

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

2.1. Kajian Relevan

Kajian relevan berisi mengenai penelitian-penelitian yang relevan atau sesuai dengan judul yang di kaji (Sumadi, Irawati, dan Casmana, 2020). Oleh karena itu, sebelum penulis menyusun dan melakukan penelitian tentang Perlindungan Hukum Hak atas Tanah Benteng keraton Liya sebagai Cagar Budaya oleh Pemerintah Daerah. Di bawah ini ada beberapa penelitian yang terkassit dengan judul yang penulis angkat:

- a. Andrea Angelina Cipta Wijaya, 2014. *Perlindungan Hukum terhadap Benda Cagar Budaya di Kota Malang*, Penelitian ini membahas tentang bagaimana perlindungan hukum terhadap benda cagar budaya oleh Dinas Pariwisata di kota malang yang masing sangat minim. Hal ini dibuktikan dengan masih banyaknya penemuan-penemuan benda cagar budaya yang sudah tidak utuh lagi karena kurangnya perlindungan oleh pihak yang berwenang serta kurangnya partisipasi masyarakat dalam menjaga dan melestarikan benda cagar budaya. Perbedaan penelitian yang dilakukan penulis dengan penelitian Andrea Angelina Cipta Wijaya yaitu penelitian penulis terfokus pada Bagaimana perlindungan tanah yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah terhadap kawasan Benteng Keraton Liya Togo yang kian lama makin tergerus oleh perkembangan masyarakat.

- b. Muhammad Abdi, 2021. *Tinjauan Yuridis Pengaturan Hukum Bekas Tanah Swaprajadi Kesultanan Keraton Buton*, Penelitian ini membahas mengenai pengaturan tanah *kadie* yang dikuasia oleh masyarakat secara turun temurun yang ingin dikuasai dengan hak milik pribadi. Salah satu hasil penelitiannya menyatakana bahwa Status kepemilikan Masyarakat Wolio terhadap tanah bekas Swapraja di dalam Benteng Keraton Buton sebagai Kawasan Cagar Budaya merupakan status tanah Hak Ulayat, hal ini dikarenakan Masyarakat Wolio memenuhi unsur sebagai Masyarakat Hukum Adat. Sehingga penguasaan tanah yang dilakukan secara turun temurun oleh Masyarakat Wolio pada Kawasan Benteng Keraton Buton dibenarkan apabila merujuk pada Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2010 Tentang Cagar Budaya. Namun, bukti yuridis dalam bentuk penetapan terhadap Masyarakat Wolio sebagai Masyarakat Hukum Adat belum ada. Perbedaan penelitian yang dilakukan penulis dengan penelitian Muhammad Abdi yaitu penelitian penulis terfokus pada Bagaimana perlindungan tanah yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah terhadap kawasan Benteng Keraton Liya Togo yang kian lama makin tergerus oleh perkembangan masyarakat.
- c. Yosi Abdhan Pradana, 2014. *Pelaksanaan Perlindungan Hukum Kawasan Cagar Budaya Situs Majapahit di Trowulan oleh Pemerintah kabupaten Mojokerto*, penelitian ini membahas mengenai bagaimana pelaksanaan perlindungan kawasan cagar budaya situs maja pahit di Trowulan oleh pemerintah Kabupaten Mojokerta dimana dalam kawasan cagar budaya tersebut terdapat Industri Bata Merah yang menjadi salah satu pekerjaan mayoritas masyarakat trowulan. Perbedaan

penelitian yang dilakukan penulis dengan penelitian Yosi Abdhan Pradana yaitu penelitian penulis terfokus pada bagaimana perlindungan tanah yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah terhadap kawasan Benteng Keraton Liya Togo yang kian lama makin tergerus oleh perkembangan masyarakat.

- d. Erni, 2019. *Pengelolaan pelestarian Situs Cagar budaya Benteng Rotterdam di Kota Makassar*, penelitian ini membahas tentang bagaimana pengelolaan, pelestarian dan pemanfaatan Situs Cagar Budaya Benteng Rotterdam di Kota Makassar oleh Balai Pelestarian Cagar Budaya Sulawesi Selatan. Perbedaan penelitian yang dilakukan penulis dengan penelitian yang dilakukan oleh Erni yaitu penelitian penulis terfokus pada bagaimana perlindungan tanah yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah terhadap kawasan Benteng Keraton Liya Togo yang kian lama makin tergerus oleh perkembangan masyarakat.
- e. Virla Yalas Anggia dan Yanni Tuharyati, 2019. *Perlindungan Hukum terhadap Cagar Budaya di Kabupaten Situbondo berdasarkan Peraturan Daerah Nomor 3 Tahun 2016 tentang Pengelolaan Cagar Budaya*, penelitian ini membahas mengenai Perlindungan Hukum Terhadap Cagar Budaya Di Kabupaten Situbondo Berdasarkan Peraturan Daerah Nomor 3 Tahun 2016 Tentang Pengelolaan Cagar Budaya Daerah. Skripsi ini bertujuan untuk mengetahui bentuk perlindungan hukum yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah Kabupaten Situbondo terhadap cagar budaya yang berada di Kabupaten Situbondo dan untuk mengetahui kendala yang dihadapi oleh Pemerintah Daerah Kabupaten Situbondo dalam memberikan perlindungan hukum terhadap cagar budaya yang berada di Kabupaten Situbondo.

Perbedaan penelitian yang dilakukan penulis dengan penelitian yang dilakukan oleh Virla Yalas Anggia yaitu penelitian penulis terfokus pada bagaimana perlindungan tanah yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah terhadap kawasan Benteng Keraton Liya Togo yang kian lama makin tergerus oleh perkembangan masyarakat (Anggia & Tuharyati, 2019).

2.2. Kajian Teori

2.2.1. Teori Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum secara etimologi terdiri dari 2 kata yaitu perlindungan dan hukum. Perlindungan dalam KBBI berarti tempat berlindung, hal (perbuatan dan sebagainya) memperlindungi sedangkan hukum dalam KBBI memiliki beberapa arti diantaranya: (KBBI, 2021)

- a. Peraturan atau adat yang secara resmi dianggap mengikat, yang dikukuhkan oleh penguasa atau pemerintah.
- b. Undang-undang, peraturan, dan sebagainya untuk mengatur pergaulan hidup masyarakat.
- c. Patokan (kaidah, ketentuan) mengenai peristiwa (alam dan sebagainya) yang tertentu.
- d. Keputusan (pertimbangan) yang ditetapkan oleh hakim (dalam pengadilan).

Dengan tindakan pemerintah sebagai titik sentral, dibedakan dua macam perlindungan hukum yaitu Menurut Philipus M.Hadjon sebagaimana dikutip oleh Yosi Abdahan Pradana (Pradana, 2014):

a. Perlindungan hukum preventif

Preventif adalah pencegahan, tindakan untuk mencegah terjadinya sesuatu. Pada perlindungan hukum preventif ini, kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum suatu keputusan terjadi sengketa.

b. Perlindungan hukum represif

Perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Penanganan perlindungan hukum oleh peradilan umum dan administrasi di Indonesia termasuk di dalam kategori perlindungan hukum represif.

Dalam konteks perlindungan hukum cagar budaya dilandaskan pada undang-undang nomor 11 tahun 2010 tentang cagar budaya dijelaskan bahwa perlindungan adalah upaya mencegah dan menanggulangi dari kerusakan, kehancuran, atau kemusnahan dengan cara penyelamatan, pengamanan, zonasi, pemeliharaan, dan pemugaran cagar budaya.

2.2.2. Teori Hukum Adat

a. Hak Ulayat

Sebelum muncul istilah *beschikkingsrecht* (hak ulayat), dahulu masih menggunakan istilah "hak milik asli" (*eigendomsrecht*) dan "hak milik komunal" (*communaal bezitsrecht*). Istilah-istilah ini ternyata menurut Barent Ter Haar dapat menyebabkan jalinan-jalinan yang ruwet terhadap hak masyarakat adat atas tanah, yang kemudian dapat berimplikasi pula terhadap

kepastian hukum pada saat itu. Oleh sebab itu, atas jasa Comelis van Vollenhoven diberi nama beschikkingsrecht untuk padanan istilah "hak ulayat" atau "hak pertuanan". Tegasnya, Comelis van Vollenhoven sebagaimana dikutip oleh Darwin Ginting menggarisbawahi bahwa, "Beschikkingsrecht adalah suatu hak atas tanah yang ada hanya di Indonesia, suatu hak yang tidak dapat dipecah-pecahkan dan mempunyai dasar keagamaan (religie). Hak tersebut tidak ada sangkut pautnya dengan hukum perdata eropa (BW) (Ginting, 2012, p. 2).

Dalam buku Een Adat - Wetboekje Voor Het Indonesie (1925), C.van Vollenhoven sebagaimana dikutip oleh Darwin Ginting menegaskan sebagai berikut (Ginting, 2012, p. 3):

- a. Beschikkingsrecht atas tanah hanya dapat dimiliki oleh per-sekutuan hukum (gemeenschappen) dan tidak dapat dimiliki oleh perseorangan;
- b. Beschikkingsrecht tidak dapat dilepaskan untuk selama-lama-nya;
- c. Jika hak itu dilepaskan untuk sementara, bilamana alasan selain kerugian untuk penghasilan-penghasilan yang hilang harus dibayar juga cukai (heffingen) oleh orang-orang asing, menurut hukum adat diwajibkan membayar kepada persekutuan hukum (gemeenschappen) yang memiliki tanah itu.

Jadi, hak ulayat (beschikkingsrecht) atas tanah itu merupakan milik persekutuan hukum (gemeenschappen) masyarakat adat yang tidak dapat dilepaskan selama-lamanya serta tidak boleh dimiliki oleh perseorangan. Hak

ulayat per-definisi menurut Surat Menteri Agraria/Kepala BPN Nomor 400-2626 tanggal 24 Juni 1999 Perihal Penyampaian dan Penjelasan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, dirumuskan sebagai berikut:

Kewenangan yang menurut hukum adat dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah. dalam wilayah tersebut, bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya, yang timbul dari hubungan secara lahiriyah dan batiniyah turun temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan.

Untuk mengetahui apakah hak ulayat (*beschikkingsrecht*) itu masih ada, terdapat kriteria yang dapat digunakan sebagai parameter. Adapun kriteria untuk menentukan masih ada atau tidaknya hak ulayat menurut Maria S.W. Sumardjono, harus dilihat pada 3 (tiga) hal, yakni: (Ginting, 2012, p. 6)

- a. Adanya masyarakat hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu, sebagai subyek hak ulayat;
- b. Adanya tanah/wilayah dengan batas-batas tertentu sebagai *labensraum* yang merupakan obyek hak ulayat; dan
- c. Adanya kewenangan masyarakat hukum adat untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu sebagaimana diuraikan di atas. "

Dipenuhinya ketiga persyaratan tersebut secara kumulatif, kiranya cukup obyektif sebagai kriteria penentu masih ada atau tidaknya hak ulayat, sehingga misalnya, walaupun ada masyarakat hukum dan ada tanah atau wilayahnya, namun apabila masyarakat hukum tersebut sudah tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan tiga tindakan tersebut, maka hak ulayat dapat dikatakan sudah tidak ada lagi. Justru itu, tanah-tanah ulayat seperti "tanah bengkok" dan "tanah titisara" ataupun "tanah hak kaula" (di Aceh) yang lembaga desanya telah dihapuskan dan menjadi kelurahan, menjadi milik atau diserahkan kepemilikannya kepada pemerintah kabupaten atau kota. Sebab masyarakat hukum adat sudah tidak mempunyai kewenangan atas tanah-tanah ulayat tersebut.

b. Masyarakat Hukum Adat

Ditingkat perserikatan bangsa-bangsa (PBB), telah disepakati penggunaan istilah *indigenous people* sebagaimana tertuang dalam seluruh dokumen yang membahas salah satu rancangan deklarasi PBB, yaitu: *draft of the united declaration on the right of indigenous peoples*. (Suartha, 2015, p. 16)

Di Indonesia juga terdapat beragam istilah tentang masyarakat hukum adat ini. Secara umum, masyarakat hukum adat sering disebut sebagai persekutuan hukum (Ter Har), masyarakat terasing (Koentjaraningrat), suku bangsa terasing (Departemen sosial), masyarakat primitif, suku terpencil, kelompok penduduk yang rentan (Kusumaatmaja), masyarakat tradisonal, masyarakat terbelakang, masyarakat hukum adat, orang asli, peladang

berpindah, perambah hutan, peladang liar dan terkadang sebagai penghambat pembangunan.(Suartha, 2015, p. 22)

Ada juga yang menggunakan istilah kesatuan masyarakat hukum adat, karena ditekankan pada dimilikinya kekuasaan untuk melakukan pengaturan dan pengurusan terhadap warganya. Hal penting untuk dapat mengkategorikan adanya kekuasaan ini adalah telah dipenuhinya lima unsur utama yaitu: pemerintahan, masyarakat, harta, hukum adat, dan wilayah. Dari kelima unsur tersebut terdapat pula di dalam desa adat/pakraman di Bali, sehingga desa pakraman termasuk kesatuan masyarakat hukum adat.

Menurut teori keputusan (*belissingenleer*) Ter Haar, identifikasi macam-macam masyarakat hukum adat adalah berdasarkan teritorial dan/atau geneologis. Van Vollenhoven dalam teori hukum adat tata negara (*adat staatrechts*) memandang bahwa tatanan formal masyarakat hukum adat yang dinamakan *Rechtsgemeenschap* sebagai badan hukum, lingkup persoalannya menyangkut luas lingkungan kekuasaan dalam ruang dan orang-orangnya, hak ulayatnya, dan persoalan-persoalan dan sifat-sifat hak ulayat berikut juga penyelesaian persengketaannya. Juga soal lain, ialah mengenai susunan dan fungsi-fungsi serta jabatan fungsionaris dari apa yang disebut *bestuur* (pemerintahan), *politie* (polisi). *Rechtpraak* (peradilan), dan *regeling* (peraturan perundang-undangan).(Suartha, 2015, p. 8)

2.2.3. Teori Perundang-undangan

a. Teori Hierarki Perundang-undangan

Pengertian hirerarki peraturan perundang-undangan adalah penjenjangan setiap jenis peraturan perundang-undangan yang didasarkan pada asas bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Dengan kata lain, hierarki peraturan perundang-undangan adalah susunan yang berurutan dalam ketatalaksanaan peraturan perundang-undangan sehingga kekuatan hukumnya sesuai dengan urutan masing-masing (Williams, 2018, p. 17).

Hierarki perundang-undangan merupakan pengembangan dari teori jenjang hukum (*stufentheorie*) yang dikemukakan oleh Hans Kelsen. Dalam teori tersebut Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki (tatasusunan) dalam arti suatu norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif, yaitu norma dasar (*Grundnorm*).

Menurut Hans Kelsen, suatu norma hukum itu selalu bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi kebawah norma huku itu juga

menjadi sumber dan menjadi dasar bagi norma yang lebih rendah dari padanya. Dalam hal tata susunan/hierarki sistem norma, norma yang tertinggi atau norma dasar itu menjadi tempat bergantungnya norma-norma di bawahnya, sehingga apabila norma dasar itu berubah maka akan menjadi rusaklah sistem norma yang ada di bawahnya (Williams, 2018, p. 19).

Adapun di Indonesia semenjak tahun 2011, berdasarkan pasal 7 ayat(1) uu No. 12 Tahun 2011 diatur hierarki perundang-undangan sebagai berikut:

1. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden;
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Di samping Peraturan Perundang-undangan tersebut, pada pasal 8 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 juga disebutkan, “jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, Badan atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-undang atau Pemerintah atas perintah Undang-undang, Dewan Perwakilan

Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Ditambah juga pada pasal 8 ayat (2) bahwa “Peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

2.2.4. Konsep Hukum Agraria

a. Konsep Hak Menguasai Tanah oleh Negara

Secara normatif tujuan negara Republik Indonesia adalah untuk memajukan kesejahteraan umum dan mewujudkan keadilan sosial (pasal 33 UUD 1945). Pasal 33 UUD 1945 sebagai ketentuan dasar “Hak Menguasai oleh Negara” mengatur mengenai dasar sistem perekonomian dan kegiatan perekonomian yang dikehendaki dalam negara Indonesia, tetapi pasal 33 bukan sebagai sesuatu yang berdiri sendiri, namun berkaitan dengan kesejahteraan dan keadilan sosial. Berdasarkan pemikiran tersebut, maka upaya memahami pasal 33 UUD 1945 tidak terlepas dari dasar pemikiran tentang kesejahteraan dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Atas dasar itu, tujuan hak menguasai oleh negara atas sumber daya alam khususnya tanah ialah keadilan sosial bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Pengertian dikuasi oleh negara mempunyai persamaan arti dengan negara menguasai atau penguasaan negara. pengertian kata “menguasai” ialah berkuasa atas sesuatu, sedangkan pengertian kata “penguasaan” berarti

proses, cara, perbuatan menguasai atau mengusahakan. Dalam hal penguasaan negara dalam hukum agraria atas bumi atau tanah, mengandung pengertian negara memegang kekuasaan untuk menguasai dan mengusahakan segenap sumber daya agraria yang terdapat dalam wilayah hukum negara Indonesia. Pengertian demikian sejalan dengan maksud istilah dikuasai oleh negara yang ditujukan kepada obyek-obyek penguasaan yang diatur dalam pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945 (Sugiharto, 2015, p. 4).

Istilah dikuasai oleh negara (sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat) dapat dibaca dalam pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan: “bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”. Dalam penjelasan pasal 33 ayat (3) tersebut tidak dijelaskan apa yang dimaksud dengan istilah dikuasai tersebut dan sejauhmana ruang lingkupnya.

Pasal 2 ayat (2) UUPA telah mengembangkan pengertian hak menguasai oleh negara, sehingga dirasakan sebagai perubahan keseluruhan dari pernyataan domain yang pernah dikenal di Indonesia sejak tahun 1870 yang bagi belanda adalah untuk membenarkan penjajahannya dan menguasai tanah-tanah di Indonesia.

Di dalam pasal 2 ayat (2) berbunyi: hak menguasai oleh negara termaksud dalam ayat (1) pasal ini memberikan kekuasaan untuk:

1. Mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut.

2. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara manusia dan perbuatan-perbuatan hukum manusia dengan bumi, air dan ruang angkasa.
3. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara manusia dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

Dalam memori penjelasan, ketentuan ini digolongkan pada ketentuan dasar Nasional Hukum Agraria yang baru. Kewenangan dari negara itu tidak saja didasarkan kepada ketentuan pasal 1 dimana negara dianggap sebagai organisasi rakyat, sebagai alat bangsa tetapi dirujuk juga dasar hukumnya pada ketentuan pasal 33 ayat (3) UUD 1945.

Dengan demikian, maka pasal 2 UUPA memberikan sekaligus tafsiran resmi interpretasi autentik mengenai arti perkataan dikuasai yang digunakan di dalam pasal 33 ayat (3) UUD 1945 itu. Sebelum UUPA ada setengah orang yang menafsirkan perkataan dikuasai itu sebagai dimiliki, tetapi UUPA dengan tegas menyatakan bahwa perkataan tersebut bukan bermakna dimiliki. Bahkan pengertian domain negara dihapuskan oleh UUPA. “asas domain” tidak dikenal dalam UUPA yang baru, demikian memori penjelasan angka 11/2 (Sugiharto, 2015, p. 10).

b. Konsep Konservasi Hak atas Tanah

Konservasi tanah menurut Effendi Peranginangin dalam bukunya yang berjudul *Hukum Agraria Indonesia Suatu Telaah dari Sudut Pandang Praktisi*

Hukum sebagaimana dikutip oleh Aditya Christy Hanggara adalah perubahan hak atas tanah sehubungan dengan berlakunya UUPA. hak-hak atas tanah yang ada sebelum berlakunya UUPA diubah menjadi hak-hak atas tanah yang ditetapkan dalam UUPA (pasal 16) (Hanggara, 2013, p. 61).

Pada tanggal 24 September 1960 telah disahkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria. Undang-Undang ini bersifat nasional dan lebih dikenal dengan sebutan Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA). Tujuan lahirnya UUPA yaitu: 1. Untuk meletakkan dasar-dasar bagi penyusunan Hukum Agraria Nasional 2. Untuk meletakkan dasar-dasar, mengadakan kesatuan dan kesederhanaan dalam hukum pertanahan 3. Untuk meletakkan dasar-dasar untuk memberikan kepastian hukum mengenai hak-hak atas tanah bagi rakyat seluruhnya.

Salah satu tujuan UUPA yaitu untuk memberikan kepastian hukum mengenai hak atas tanah rakyat seluruhnya, terlebih hak atas tanah menurut hukum adat. Dengan berlakunya UUPA, hak atas tanah tersebut dikonversi menjadi hak atas tanah berdasarkan UUPA yaitu yang diatur dalam Pasal 16 ayat (1) UUPA. Hak atas tanah menurut hukum adat dirasa tidak memberikan kepastian hukum bagi pemiliknya. Dikatakan tidak memberikan kepastian hukum karena hak atas tanah tersebut belum dicatat atau didaftarkan. Pemerintah mengadakan kegiatan pendaftaran tanah di seluruh wilayah Indonesia guna memberikan jaminan kepastian hukum. Kepastian hukum di bidang pertanahan meliputi kepastian mengenai subyek (orang atau badan

hukum), obyek (letak, batas, dan luas), serta hak atas tanah. Pasal 19 ayat (1) UUPA menentukan bahwa Untuk menjamin kepastian hukum oleh Pemerintah diadakan pendaftaran tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia menurut ketentuan-ketentuan yang diatur dengan peraturan pemerintah (Hanggara, 2013, p. 50).

2.2.5. Konsep *'urf*

a. Pengertian *'urf*

Kata *'urf* berasal dari kata *'arafa, ya'rifu* (عرف يرف) sering diartikan dengan "*al-ma'ruf*", (المعروف) dengan arti: "sesuatu yang dikenal". Kalau dikatakan *فلان أولى فلان عرفا* (*si fulan lebih dari yang lain dari segi "urf-nya*) maksudnya bahwa si fulan lebih dikenal dibandingkan dengan yang lain. Pengertian "dikenal" ini lebih dekat kepada pengertian "diakui oleh orang lain"(Syarifuddin, 2008b, p. 386). Kata *'urf* juga terdapat dalam al-Qur'an dengan arti "*ma'ruf*" (معروف) yang artinya kebajikan (berbuat baik), seperti dalam surah al-A'raf (7): 199:

خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ

Maafkanlah dia dan suruhlah berbuat ma'ruf.

Kata *'urf* pengertiannya tidak melihat dari segi berulang kalinya suatu perbuatan dilakukan, tetapi dari segi bahwa perbuatan tersebut sudah sama-sama dikenal dan diakui oleh banyak orang. Adanya dua sudut pandang berbeda ini (dari sudut berulang kali, dan dari sudut dikenal) yang

menyebabkan timbulnya dua nama tersebut. Dalam hal ini sebenarnya tidak ada perbedaan yang prinsip karena dua kata itu pengertiannya sama, yaitu: suatu perbuatan yang telah berulang-ulang dilakukan menjadi dikenal dan diakui orang banyak; sebaliknya karena perbuatan itu sudah dikenal dan diakui orang banyak, maka perbuatan itu dilakukan orang secara berulang kali. Dengan demikian meskipun dua kata tersebut dapat dibedakan tetapi perbedaannya tidak berarti (Syarifuddin, 2008b, p. 389). Teuku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqi mendefinisikan Urf adalah adat kebiasaan yang dipandang baik oleh akal dan diterima oleh tabiat manusia yang sejahtera (Tahir, 2008, p. 144)

b. Dasar Hukum 'urf

Jumhur fuqaha mengatakan bahwa Al-'urf merupakan hujjah dan dianggap sebagai salah satu sumber hukum syariat. (Prof. Dr. Satria efendi dan m. Zein, ma, 2005). Mereka bersandar pada dalil-dalil sebagai berikut:

Firman Allah dalam QS. Al-A'raf ayat 199

خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ

Artinya: jadilah pemaaf dan suruhlah orang mengerjakan yang makruf, serta jangan pedulikan orang-orang yang bodoh.

Ayat ini bermaksud bahwa urf' ialah kebiasaan manusia dan apa-apa yang sering mereka lakukan (yang baik). Ayat ini, bersighat 'am artinya Allah memerintahkan Nabi-Nya untuk mengerjakan suatu hal yang baik, karena merupakan perintah, maka urf dianggap oleh syara' sebagai dalil hukum.

Dalam arti lain Urf' dan adat memiliki perbedaan, adat mengandung konotasi yang netral, sedangkan Urf' tidak demikian halnya. Kata Urf' digunakan dengan memandang pada kualitas perbuatan yang dilakukan, yaitu diakui, diketahui, dan diterima oleh orang banyak. Dengan demikian, kata Urf' itu mengandung konotasi baik. Badran dalam (Amir Syarifuddin, 2001,388) mengartikan Urf' sebagai berikut “Apa-apa yang dibiasakan dan diikuti oleh orang banyak, baik dalam bentuk ucapan atau perbuatan, berulang-ulang dilakukan sehingga berbekas dalam jiwa mereka dan diterima baik oleh akal mereka”.

Hadist riwayat al-Hakim dari Abdullah r.a

مَا رَأَاهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ.

Artinya:“Sesuatu yang dianggap baik oleh umat islam, termasuk suatu hal yang baik pula menurut Allah”.(HR. Ahmad dan Ibnu Mas’ud).

Hadits ini mengandung arti bahwa hal yang dipandang baik bagi orang Islam berarti hal itu baik pula di sisi Allah yang di dalamnya termasuk juga urf' yang baik. Yang mana berdasarkan dalil-dalil tersebut, urf' yang baik adalah suatu hal yang baik di hadapan Allah.

Dari permasalahan-permasalahan di atas para ulama ushul fiqh telah merumuskan kaidah-kaidah fiqh yang berkaitan dengan ‘urf, antara lain (Jaih Mubarak, hal. 154). Adalah

اِسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا

Artinya:”Apa yang biasa diperbuat orang banyak adalah hujjah (alasan/argument/dalil) yang wajib diamalkan”.

Maksud kaidah ini adalah apa yang sudah menjadi adat kebiasaan di masyarakat, menjadi pegangan, dalam arti setiap anggota masyarakat menaatinya.

c. Syarat-syarat *‘urf*

Syarat-syarat *‘adah / ‘urf* yang bisa diterima oleh Hukum Islam.(A. Djazuli, 2005) yaitu:

1. Tidak ada dalil yang khusus untuk kasus tersebut baik dalam Al-Qur’an dan Sunnah.
2. Pemakaiannya tidak mengakibatkan dikesampingkannya nash syari’ah termasuk juga tidak mengakibatkan kemafsadatan, kesempitan dan kesulitan.
3. Telah berlaku secara umum dalam arti bukan hanya yang biasa dilakukan oleh beberapa orang saja.

Wahbah al-Zuhailiy sebagaimana dikutip Sunan Autad Sarjana dan Imam Kamaluddin Suratman dalam jurnalnya Konsep *‘Urf* dalam Penetapan Hukum Islam menerangkan adapun adat yang bisa dijadikan pijakan hukum harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut. Pertama, adat harus berlaku konstan dan menyeluruh, atau minimal dilakukan kalangan mayoritas (aghlabiyyah). Kalaupun ada yang tidak melakukannya, maka itu hanya sebagian kecil saja dan tidak dominan. Imam Suyuthi mengatakan bahwa

tradisi yang dijadikan pijakan dalam penetapan hukum adalah tradisi yang berlaku konstan dan tetap, bukan yang berubah-ubah. Kedua, adat sudah terbentuk bersamaan dengan masa penggunaannya. Hal ini dapat dilihat dalam istilah-istilah yang biasa digunakan dalam transaksi jual beli, wakaf, atau wasiat. Imam Suyuthi menuturkan bahwa ‘urf yang dijadikan dasar hukum adalah yang sudah ada dan masih berlaku ketika terjadi penetapan hukum. Sedangkan ‘urf yang belum ada atau belum berlaku, tidak bisa diperhitungkan dalam penetapan suatu hukum . Ketiga, tidak terdapat ucapan atau pekerjaan yang bertentangan dengan nilai-nilai substansial adat (madmun al-adat). Dan yang keempat, tidak bertentangan dengan syariat, dalam artian adat atau ‘urf tersebut harus berupa ‘urf sah, sehingga tidak akan menganulir seluruh aspek substansial nas (Sarjana & Kamaluddin Suratman, 2018, pp. 292–293).

d. Macam-macam ‘urf

Pengelolaan macam-macam *adat* atau ‘urf itu dapat dilihat dari beberapa segi (Syarifuddin, 2008a, p. 389) :

1. Ditinjau dari segi materi yang biasa dilakukan, dari segi ini ‘urf itu ada dua macam:
 - a) ‘*Urf qauli* yaitu kebiasaan yang berlaku dalam penggunaan kata-kata atau ucapan.
 - b) ‘*Urf fi’li* yaitu kebiasaan yang berlaku dalam perbuatan.
2. Dari segi ruang lingkup penggunaannya, ‘urf terbagi pada:

- a) *Adat* atau '*urf*' umum yaitu kebiasaan yang telah umum berlaku dimana-mana, hampir di seluruh penjuru dunia, tanpa memandang negara, bangsa dan agama.
 - b) *Adat* atau '*urf*' khusus yaitu kebiasaan yang dilakukan sekelompok orang ditempat tertentu atau pada waktu tertentu; tidak berlaku di semua tempat dan disembarang waktu.
3. Dari segi penilaian baik dan buruk, '*adat* atau '*urf*' itu terbagi kepada:
- a) '*Adat yang shahih*' yaitu adat yang berulang-ulang dilakukan, diterima oleh orang banyak, dan budaya yang luhur.
 - b) '*Adat yang fasid*' yaitu adat yang berlaku merata pelaksanaannya, namun bertentangan dengan agama.

Islam datang dengan seperangkat norma '*syara*' yang mengatur kehidupan muamalah yang harus dipatuhi umat Islam sebagai konsekuensi dari keimanannya kepada Allah dan Rasul-Nya. Sebagian dari '*adat* lama itu ada yang selaras dan ada yang bertentangan dengan hukum '*syara*' yang datang kemudian. *Adat* yang bertentangan itu dengan sendirinya tidak mungkin dilaksanakan oleh umat Islam secara bersamaan dengan hukum '*syara*'. Pertemuan antara adat dan '*syari'at*' tersebut terjadilah perbenturan, penyerapan, dan pembauran antara keduanya. Dalam hal ini yang diutamakan adalah proses penyeleksian '*adat* yang dipandang masih diperlukan untuk dilaksanakan. Adapun yang dijadikan pedoman dalam menyeleksi '*adat* lama itu adalah

kemaslahatan menurut wahyu. Berdasarkan hasil seleksi tersebut, 'adat dapat dibagi kepada 4 kelompok sebagai berikut:

1. 'Adat yang lama secara substansial dan dalam hal pelaksanaannya mengandung unsur kemaslahatan. Maksudnya dalam perbuatan itu terdapat unsur manfaat dan tidak ada unsur mudaratnya; atau unsur manfaatnya lebih besar dari unsur mudaratnya. Adat dalam bentuk ini diterima sepenuhnya dalam hukum Islam. Umpamanya uang tebusan darah (*diyat*) yang harus dibayar oleh pihak pelaku pembunuhan kepada pihak keluarga yang tebus. Hukum ini berlaku di kalangan masyarakat Arab sebelum Islam datang dan dinilai dapat terus diberlakukan, hingga ditetapkan menjadi hukum Islam.
2. 'Adat lama yang pada prinsipnya secara substansial mengandung unsur maslahat (tidak mengandung unsur mafsadat atau mudarat), namun dalam pelaksanaannya tidak dianggap baik oleh Islam. Adat dalam bentuk ini dapat diterima dalam Islam, namun dalam pelaksanaan selanjutnya mengalami perubahan dan penyesuaian. Umpamanya tentang *zihar*, yaitu ucapan suami yang menyamakan istrinya (punggunya) dengan ibunya sendiri. *Zihar* ini merupakan cara yang sudah biasa berlangsung dikalangan masyarakat Arab sebagai usaha suami untuk berpisah (cerai) dengan istrinya. Sesudah suami melakukan *zihar*, maka suami dan istrinya tidak diperbolehkan lagi berhubungan dan putuslah hubungan mereka sebagai suami istri. Islam menerima *zihar* tersebut dengan perubahan,

yaitu *zihar* dinyatakan menyebabkan suami istri tidak boleh berhubungan kelamin, namun tidak memutuskan perkawinan. Bila keduanya akan berhubungan lagi, terlebih dahulu harus membayar *kafarat* (kewajiban agama akibat suatu pelanggaran).

3. 'Adat lama yang pada prinsip dan pelaksanaannya mengandung unsur *mafsadat* (merusak). Maksudnya, yang dikandungnya halnya unsur perusak dan tidak memiliki unsur manfaatnya; atau ada unsur manfaatnya tetapi unsur perusaknya lebih besar. Umpamanya tentang berjudi, minum minuman yang memabukkan dan praktik rentenir (membungakan uang secara riba). 'Adat dalam bentuk ini ditolak oleh Islam secara mutlak. Islam menetapkan ketentuan hukum yang berbeda dan berlawanan secara diametral dengan 'adat demikian yang biasa berlaku sebelum Islam datang.
4. 'Adat atau 'urf yang telah berlangsung lama, diterima oleh orang banyak karena tidak mengandung unsur *mafsadat* (perusak) dan tidak bertentangan dengan dalil *syara'* yang datang kemudian, namun secara jelas belum terserap ke dalam *syara'*, baik secara langsung atau tidak langsung. 'Adat atau 'urf dalam bentuk ini jumlahnya banyak sekali dan menjadi perbincangan dikalangan ulama. Bagi kalangan ulama yang mengakuinya berlaku kaidah:

الْعَادَةُ مُحْكَمَةٌ

'adat itu dapat menjadi hukum.

Adat dalam bentuk pertama dan kedua diterima oleh Islam, dalam arti tetap dilaksanakan dan ditetapkan menjadi hukum Islam. Bentuk penerimaan oleh Al-Qur'an adalah dengan cara Al-Qur'an sendiri menetapkan hukumnya secara sama dengan apa yang berlaku dalam *adat* tersebut, baik secara langsung atau setelah terlebih dahulu melalui proses penyesuaian. Bentuk penerimaannya oleh Sunah Nabi secara langsung adalah '*adat* tersebut ditetapkan hukumnya oleh sunah sesuai menurut apa yang berlaku selama ini, baik melalui penetapan langsung atau melalui *taqrir* (pembiaran sebagai tanda setuju) dari Nabi. '*Urf* atau '*adat* yang diserap itu ada yang dalam bentuk umum yang dapat berlaku di seluruh tempat dan waktu, ada pula yang dalam bentuk khusus yang berlaku untuk lingkungan (masyarakat) tertentu seperti pelimpahan pembayaran *diyat* (uang tebusan dalam pembunuhan) kepada *akilah* (kerabat terdekat) dalam adat kebiasaan masyarakat Arab yang kuat *ashabiyah* (kesukuan)-nya. Adat semacam ini dapat mengalami perubahan (penyesuaian) di tempat lain atau dalam waktu yang berbeda.