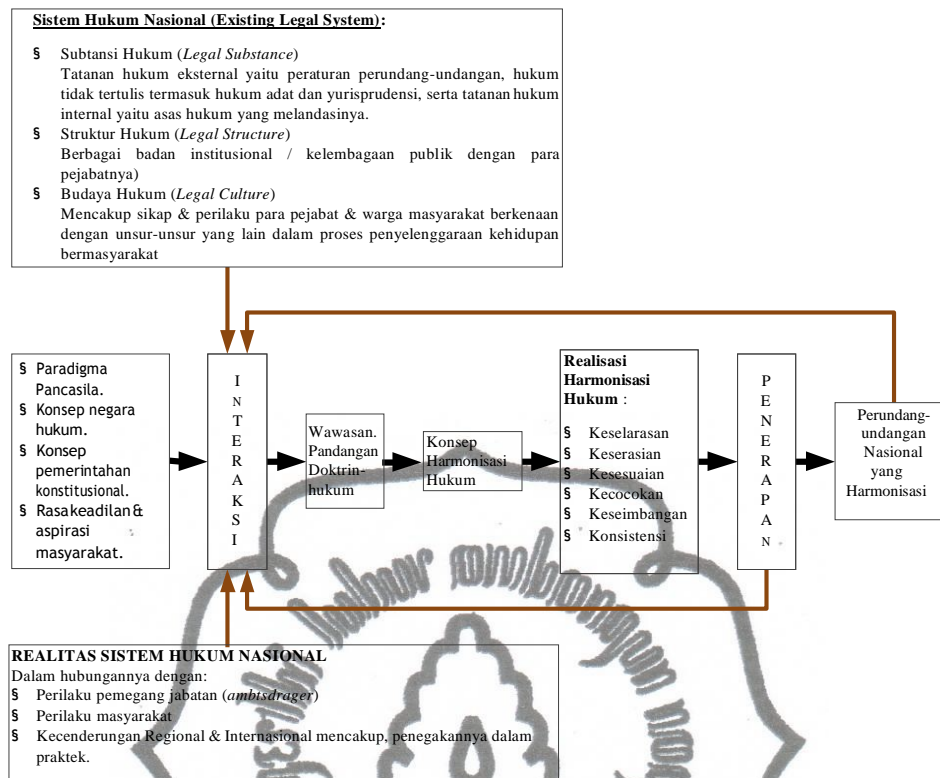
- a. *tinkering harmonization*; merupakan harmonisasi hukum melalui optimalisasi penerapan hukum yang ada (*existing law*) dengan beberapa penyesuaian, berdasar pertimbangan efisiensi;
- b. *following harmonization*; menunjuk pada harmonisasi hukum bidang-bidang tertentu yang ditujukan untuk penyesuaian hukum yang ada (*existing law*) dengan perubahan-perubahan sosial; dan
- c. *leading harmonization*; menunjuk pada penerapan atau penggunaan hukum untuk melakukan perubahan-perubahan sosial.

Kusnu Goesniadhie S. telah mengambarkan tentang langkah sistemik Harmonisasi hukum yang dapat dilihat dalam bagan sebagai berikut<sup>163</sup>:

---

<sup>162</sup> John Henry Merryman, *Comparative Law and Social Change: On the Origins Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement*”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.25, 1977.

<sup>163</sup> Kusnu Goesnadhi S., *ibid.* hlm. 8.

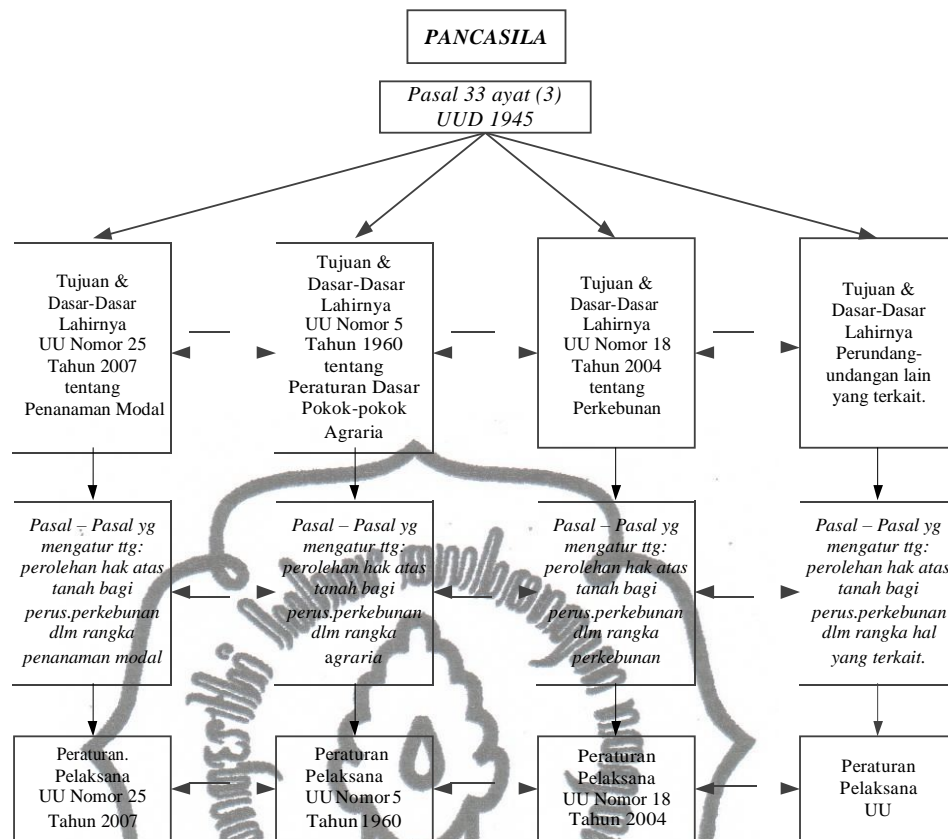


Bagan 5. Sistemik Harmonisasi Hukum

Selanjutnya, terkait dengan analisa tentang sebuah materi peraturan perundang-undangan dengan menggunakan pendekatan harmonisasi hukum sebagaimana telah diuraikan di atas, maka setelah diadaptasi serta diimplementasikan dalam hukum agraria di Indonesia, khususnya dalam pengaturan tentang perolehan hak atas tanah bagi perusahaan perkebunan dalam rangka penanaman modal di Indonesia, maka analisa yang ada dapatlah digambarkan dengan sebuah bagan sebagai berikut:<sup>164</sup>

<sup>164</sup> Kusnu Goesnadhi S., *ibid.* hlm. 8.





Bagan 6. Perolehan Hak Atas Tanah Bagi Perusahaan Perkebunan Dalam Rangka Penanaman Modal Di Indonesia

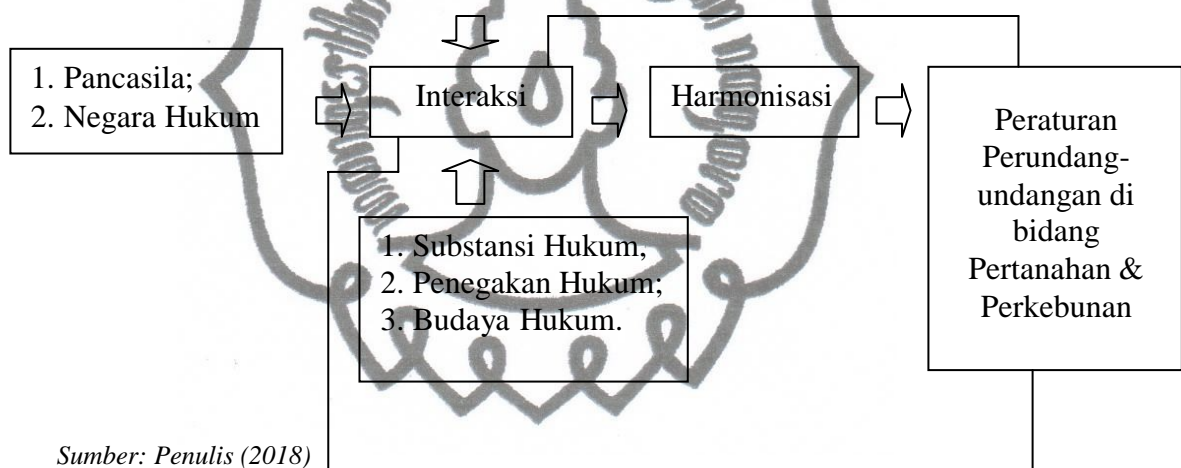
Sumber: Kusnu Goesnadh S (2006:8)

**Keterangan:**

- a. Pasal 33 ayat 3 UUD 1945 adalah menjadi dasar pembentukan hukum agraria nasional.
- b. Pengaturan hukum tentang sistem penguasaan atas tanah bagi perusahaan perkebunan dalam rangka penanaman modal di Indonesia adalah dapat penulis jumpai pada beberapa peraturan perundang-undangan berikut ini:
  - 1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960, Tentang Ketentuan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) dan peraturan pelaksanaanya;
  - 2) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004, Tentang Perkebunan dan peraturan pelaksanaanya;
  - 3) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007, Tentang Penanaman Modal dan peraturan pelaksanaanya;
  - 4) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007, Tentang Perseroan Terbatas dan peraturan pelaksanaanya;
  - 5) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999, Tentang Kehutanan dan peraturan pelaksanaanya;
  - 6) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah dan peraturan pelaksanaanya; dan
  - 7) lainnya.

Dalam prakteknya, ternyata beberapa peraturan perundang-undangan tersebut, saling tumpang tindih atau terdapat *dis-sinkronisasi* antara peraturan yang satu dengan peraturan perundang-undangan lainnya, baik secara vertikal maupun horizontal, sehingga hal ini tentunya akan menjadi faktor penghambat dalam pencapaian tujuan dan cita-cita lahirnya UUPA secara murni dan konsekuen, khususnya dalam hal ini dalam rangka pencapaian kepastian hukum, keadilan hukum dan kegunaannya.

Berdasarkan uraian dan kerangka pemikiran di atas, apabila diskema nampak sebagai berikut:



Bagan 7. Kerangka Pemikiran PENATAAN PENGATURAN Penguasaan Tanah Untuk Perusahaan Perkebunan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing Di Indonesia