

PERLINDUNGAN HAK ATAS TANAH
**MASYARAKAT
HUKUM ADAT**

dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum

Buku ini membahas tentang pengaturan perlindungan hak atas tanah masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum. Isu utama hubungan keduanya terkait dengan persoalan ganti rugi.

Buku ini juga membahas tentang perlindungan hak atas tanah masyarakat hukum adat, eksistensi hak atas tanah masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, dan implementasi perlindungan hak atas tanah masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

Masyarakat hukum adat memiliki landasan filosofis yang saling keterkaitan erat dengan tanah adat atau hak ulayatnya, terutama mengenai pola penguasaan dan pemanfaatannya. Ia juga memiliki kewenangan penuh secara adat dalam penguasaan dan pemanfaatan atau pengelolaan tanah ulayatnya, namun secara yuridis formal kewenangan yang dimilikinya tidak sekuat yang dimiliki oleh negara.



STPN Press
Jl. Tata Bumi No. 5
Banyuraden, Gamping, Sleman
Tlp. (0274) 587239

ISBN 978-602-7894-18-1



9 786027 894181

MARULAK TOGATOROP

PERLINDUNGAN HAK ATAS TANAH MASYARAKAT HUKUM ADAT
dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum



MARULAK TOGATOROP

PERLINDUNGAN HAK ATAS TANAH
**MASYARAKAT
HUKUM ADAT**

dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum

**PERLINDUNGAN HAK ATAS TANAH MASYARAKAT
HUKUM ADAT DALAM PENGADAAN TANAH UNTUK
KEPENTINGAN UMUM**

Pasal 113 UU Nomor 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta

1. Setiap orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam pasal 9 ayat (1) huruf i untuk penggunaan secara komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000 (seratus juta rupiah).
2. Setiap orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk penggunaan secara komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).
3. Setiap orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk penggunaan secara komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
4. Setiap orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

PERLINDUNGAN HAK ATAS TANAH MASYARAKAT HUKUM ADAT DALAM PENGADAAN TANAH UNTUK KEPENTINGAN UMUM

Marulak Togatorop



STPN Press

PERLINDUNGAN HAK ATAS TANAH MASYARAKAT HUKUM ADAT DALAM PENGADAAN TANAH UNTUK KEPENTINGAN UMUM

Penulis: Marulak Togatorop

Penyunting: Ummu Lais

Proofread: Tim STPN Press

Tataletak: @mh.afnan

Desain kover: RGB Desain

Cetakan I: November, 2020

Diterbitkan oleh:

STPN Press

Anggota IKAPI (No. 127/Anggota Luar Biasa/DIY/2020)

Jl. Tata Bumi No.5, Banyuraden, Gamping, Sleman, Daerah Istimewa

Yogyakarta 55293

Tlp. (0274) 587239, ext: 351

Fax: (0274) 587138

Website. www.pppm.stpn.ac.id

E-mail: stpn_press@stpn.ac.id

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Perlindungan Hak atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dalam Pengadaan

Tanah untuk Kepentingan Umum

STPN Press, 2020

xv + 242 hlm.: 155 x 230 cm

ISBN: 978-602-7894-18-1

Buku ini tidak diperjualbelikan,
diperbanyak untuk kepentingan
pendidikan, pengajaran, dan penelitian

Pengantar Penulis

Buku ini berasal dari naskah disertasi penulis pada Program Doktor Ilmu Hukum pada Pascasarjana Universitas Pattimura Ambon. Penerbitan menjadi bentuk buku memerlukan beberapa penyesuaian. Pokok kajian buku ini berkaitan dengan perlindungan terhadap hak Masyarakat Hukum Adat (MHA) atas tanah dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum. Perlindungan terhadap hak atas tanah MHA dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum belum dilaksanakan sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perlindungan terhadap hak MHA atas tanah dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum dapat kita telusuri mulai dari kandungan UUD 1945, TAP MPR, UUPA, UU mengenai hak tanah MHA hingga Perpu seperti Peraturan Kepala Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 2012 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Pengadaan Tanah. Banyaknya produk hukum yang dihasilkan terkait hal ini, penulis kemudian tertarik untuk melakukan kajian terhadap berbagai perangkat hukum yang sudah dibuat dan dikeluarkan tersebut baik sebagai payung hukum hak MHA atas tanah maupun hal filosofis yang berkaitan dengan filosofi hukum dan kajian analisis hukum.

Penulis memulai penelitian dari pertanyaan bagaimana perlindungan hak atas tanah MHA, eksistensi hak atas tanah MHA dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, serta melihat bagaimana implementasi perlindungan Hak Atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum. Penulis menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statue approach*), dan pendekatan konseptual, serta analisis kasus (*case approach*), maka penelitian ini adalah penelitian normatif yang hasilnya dilakukan analisis terhadap berbagai peraturan hukum tertulis yang mengatur perlindungan terhadap hak MHA atas tanah dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum yang penulis jabarkan dalam buku ini.

Puji Syukur penulis persembahkan ke hadapan hadirat Bapa dalam Yesus Kristus Tuhan oleh karena pertolongan dan penyertaan-Nya di dalam Roh

Kudus, buku ini dapat penulis selesaikan walaupun masih banyak kelemahan dan keterbatasan. Biarlah rahmat-Nya yang penuh kasih senantiasa memberi petunjuk dan pertolongan-Nya dalam menggapai ilmu dan pengetahuan yang lebih baik.

Penulis menyadari bahwa dalam proses penyusunan buku ini banyak kendala yang dihadapi tetapi berkat pertolongan Bapa dalam Yesus Kristus Tuhan dan dipimpin oleh Roh Kudus, seluruh kendala dan tantangan tersebut telah dilewati dengan baik melalui bantuan berbagai pihak. Oleh karena itu, perkenankan penulis menyampaikan terima kasih yang tidak terhingga kepada semua pihak yang telah dengan tulus dan ikhlas membantu penulis semoga diberkati oleh Bapa dalam Yesus Kristus Tuhan.

Pertama sekali penulis mempersembahkan dengan rela hati kepada Tuhan yang memiliki segala-galanya, ucapan syukur oleh karena kehadiran penulis melalui kedua orang tuaku masing-masing merupakan berkat tersendiri. Kecintaan, didikan dan dorongan yang menyemangati penulis untuk berkembang. Kepada Tuhan, penulis mengucapkan syukur pula oleh karena kedua mertua penulis, yang dengan kecintaan, didikan dan dorongan kepada salah seorang puterinya yang kini menjadi isteri penulis, menjadikannya senantiasa tabah dan mendorong penulis untuk menyelesaikan studi ini. Kepada mereka semua penulis mengucapkan terima kasih.

Selanjutnya penulis mengucapkan terima kasih yang sangat mendalam dan tiada terhingga kepada Bapak Prof. Dr. M. J. Saptanno, SH, M.Hum sebagai promotor saat pengujian disertasi bakal calon dari penyusunan buku ini, serta Ibu Dr. Merry Tjoanda, SH, MH dan Bapak Dr. Rory Jeff Akyuwen, SH, M. Hum masing-masing sebagai ko-promotor, yang dengan segala ketulusan dan keikhlasannya serta pengorbanan meskipun di tengah-tengah kesibukan yang begitu luar biasa tingginya dapat mengarahkan dan membimbing penulis saat penyusunan disertasi ini hingga dapat diselesaikan sesuai waktu. Berkat pengarahan, pembimbingan dan motivasi serta semangat itulah penulis mampu menyelesaikan penulisan disertasi pada waktu itu.

Ucapan terima kasih yang sama juga penulis sampaikan kepada bapak dan ibu tim penguji disertasi yang telah banyak memberikan masukan dan arahan pada saat seminar proposal disertasi maupun ujian hasil penelitian

sehingga masukan dan arahan sangat memperkaya penulisan disertasi ini. Tim penguji tersebut yaitu: Bapak Prof. Dr. Syamsul Bachrie, SH, MS selaku penguji eksternal, Bapak Prof. Dr. S. E. M. Nirahua, SH, M.Hum, Ibu Dr. A. I. Laturette, SH, MH dan Ibu Dr. J. K. Matuankotta, SH, M.Hum selaku penguji.

Demikian pula ucapan terima kasih yang dalam penulis sampaikan kepada para dosen (yang tidak bisa disebutkan nama satu demi satu) Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Pattimura yang begitu besar pengorbanannya dalam memberikan ilmu dan pengetahuan khususnya ilmu hukum sehingga penulis bisa terbentuk sebagai seorang ilmuwan dalam bidang hukum. Pengorbanan bapak dan ibu sekalian akan diberkati Tuhan Yang Maha Kuasa sehingga bapak dan ibu beserta keluarga tetap mendapatkan rahmat dari Tuhan Yang Maha Kuasa.

Kepada Rektor Universitas Pattimura, Direktur Program Pascasarjana Universitas Pattimura Bapak Prof. Dr. Ir. A. S. W. Retraubun, M.Sc dan Dekan Fakultas Hukum Universitas Pattimura, Bapak Koordinator Program Studi Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Pattimura Bapak Prof. Dr. S. E. M. Nirahua, SH, M.Hum penulis mengucapkan terima kasih yang sangat dalam atas kesempatan yang telah diberikan kepada penulis untuk melanjutkan pendidikan pada Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Pattimura.

Demikian pula kepada Bapak Menteri Agraria dan Tata Ruang/BPN Bapak Sofyan A. Djalil, Bapak Wakil Menteri Agraria dan Tata Ruang/BPN, Bapak Surya Tjandra, Bapak Sekretaris Jenderal Bapak Himawan Arif Sugoto, Bapak/Ibu Direktorat Jenderal, Bapak Inspektur Jenderal Kementerian Agraria dan Tata Ruang/BPN, Bapak Kepala Kantor Wilayah Pertanahan Nasional Provinsi Maluku Toto Sutantono, SH yang telah memberikan dorongan serta rekomendasi dan kesempatan kepada penulis untuk melanjutkan studi pada Pascasarjana Universitas Pattimura Program Studi Doktor Ilmu Hukum.

Selanjutnya ucapan terima kasih kepada:

- Isteriku tercinta Ny. Tientje Togatorop, SH dan ketiga putriku tercinta Milawaty Togatorop, SH, M.Kn, Eunike Parulian Togatorop, SH, Immanuella Indah Puspita Sari Togatorop, SH, anak mantuku Ade Putra

Holomoan Siregar, ST, MM, serta cucuku tersayang “Arjuna” karena kalian begitu tabah, teguh di dalam doa, mendukung, mendorong, menyemangati penulis dalam seluruh proses studi saat menulis dan menyusun disertasi hingga menjadi buku ini.

- Rekan-rekan mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Pattimura angkatan 2016, ada kesan tersendiri selama kita bergumul dan berjuang bersama namun dalam kebersamaan itulah terdorong dan termotivasi sangat kuat untuk menyelesaikan studi ini. Penulis secara khusus mengucapkan terima kasih atas segala perhatian selama studi S3.
- Tak lupa kepada almarhum ayahku dan almarhumah ibuku serta kepada almarhum mertuaku serta kakak dan adik-adikku yang selalu mendukung di dalam doa-doa, mendorong dan menyemangati penulis sehingga penulis sampai ke fase saat ini. Rekan-rekan pada Kantor Pertanahan Kota Ambon, Kantor Pertanahan Maluku dan Kantor Wilayah Pertanahan Nasional Provinsi Maluku, Bapak/Ibu Kepala Seksi dan Kepala Subbag Tata Usaha, Kepala Subseksi / Kepala urusan serta seluruh staf dan PPNPN di lingkungan Kantor Pertanahan kota Ambon, dan Kantor Pertanahan Kabupaten Maluku Tengah, kepada Bapak Pdt. Lewi Bitte serta semua Hamba-hamba Tuhan, sahabat, keluarga dan semua pihak yang tidak dapat disebut namanya satu persatu, yang telah mendorong, membantu, dan mendukung dalam hal apapun juga.

Terakhir kepada Ketua STPN dan segenap pelaksana di STPN Press yang berkenan menerbitkan naskah yang semula disertasi ini menjadi naskah buku sehingga dapat tersaji di hadapan para pembaca.

Doa penulis, kiranya Yesus Kristus Tuhan memberkati Bapak/ Ibu/ Saudara/ Saudari sekalian.

Selamat membaca.

Ambon, Oktober 2020

Pengantar Penerbit

Sebagaimana sudah menjadi tradisi dan komitmen dari STPN Press untuk secara konsisten menghadirkan kajian agraria yang bermutu, “Perlindungan Hak atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum” yang saat ini hadir di khalayak pembaca merupakan bagian dari pemenuhan komitmen tersebut. Sebagai sebuah endapan pemikiran yang telah melalui penempaan melalui uji penelitian, dialog akademis, dan penyajian secara sistematis dalam karya yang penting, STPN Press sepenuhnya mengharapkan agar buku yang dilahirkan dari disertasi ini bisa menjadi rujukan untuk melakukan pendalaman dan pemahaman yang lebih lengkap mengenai persoalan pengadaan tanah dalam konteks masyarakat hukum adat.

Buku ini merupakan bagian dari seri disertasi agraria yang menjadi salah satu agenda penerbitan di STPN Press. Seri disertasi agraria ini sejak awal diharapkan bisa menjadi satu jawaban dari kebutuhan untuk memperoleh hasil-hasil kajian agraria yang lengkap dan ditekuni secara mendalam.

Kami menyampaikan terima kasih kepada penulis yang menyampaikan hasil penelitian disertasinya ini untuk diterbitkan melalui STPN Press. Sebagaimana proses uji dan pendalaman yang tidak akan pernah berhenti dari sebuah karya yang bermakna, kami berharap karya yang hadir di tengah pembaca ini dapat menjadi pemantik untuk bisa menemukan aspek strategis dan nilai-nilai penting lain dalam pengembangan kajian mengenai pengadaan tanah terutama berkaitan dengan perlindungan hak masyarakat hukum adat.

Yogyakarta, November 2020

STPN Press

Sambutan Ketua STPN

Sekali lagi ‘pengadaan tanah’ adalah persoalan yang sangat penting dan strategis yang memerlukan banyak pemikiran. Ketika berhadapan dengan ‘pengadaan tanah’ ada banyak hal yang termuat disana yang secara hati-hati dan jernih harus dilihat kembali agar amanat penting dalam Undang-Undang Pokok Agraria 1960 bahwa bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya adalah untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat tidak kehilangan ruhnya.

Sebagaimana ditegaskan penulis di akhir tulisannya, ‘Masyarakat Hukum Adat’ perlu diberi kesempatan untuk membangun relasi yang lebih baik dengan negara maupun pihak investor dalam pengelolaan sumberdaya alam yang berada di wilayah ulayatnya’. Penting dalam hal ini untuk mengingat kembali bahwa perlindungan terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat tidak boleh diabaikan di tengah semakin menguatnya hak menguasai negara terhadap penguasaan dan pengelolaan sumber-sumber agraria dan sumber daya alam lainnya. Keseimbangan dalam pemanfaatan dan pengelolaan sumberdaya alam harus diletakkan sekali lagi pada ‘kunci’ kesejahteraan seluruh rakyat.

Perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat atas tanah serta eksistensi hak masyarakat hukum adat atas tanah dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum memberikan lingkup pemahaman yang cukup lengkap mengenai landasan filosofis perlindungan hak atas tanah dalam perspektif hukum nasional dan hukum adat serta pengaturan hak masyarakat hukum adat. Masyarakat hukum adat memiliki kewenangan penuh secara adat untuk penguasaan dan pemanfaatan atau pengelolaan tanah ulayatnya. Hal ini memang dihadapkan pada kenyataan lain bahwa kewenangan yang dimiliki ini secara yuridis formal tidak sekuat yang dimiliki oleh negara seperti yang termuat dalam Undang-Undang Pokok Agraria.

STPN mengharapkan buku ini mampu memperkaya kajian mengenai pengadaan tanah yang juga ditekuni secara serius dalam pengembangan keilmuan. Ucapan selamat kepada penulis yang telah menghasilkan karya

berbobot ini, serta ucapan terima kasih kepada segenap pengelola STPN Press yang telah mengeawal proses penerbitannya.

Selamat mempelajari.

Yogyakarta, November 2020

Dr. Senthot Sudirman, M.S.

DAFTAR ISI

Pengantar Penulis	v
Pengantar Penerbit	ix
Sambutan Ketua STPN	x
Daftar Isi	xiii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Isu Utama yang Didalami	8
BAB II NEGARA HUKUM, MASYARAKAT HUKUM ADAT DAN PENGADAAN TANAH	11
A. Tinjauan Teori tentang Negara Hukum	11
B. Tinjauan tentang Perlindungan Hukum	22
1. Pengertian Perlindungan Hukum	22
2. Bentuk-bentuk Perlindungan Hukum	25
3. Prinsip-prinsip Perlindungan Hukum	26
C. Tinjauan tentang Teori Keadilan	28
D. Tinjauan tentang Teori Kepastian Hukum	37
E. Tinjauan tentang Hukum Adat	43
1. Konsep Tanah dalam Hukum Adat	43
2. Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah ..	48
F. Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum	58
1. Pengertian Pengadaan Tanah	58
2. Pengertian Kepentingan Umum	60
3. Asas-asas dalam Pengadaan Tanah	61
4. Dasar Hukum Pengadaan Tanah	64
G. Pelepasan Hak dan Ganti Rugi untuk Kepentingan Umum	66
1. Pelepasan Hak atas Tanah untuk Kepentingan Umum ..	66
2. Hak Atas Tanah	67
3. Tata Cara Memperoleh Hak Atas Tanah	79

H. Ganti Rugi Hak Atas Tanah Untuk Kepentingan Umum .	82
1. Pengertian Ganti Rugi.....	82
2. Bentuk dan Dasar Ganti Rugi dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum	84
I. Kerangka Pikir Baru	86
J. Skema Kerangka Pikir	88
K. Definisi Operasional	88
L. Sumber dan Olah Data	90
BAB III PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT ATAS TANAH	93
A. Landasan Filosofi Perlindungan Hak Atas Tanah dalam Prespektif Hukum Nasional	93
B. Landasan Filosofi Perlindungan Hak Atas Tanah dalam Prespektif Hukum Adat	105
C. Pandangan Masyarakat Terhadap Hak Subjek Hukum Privat Orang Pribadi Atas Tanah dalam Hukum Adat ...	125
BAB IV EKSISTENSI HAK MASYARAKAT HUKUM ADAT ATAS TANAH DALAM PENGADAAN TANAH UNTUK KEPENTINGAN UMUM	139
A. Pengaturan Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah Menurut Hukum Nasional	139
B. Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah Menurut Hukum Adat	149
C. Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah Dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum	152
D. Implementasi Perundang-undangan Tentang Hak Masyarakat Hukum Adat Atas tanah	168
1. Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah dalam Peraturan Perundang-Undangn Nasional dan Internasional	168
2. Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum	187

3. Implementasi Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah Dalam Pengadaan Untuk Kepentingan Umum	215
BAB V KESIMPULAN	233
DAFTAR PUSTAKA	235

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pembangunan nasional merupakan cerminan kehendak rakyat Indonesia, yang dilakukan secara terus-menerus dalam rangka meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran rakyatnya secara adil dan merata, serta mengembangkan kehidupan masyarakat ke arah penyelenggaraan negara yang demokratis berdasarkan Pancasila. Dalam rangka mewujudkan masyarakat adil dan makmur, maka pemerintah membuat suatu rencana umum mengenai persediaan, peruntukkan dan penggunaan sumber daya agraria untuk keperluan pembangunan agar tercapai sebesar-besar kemakmuran rakyat. Dengan adanya rencana umum tersebut, maka penggunaan tanah dapat dilakukan secara terpimpin dan teratur hingga dapat membawa manfaat yang sebesar-besarnya bagi negara dan rakyat.

Tanah merupakan salah satu jenis benda tetap yang memiliki kedudukan yang sangat penting dalam tata kehidupan masyarakat. Terlebih lagi ketika era modernisasi, segenap lintasan mulai dipacu, peranan tanah semakin penting. Pada gilirannya nilai tanah menjadi semakin tajam dialami oleh masyarakat kota yang tingkat pertumbuhannya semakin pesat, sehingga kebutuhan terhadap tanah menjadi bertambah rumit dan langka. Tanah dan pembangunan merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan. Selain itu tanah juga mempunyai fungsi sosial, dalam arti tanah yang dimiliki oleh seseorang tidak hanya berfungsi bagi pemilik hak itu saja, akan tetapi juga bagi bangsa Indonesia secara keseluruhan. Sebagai konsekuensinya penggunaan tanah tersebut tidak hanya berpedoman pada kepentingan dari pemegang hak, tetapi juga harus mengingat dan memperhatikan kepentingan masyarakat. Oleh karena itu dapat dikatakan tanah mempunyai fungsi ganda, yaitu sebagai *social asset* (aset sosial) dan *capital asset* (aset kapital).

Sebagai aset sosial, tanah merupakan sarana pengikat kesatuan sosial di kalangan masyarakat Indonesia untuk hidup dan kehidupan, sedangkan

sebagai aset kapital tanah merupakan faktor modal dalam pembangunan. Sebagai aset sosial dan kaital maka keduanya merupakan satu kesatuan, dimana di atasnya terdapat manusia sebagai penghuninya dan kandungan sumber kekayaan alam di dalamnya.

Berdasarkan kewenangan yang dimiliki oleh pemerintah dalam mengatur bidang pertanahan, sesuai dengan amanat Pasal 33 ayat 3 Undang-Undang Dasar 1945 yang menegaskan bahwa: “Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara untuk dipergunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”. Kemudian pemerintah menindaklanjutinya dengan menerbitkan Undang- undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA). Ketentuan di dalam UUPA sendiri memberikan landasan hukum yang kuat bagi pemerintah untuk mengambil tanah yang dimiliki oleh masyarakat termasuk mengambil tanah untuk kepentingan umum sebagaimana yang diatur dalam Pasal 18 yaitu: ”untuk kepentingan umum, termasuk kepentingan bangsa dan negara, serta kepentingan bersama dari rakyat, hak-hak atas tanah dapat dicabut, dengan memberi ganti rugi yang layak menurut cara yang diatur dengan undang-undang”.

Pembangunan oleh pemerintah, khususnya pembangunan fisik mutlak memerlukan tanah. Tanah yang diperlukan tersebut dapat berupa tanah yang dikuasai secara langsung oleh negara atau tanah yang sudah dipunyai dengan suatu hak oleh suatu subyek hukum. Terkait dengan tanah yang diperlukan untuk pembangunan itu berupa tanah negara, pengadaan tanahnya tidaklah sulit, yaitu pemerintah dapat langsung mengajukan permohonan hak atas tanah tersebut untuk selanjutnya digunakan untuk pembangunan, tetapi dikarenakan keterbatasan tanah yang dimiliki oleh pemerintah, maka dibutuhkan tanah-tanah yang berasal dari masyarakat termasuk tanah MHA untuk pembangunan kepentingan umum. Adanya kebutuhan tanah yang akan digunakan oleh pemerintah untuk kepentingan pembangunan tidak boleh merugikan hak-hak dari pemilik tanah termasuk hak MHA atas tanah. Oleh karena itu, untuk mengatur hal tersebut diperlukan adanya suatu peraturan hukum yang dapat memberikan perlindungan hukum kepada pemegang hak atas tanah.

Pengaturan hukum yang berkaitan dengan pengadaan tanah untuk kepentingan umum dan segala peraturan terkait lainnya telah mengalami proses perkembangan dari masa ke masa. Beberapa peraturan pengadaan tanah yang ada dianggap belum mampu mengakomodir kepentingan pemegang hak atas tanah, sehingga sangat dibutuhkan adanya perangkat hukum yang setingkat undang-undang untuk menjadi payung hukum yang kuat. Pemerintah sebagai pemegang hak menguasai negara, dalam rangka pemenuhan akan kebutuhan tanah tersebut pemerintah mempunyai kewajiban untuk mengadakannya. Hal ini terlihat nyata dalam Pasal 33 Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), yang menyatakan bahwa: “Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.” Ayat ini bermakna bahwa negara diwajibkan untuk mengatur kepemilikan tanah dan memimpin penggunaannya, sehingga semua tanah di seluruh Negara Kesatuan Republik Indonesia digunakan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Berdasarkan Pasal 33 ayat (3) UUD NRI 1945 tersebut nyata bahwa hubungan antara negara dengan bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya adalah hubungan penguasaan, bukan kepemilikan. Hal ini berbeda sekali dengan hukum agraria kolonial yang menciptakan hubungan kepemilikan antara negara dengan tanah, dengan tercermin adanya asas *domein verklaring*. Untuk menjawab keluhan yang terjadi tersebut, maka pemerintah mengambil kebijakan dengan menerbitkan Undang-undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum. Pemerintah berharap dengan diterbitkannya undang-undang tersebut akan menjadi payung hukum yang kuat guna memperlancar pelaksanaan pembangunan infrastruktur untuk kepentingan umum dan sekaligus dapat memberikan perlindungan hukum kepada pemegang hak atas tanah, tetapi hal ini masih perlu ditelaah lebih lanjut guna menjawab permasalahan yang terkait dengan kebijakan pengadaan tanah tersebut, yang sekaligus melindungi masyarakat hukum adat selaku pemilik hak ulayat.

Pertambahan penduduk di Indonesia akan berimplikasi pada meningkatnya kebutuhan fasilitas umum yang berkaitan dengan sarana transportasi, perumahan, pendidikan, dan lain sebagainya. Pemenuhan

fasilitas tersebut tidak dapat dipisahkan dari kebutuhan atas tanah sebagai salah satu modal dasar. Hampir tidak ada kegiatan pembangunan yang tidak memerlukan tanah, sehingga tanah memegang peran penting, bahkan berhasil dan tidaknya pembagunan fisik, sangat ditentukan oleh ketersediaan tanah. Bahwa untuk meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat ini, sesuai dengan cita-cita bangsa Indonesia pada saat memerdekakan diri pada tanggal 17 Agustus 1945 dari ketergantungan pada bangsa lain yang telah menguasai, memeras, dan menguras bangsa Indonesia beserta segala kekayaan alamnya yang menjadi hak bangsa Indonesia.

Cita-cita bangsa Indonesia melalui kemerdekaannya adalah kebebasan untuk hidup mandiri, membangun masyarakat adil dan makmur di atas tanah tumpah darah bangsa Indonesia yang kaya dengan berbagai sumber daya alam dan kebinekaan masyarakatnya. Secara nyata, cita-cita bangsa Indonesia dapat dibaca dalam Pembukaan UUD Tahun 1945, khususnya pada Alinea ke-IV, rumusannya sebagai berikut:

“Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan kebangsaan Indonesia dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dalam Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”

Apabila disimak secara teliti Alinea IV di atas, terkandung cita-cita mulia pembentukan Negara Kesatuan Republik Indonesia, yaitu “masyarakat adil dan makmur”. Sumario Waluyo menyatakan bahwa “idaman masyarakat adil dan makmur dalam kehidupan bangsa Indonesia merupakan masalah pokok sepanjang sejarah. Berkaitan dengan hal itu, adil dan makmur merupakan dua pasangan kata yang tidak terlepas dalam falsafah masyarakat dan

merupakan tujuan hidupnya. Adil merupakan tekanan utama dan selalu disebutkan di depan kata, sementara makmur merupakan suatu penegasan dan prioritas yang perlu didahulukan.”

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UU No. 5 Tahun 1960) dalam Pasal 2, menyatakan bahwa:

- (1) Atas dasar ketentuan dalam pasal 33 ayat (3) Undang-undang Dasar dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam pasal 1, bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya itu pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh Negara, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat.
- (2) Hak menguasai dari Negara termaksud dalam ayat (1) pasal ini memberi wewenang untuk :
 - 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;
 - c. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.
- (3) Wewenang yang bersumber pada hak menguasai dari Negara tersebut pada ayat (2) pasal ini digunakan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat, dalam arti kebahagiaan, kesejahteraan dan kemerdekaan dalam masyarakat dan Negara hukum Indonesia yang merdeka berdaulat, adil dan makmur.
- (4) Hak menguasai dari Negara tersebut diatas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan Peraturan Pemerintah.

Ketentuan Pasal 2 UU No. 5 Tahun 1960 di atas bermakna bahwa negara diberi wewenang untuk mengatur, menyelenggarakan peruntukan dan penggunaan bumi, air dan ruang angkasa (BARAKA). Untuk memenuhi

tuntutan tersebut, tidak jarang bahwa tanah yang dimiliki atau dikuasai oleh subyek hukum sebagai hak privat terkena program pemenuhan peruntukan dan penggunaan BARAKA tersebut. Maka melalui peraturan perundangan yang dibuat oleh pemerintah, pengambilalihan hak privat tersebut dilaksanakan dengan alasan untuk kepentingan umum. Ada tiga cara yang dapat dilakukan oleh negara untuk memenuhi kebutuhan tersebut, yaitu *pertama*, melalui jual beli, tukar-menukar, dan lain-lain; *kedua*, dilakukan melalui lembaga pengadaan tanah; dan *ketiga*, dilakukan melalui lembaga pencabutan hak atas tanah.

Kegiatan pembangunan tidak hanya menjadi tanggung jawab pemerintah, akan tetapi juga dibutuhkan peran aktif dari pihak perusahaan swasta maupun masyarakat pada umumnya. Untuk melaksanakan kegiatan pembangunan tidak dapat dilepaspisahkan dari kebutuhan akan tanah sebagai wadah kegiatannya. Khusus untuk memenuhi kebutuhan akan tanah bagi pemerintah maupun perusahaan swasta, kecil kemungkinannya menggunakan tanah-tanah yang dikuasai langsung oleh negara dikarenakan persediaan tanah yang terbatas. Sebagai jalan keluarnya adalah menggunakan tanah-tanah hak dengan memberikan ganti kerugian kepada pemegang hak atas tanah.

Kegiatan untuk mendapatkan tanah dengan memberikan ganti kerugian kepada yang berhak atas tanah dikenal dengan istilah pengadaan tanah. Menurut kepentingannya, pengadaan tanah dilakukan untuk kepentingan pemerintah atau instansi pemerintah dan pengadaan tanah untuk kepentingan perusahaan swasta. Pengadaan tanah untuk kepentingan pemerintah dilakukan dengan bantuan Panitia Pengadaan Tanah yang dibentuk oleh Gubernur, sedangkan pengadaan tanah untuk kepentingan perusahaan swasta maupun Badan Usaha Milik Negara dilakukan langsung oleh perusahaan swasta tersebut tanpa bantuan Panitia Pengadaan Tanah.

Pengadaan tanah untuk kepentingan pemerintah atau instansi pemerintah lebih dikenal dengan istilah pengadaan tanah untuk kepentingan umum, yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah

Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, sebelumnya pengaturan pengadaan tanah untuk kepentingan umum diatur dalam Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. Tindaklanjut sebagai pelaksanaan dari Keppres tersebut diterbitkan Peraturan menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 1 Tahun 1994 tentang Ketentuan Pelaksanaan Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.

Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum terakhir diatur dengan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum (UU No. 2 Tahun 2012) dan Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.

Pengambilan tanah dengan dalih untuk kepentingan umum terkadang mencederai masyarakat, termasuk kepada MHA karena pemanfaatan tanah yang diambil oleh pemerintah tidak sebagaimana rencana semula, bahkan cenderung melahirkan kesengsaraan masyarakat yang dulunya adalah pemegang hak. Tidak jarang dengan dalih kepentingan umum, tanah MHA digunakan untuk pemenuhan kebutuhan tersebut, misalnya kebutuhan pembangunan industri, pembangunan pusat perbelanjaan yang hanya dimanfaatkan oleh segelintir golongan saja. Demikian juga tidak jarang pengambilalihan tanah ini menyisakan permasalahan hukum. Menurut Gunanegara, problematika berkaitan dengan pengadaan tanah, tidak hanya masalah yuridis semata, akan tetapi berkembang menjadi masalah sosio-kultural dan ekonomi-politik. Hal yang menarik untuk dikaji adalah eksistensi hak atas tanah MHA sebagai akibat adanya pengambilalihan tanah untuk penyelenggaraan pembangunan. MHA adalah pihak yang sangat rentan dengan adanya kegiatan pengambilalihan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum. Dengan dalih untuk kepentingan umum, sering hak MHA diambil alih begitu saja tanpa ada upaya untuk mengganti dengan hak kepemilikan atas tanah yang lainnya.

Selain itu, menarik juga untuk dikaji mengenai kriteria kepentingan umum, khususnya bagaimana peraturan perundangan yang berkaitan dengan

pengadaan tanah untuk kepentingan pembangunan telah mengatur kriteria tersebut. Tanpa adanya kriteria yang jelas mengenai kepentingan umum, akan dapat menimbulkan berbagai penafsiran untuk mengisi kriteria tersebut. Jika hal ini dilakukan, tidak mustahil bahwa setiap kegiatan dapat dinaungi dengan dalih untuk kepentingan umum. Lebih jauh lagi akan menjadikan pemegang hak atas tanah sebagai korbannya.

Kesempatan berinvestasi yang terbuka luas di Indonesia, termasuk di Maluku memberikan kemungkinan adanya pengambilalihan hak-hak MHA oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah dan pihak swasta untuk pembangunan dan investasi dengan dalih kepentingan umum. Banyak kasus yang timbul antara pemerintah, pemerintah daerah dan swasta dengan MHA terkait dengan pelaksanaan pembangunan dan investasi di atas tanah yang merupakan hak milik MHA. Kasus-kasus yang terjadi seperti di Kabupaten Seram Bagian Barat (Negeri Tanahnuhu), Pulau Romang, Kabupaten Maluku Barat Daya dalam pengadaan tanah untuk pertambangan emas. Selain itu juga rencana pelaksanaan blok Masela pada waktunya juga tidak menutup kemungkinan adanya konflik kepentingan dengan MHA.

B. Isu Utama yang Didalami

Buku ini mendalami beberapa isu utama (1) Tinjauan filosofis perlindungan hak atas tanah masyarakat hukum adat; (2) Gambaran mengenai eksistensi hak atas tanah masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum; (3) Implementasi Perindungan Hak Atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

Penulis berharap dengan isu utama yang didalami tersebut buku ini dapat memberi manfaat secara teoretis dan praktis. Manfaat teoretis penelitian ini adalah dapat memberikan kontribusi pemikiran yang konstruktif bagi pengembangan ilmu hukum, khususnya hukum tata negara dan hukum administrasi negara terkait dengan tanggung jawab negara terhadap perlindungan kepada seluruh masyarakat. Negara bertanggungjawab untuk melaksanakan pembangunan dengan tetap memperhatikan kesatuan masyarakat (termasuk di dalamnya kesatuan Masyarakat Hukum Adat) sehingga pelaksanaan pembangunan dapat memberikan manfaat yang sebesar-

besarnya bagi kepentingan umum. Adapun manfaat praktis yang diharapkan adalah buku ini dapat menjadi acuan bagi pemerintah dan pemerintah daerah dalam melaksanakan pembangunan, khususnya dalam pengadaan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum.

Penulis menyadari bahwa telah terdapat beberapa penelitian dengan tema sejenis. di antaranya adalah disertasi karya Ronald Zelfianus Titahelu, berjudul “Penetapan Asas-Asas Hukum Umum dalam Penggunaan Tanah Untuk Sebesar-Besar Kemakmuran Rakyat, Suatu Kajian Filsafati dan Teoretik tentang Pengaturan dan Penggunaan Tanah di Indonesia” pada tahun 1993. Disertasi ini mengkaji *pertama* dalam upaya untuk mencapai sebesar-besarnya kemakmuran rakyat melalui penggunaan tanah, dalil-dalil kepentingan umum dan tanah memiliki fungsi sosial senantiasa mengedepankan bersama-sama. Permasalahannya adalah bagaimana hubungan antara sila keadilan sosial dalam Pancasila dengan kepentingan umum dan fungsi sosial. *Kedua*, dalam hubungan dengan asas negara menguasai tanah, wewenang negara untuk menetapkan adanya penggunaan tanah untuk kepentingan umum sehingga tanah harus dilepaskan oleh pemilik atau pengguna tanah sebelumnya, merupakan tindakan yang harus dilakukan. Permasalahan yang dikemukakan adalah bagaimana hubungan antara wewenang negara tersebut dengan asas-asas keadilan sosial dalam Pancasila? Fokus berbeda dengan yang dilakukan oleh penelitian ini.

Lalu ada disertasi Ferry Aries Suranta, pada Program Pascasarjana Universitas Padjajaran, Bandung pada tahun 2011 yang berjudul “Penyelesaian Sengketa Penggunaan Lahan Hak Ulayat dalam Investasi Sumber Daya Alam Pertambangan di Indonesia”. Masalah pokok yang diangkat sebagai isu hukum dalam penelitian disertasi ini adalah penggunaan tanah ulayat oleh pemerintah atau investor asing/lokal semasa Orde Baru sampai Orde Reformasi lebih mengutamakan pembangunan ekonomi secara fisik, akhirnya timbul ketidakadilan dan ketidakpastian hukum pada masyarakat adat yang mempunyai hak ulayat atas tanah dapat menimbulkan konflik horizontal dalam proses pembangunan nasional.

Disertasi Octovianus Lawalata pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum pada Universitas Airlangga, Surabaya pada tahun 2017 berjudul

“Pemenuhan Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Hukum Investasi Nasional”. Masalah pokok yang diangkat sebagai isu hukum pertama dalam penelitian disertasi ini adalah: prinsip perlindungan dan pemenuhan hak masyarakat hukum adat dalam hukum investasi nasional, dan isu hukum kedua adalah pelibatan masyarakat hukum adat sebagai pihak dalam kegiatan investasi nasional.

Berbeda dengan kajian-kajian di atas, buku ini lebih menekankan pada perlindungan hak atas tanah masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum. Tema sentral lebih menekankan pada perlindungan hak-hak MHA dalam pelaksanaan pengadaan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum. Hal yang diteliti adalah mendalami filosofis perlindungan hak milik MHA, menganalisa eksistensi hak milik MHA dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, dan menemukan Implementasi Perlindungan Hak Atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

BAB II

NEGARA HUKUM, MASYARAKAT HUKUM ADAT DAN PENGADAAN TANAH

A. Tinjauan Teori tentang Negara Hukum

Prinsip negara hukum dalam kepustakaan Indonesia diartikan dari dua istilah yakni *rechtstaat* dan *the rule of law*.¹ Burkens, et.al., mengemukakan pengertian *Rechtsstaat* secara sederhana seperti yang dikutip A. Hamid S. Attamimi, yaitu negara yang menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan hukum.² Dalam *Rechtsstaat*, ikatan antara negara dan hukum tidaklah berlangsung dalam ikatan yang lepas atau pun bersifat kebetulan, melainkan ikatan yang hakiki. Pandangan tersebut, mengandung arti bahwa kekuasaan pemerintahan dalam suatu negara bersumber pada hukum dan sebaliknya untuk melaksanakan hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan suatu negara harus berdasarkan kekuasaan.

Syarat-syarat dasar *rechtsstaat* yang dikemukakan oleh Burkens, et.al., seperti dikutip oleh Philipus M. Hadjon³, adalah:

1. Asas legalitas; setiap tindak pemerintahan harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan (*wetterlijke grondslag*). Dengan landasan ini, undang-undang dalam arti formal dan UUD sendiri merupakan tumpuan dasar tindak pemerintahan. Dalam hal ini pembentuk undang-undang merupakan bagian penting negara hukum;
2. Pembagian kekuasaan; syarat ini mengandung makna bahwa kekuasaan negara tidak boleh hanya bertumpu pada satu tangan;

¹ Azhary, *Negara Hukum Indonesia*, 1995, Universitas Indonesia, Jakarta, hal. 30.

² A. Hamid S. Attamimi, *Teori Perundang-Undangan Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 25 April 1992, Hal. 8.

³ Philipus M. Hadjon, *Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Makalah, 1994, h. 4.

3. Hak-hak dasar (*grondrechten*); hak-hak dasar merupakan sasaran perlindungan hukum bagi rakyat dan sekaligus membatasi kekuasaan pembentukan undang-undang;
4. Pengawasan pengadilan; bagi rakyat tersedia saluran melalui pengadilan yang bebas untuk menguji keabsahan tindak pemerintahan (*rechtmatigheids toetsing*)

Dengan rumusan yang hampir sama. H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt⁴ menyebutkan prinsip-prinsip *rechtsstaat* sebagai berikut:

- a. Pemerintahan berdasarkan undang-undang
Pemerintah hanya memiliki kewenangan yang secara tegas diberikan oleh undang-undang dasar atau undang-undang lainnya
- b. Hak-Hak asasi manusia
Terdapat hak-hak asasi manusia yang sangat fundamental yang harus dihormati oleh pemerintah
- c. Pembagian kekuasaan
Kewenangan pemerintah tidak boleh dipusatkan pada satu lembaga, tetapi harus dibagi-bagi pada organ-organ yang berbeda agar saling mengawasi yang dimaksud untuk menjaga keseimbangan.
- d. Pengawasan lembaga kehakiman
Pelaksanaan kekuasaan pemerintahan harus dapat dinilai aspek hukumnya oleh hakim yang merdeka.

Ciri-ciri *rechtsstaat* berdasarkan sifat-sifat liberal dan demokratis menurut C.W. van der Pot,⁵ adalah:

- 1) adanya undang-undang dasar atau konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dan rakyat;
- 2) adanya pemisahan kekuasaan negara, yang meliputi: kekuasaan pembuatan undang-undang yang ada pada parlemen, kekuasaan

⁴ H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, (utrecht : Uitgeverij Lemma BV, 1995), h. 41

⁵ C.W. van der Pot - Bewerkt door A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, dikutip dari Philipus M. Hadjon III, *Ibid*, h. 71

- kehakiman yang bebas yang tidak hanya menangani sengketa antara individu rakyat tetapi juga antara penguasa dan rakyat, dan pemerintah yang mendasarkan tindakannya atas undang-undang (*wetmatig bestuur*);
- 3) diakui dan dilindunginya hak-hak kebebasan rakyat (*vrijheidsrechten van de burger*).

Ciri-ciri di atas menunjukkan dengan jelas bahwa ide sentral dari pada *rechtsstaat* adalah (1) pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia yang bertumpu atas prinsip kebebasan dan persamaan; (2) Adanya pembagian kekuasaan untuk menghindari penumpukan kekuasaan dalam satu tangan yang sangat cenderung kepada penyalahgunaan kekuasaan; (3) Kecenderungan akan kodifikasi. Dan yang menjadi ciri-ciri pokok dari *socialerechtsstaat* adalah: (1) *elementair rechts, economische mogelijkeheden, sociale spreading*.⁶

A.V. Dicey⁷ mengetengahkan 3 (tiga) arti dari *the rule of law* yaitu:

- a. supremasi absolut atau predominasi dari *regular law* untuk menentang pengaruh dari *arbitrary power* dan meniadakan kesewenang-wenangan, *prerogatif discretionary authority* yang luas dari pemerintah;
- b. bersamaan di hadapan hukum atau penundukan yang sama dari semua golongan kepada *ordinary law of the land* yang dilaksanakan oleh *ordinary court*;
- c. konstitusi adalah hasil dari *the ordinary law of the land*, bahwa hukum konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh peradilan.

The rule of law dalam pengertian ini pada intinya adalah *common law* sebagai dasar perlindungan bagi kebebasan individu terhadap kesewenang-wenangan oleh penguasa atau dengan kata lain dapat dikatakan bahwa para pejabat negara tidak bebas dari kewajiban untuk menaati hukum yang mengatur warga negara biasa atau dari yuridiksi peradilan biasa dan menolak kehadiran peradilan administrasi.

⁶ Ibid, h. 73

⁷ A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of Law of the Constitution*, sebagaimana dikutip Philipus Hadjon III, *Ibid*, h. 75

Pandangan A.V. Dicey di atas dikembangkan oleh E.C.S. Wade dan Godfrey Philips⁸ dengan menengahkan 3 (tiga) konsep yang berkaitan dengan *the rule of law* sebagai berikut:

- a. *rule of law* mendahulukan hukum dan ketertiban dalam masyarakat daripada anarki; dalam pandangan ini, *the rule of law* merupakan suatu pandangan filosofis terhadap masyarakat yang dalam tradisi Barat berkenaan dengan konsep demokrasi;
- b. *the rule of law* menunjukkan suatu doktrin hukum bahwa pemerintahan harus dilaksanakan sesuai dengan hukum;
- c. *the rule of law* menunjukkan suatu kerangka pikir politik yang harus dirinci dalam peraturan perundang-undangan.

E.C.S. Wade dan Godfrey Philips mengidentifikasi 5 (lima) aspek *the rule of law* sebagai berikut:

1. Semua tindakan pemerintah harus menurut hukum.
2. Pemerintah harus berperilaku di dalam suatu bingkai yang diakui peraturan perundang-undangan dan prinsip-prinsip yang membatasi kekuasaan diskresi.
3. Sengketa mengenai keabsahan tindakan pemerintah akan diputuskan oleh pengadilan yang murni independen dari eksekutif
4. Harus seimbang antara pemerintah dan warga negara.
5. Tidak seorangpun dapat dihukum, kecuali atas kejahatan yang ditegaskan menurut undang-undang.⁹

Pandangan E.C.S. Wade dan Godfrey Philips dalam *the rule of law* adalah mencegah penyalahgunaan kekuasaan diskresi. Diskresi bukan sesuatu kewenangan tanpa batas, namun tetap dalam bingkai hukum atau tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum.¹⁰

⁸ E.C.S. Wade and Godfrey Philips, *Constitutional and Administrative Law*, dalam Philipus M Hadjon III, *Ibid*, h. 76

⁹ Identifikasi lima aspek *the rule of law* di atas disadur oleh Agussalim Andi Adjong, dalam *Pemerintahan Daerah Kajian Politik dan Hukum*, Ghalia Indonesia, 2007. h. 25

¹⁰ Agussalim Andi Gadjong, *Ibid*, .h.25.

Terhadap pandangan yang diketengahkan E.C.S. Wade dan Godfrey Philips, oleh Joseph Raz, mengemukakan beberapa asas tambahan¹¹ sebagai berikut:

1. Semua undang-undang harus prospektif, terbuka dan jelas
2. Undang-undang harus relatif stabil.
3. Pembuatan undang-undang tertentu harus dipedomani oleh aturan-aturan terbuka, stabil, jelas, dan umum.
4. Kemerdekaan peradilan harus dijamin.
5. Pengadilan-pengadilan harus memiliki kekuasaan peninjauan terhadap implementasi prinsip-prinsip tersebut.
6. Pengadilan-pengadilan harus dengan mudah dapat dicapai.
7. Diskresi dari petugas-petugas pencegahan kejahatan janganlah diizinkan untuk merintang hukum.

Berkaitan dengan konsep negara hukum, baik konsep *rechtsstaat* maupun *the rule of law*, terdapat hal-hal yang intinya sama, yang mengandung asas legalitas, asas pemisahan (pembagian) kekuasaan, dan asas kekuasaan kehakiman yang merdeka. Kesemuanya ini bertujuan untuk mengendalikan negara atau pemerintah dari kemungkinan bertindak sewenang-wenang, tirani atau penyalahgunaan kekuasaan.¹²

Dalam hubungan dengan konsep negara hukum, maka H. R. Lunshof,¹³ mengemukakan unsur negara hukum abad ke-20, yaitu:

1. pemisahan antara pembentuk undang-undang, pelaksana undang-undang, dan peradilan;
2. penyusunan undang-undang secara demokratis;
3. asas legalitas; serta
4. pengakuan terhadap hak asasi.

¹¹ Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, dalam Agussalim Andi Gadjong, *Ibid.* h. 25

¹² Agussalim Andi Gadjong, *Ibid.* h. 26

¹³ H.R. Lunshof, *Welzijn, Wet, Wetgever*, dalam Agussalim Andi Gadjong, *Ibid.* h.31

Dalam negara hukum, maka hukum merupakan kekuasaan tertinggi atau kedaulatan hukum dalam negara tersebut. Hal ini dikemukakan oleh Sjachran Basah yang berpendapat bahwa:

“Arti Negara hukum tidak terpisahkan dari pilarnya itu sendiri, yaitu paham kedaulatan hukum. Paham itu adalah ajaran yang menyatakan bahwa kekuasaan tertinggi terletak pada hukum atau tiada kekuasaan lain apapun, terkecuali kekuasaan hukum semata yang dalam hal ini bersumber pada Pancasila selaku sumber dari segala sumber hukum.”¹⁴

Dalam suatu negara berdasar atas hukum yang modern, fungsi perundang-undangan hanya memberi bentuk kepada nilai-nilai dan norma-norma yang berlaku dan hidup dalam masyarakat, dan peraturan perundang-undangan bukanlah hanya sekedar produk fungsi negara di bidang pengaturan tetapi peraturan perundang-undangan adalah salah satu instrumen ampuh yang tersedia untuk mengatur dan mengarahkan kehidupan masyarakat menuju cita-cita yang diharapkan.¹⁵

Indonesia sebagai Negara Hukum Pancasila

Negara Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas hukum (*Rechtstaat*). Menurut Moh. Kusnadi dan Harmaily Ibrahim yang dimaksud negara hukum adalah : “Negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya”.¹⁶ Berkaitan dengan keadilan, John Rawls menyatakan bahwa terdapat dua prinsip keadilan (*two principles of justice*), yaitu :

*First : each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second : social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be everyone's advantage, and (b) attached to offices and positions open to all.*¹⁷

¹⁴ Sjachran Basah (Sjahran Basah I), *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Bandung, Alumni, 1992, h. 2.

¹⁵ Maria Farida Indrati, *Eksistensi dan Substansi Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara Di Indonesia*, Disertasi, UI, Jakarta 2002. h.30.

¹⁶ Moh. Kusnadi dan Harmaily Ibrahim, 1993, *Hukum Tata Negara Indonesia*. Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia dan CV. Sinar Bakti, Jakarta, hlm.155.

¹⁷ John Rawls, 1971, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, hlm.60.

Prinsip-prinsip tersebut dapat diuraikan sebagai berikut: pertama, ditentukan bahwa setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Kedua, ditentukan bahwa ketimpangan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan bagi semua orang dan (b) semua posisi jabatan terbuka bagi semua orang.

Indonesia merupakan negara hukum yang berlandaskan Pancasila. Philipus M. Hadjon menyatakan bahwa dengan adanya negara hukum Pancasila, maka terwujudlah perlindungan hak asasi manusia bagi setiap warga negara, yang mana pengakuan yang berkaitan dengan perlindungan dalam hukum sebagai suatu pelaksanaan hak asasi manusia yang dapat dipertanggung jawabkan dan tidak diskriminatif.

Dalam hal ini hubungan hukum yang terjadi antara pemerintah dengan warga Negara tergantung dari sifat dan kedudukan pemerintah dalam melakukan suatu tindakan hukum tersebut. Pemerintah mempunyai dua kedudukan yaitu pemerintah sebagai wakil dari badan hukum publik (*publiek recht person, public legal entility*) dan pemerintah sebagai pejabat dari jabatan pemerintah. Ketika pemerintah melakukan tindakan hukum dalam kapasitasnya sebagai badan hukum, tindakan itu diatur dan tunduk pada administrasi negara. Baik tindakan hukum keperdataan maupun tindakan hukum publik dapat menjadi peluang munculnya suatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum dan dapat melanggar hak-hak dari subyek hukum warga negara.

Dalam negara hukum kekuasaan negara dan politik tidaklah absolut, karena adanya pembatasan-pembatasan terhadap kewenangan dan kekuasaan negara dan politik tersebut. Hal ini semata-mata bertujuan untuk menghindari timbulnya kesewenang-wenangan dari pihak penguasa. Oleh karena itu dalam suatu negara hukum, hukum akan memainkan peranan yang penting, serta berada di atas kekuasaan negara dan politik yang menimbulkan munculnya istilah pemerintah di bawah hukum (*government under the law*).¹⁸ Adapun beberapa istilah yang dikenal untuk menyebut negara hukum antara lain

¹⁸ Munir Fuady, 2009, *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*, Refika Aditama, Bandung, hlm.2

Rechtstaat (Belanda), *Rule of Law* (Inggris), *Etat de Droit* (Prancis), dan *Stato di Doritto* (Italia).¹⁹

Ajaran kedaulatan hukum menempatkan hukum pada kedudukan tertinggi. Dengan demikian, negara melalui pemerintahan di tingkat pusat maupun di tingkat daerah untuk dapat mewujudkan ketertiban masyarakat memerlukan adanya suatu sistem pengendalian masyarakat, yang salah satu upayanya adalah melalui hukum.²⁰ Plato menyatakan konsep negara hukum adalah sebuah negara haruslah berdasarkan peraturan yang dibuat rakyat. Dalam sejarah ketatanegaraan selanjutnya dikenal negara hukum dalam arti sempit sebagai ajaran Immanuel Kant yang memandang negara sebagai alat perlindungan hak asasi dan pemisahan kekuasaan.²¹

Indonesia menganut konsep negara hukum yang secara konstitusional diatur dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUDNRI 1945. Munir Fuady berdasarkan sejarah munculnya konsep negara hukum berpandangan bahwa negara hukum merupakan suatu sistem kenegaraan yang diatur berdasarkan hukum yang berlaku yang berkeadilan yang tersusun dalam suatu konstitusi, dimana semua orang dalam negara tersebut, baik yang diperintah maupun yang memerintah, harus tunduk pada hukum yang sama, sehingga setiap orang yang sama diperlakukan sama dan setiap orang yang berbeda diperlakukan berbeda dengan dasar pembedaan yang rasional. Lebih lanjut beliau menyatakan bahwa dalam negara hukum kewenangan pemerintah dibatasi berdasarkan suatu prinsip distribusi kekuasaan, sehingga pemerintah tidak bertindak sewenang-wenang dan tidak melanggar hak-hak rakyat dan karenanya kepada rakyat diberikan peran sesuai kemampuan dan perannya secara demokratis.²²

Unsur-unsur *Rechtstaat* menurut Frederich Julius Stahl terdiri atas 4 (empat) unsur pokok, yaitu:²³

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Lili Rasjidi dan B. Arief Sidharta, 1989, *Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya*, Remadja Karya, Bandung, hlm. 11.

²¹ I Made Subawa dkk, 2005, *Hukum Tata Negara Pasca Perubahan UUD 1945*, Wawasan, Denpasar, hlm.56

²² Munir Fuady, Op. Cit., hlm. 3.

²³ Sudargo Gautama, 1983, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 8-9.

1. Asas legalitas (pemerintahan berdasarkan undang-undang);
2. Pembagian kekuasaan;
3. Perlindungan hak-hak asasi manusia; dan
4. Adanya peradilan administrasi.

Berbeda dengan unsur-unsur *Rechtstaat* yang dikemukakan di atas, konsep *Rule of Law* yang dikemukakan oleh A.V. Dicey meliputi 3 unsur yaitu :

- a. *Supremacy of law*;
- b. *Equality before the law*; dan
- c. *The constitution based on individual rights*.²⁴

Selain unsur-unsur negara hukum yang dikemukakan di atas, beberapa prinsip yang harus ada dalam suatu negara hukum juga dirumuskan berdasarkan hasil konferensi *South-East Asian and Pacific Confrence of Jurist* di Bangkok. Adapun prinsip-prinsip tersebut yaitu:²⁵

1. Prinsip perlindungan konstitusional terhadap hak-hak individu secara prosedural dan substansial;
2. Prinsip badan pengadilan yang bebas dan tidak memihak;
3. Prinsip kebebasan menyatakan pendapat;
3. Prinsip pemilihan umum yang bebas;
4. Prinsip kebebasan untuk berorganisasi dan beroposisi; dan
5. Prinsip pendidikan kewarganegaraan (*civic education*).

Sebagai negara hukum (negara hukum formil), Immanuel Kant menyebutkan ada 4 (empat) unsur yang ditetapkan dalam proses penyelenggaraan pemerintahan yaitu:

1. Perlindungan terhadap hak asasi manusia;
2. Pemisahan kekuasaan;
3. Setiap tindakan pemerintah berdasarkan atas undang-undang;
4. Adanya peradilan administrasi yang berdiri sendiri.²⁶

²⁴ Astim Riyanto, 2006, *Teori Konstitusi*, Yapemdo, Bandung, hlm. 256.

²⁵ *Ibid*, hlm. 257

²⁶ I Made Subawa, dkk., *Loc. Cit.*

Sri Soemantri Martosoewignjo menyatakan pandangannya mengenai 4 (empat) unsur yang harus dipenuhi dalam penyelenggaraan pemerintahan, yaitu:²⁷

1. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan;
2. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia;
3. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara;
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechtsterlijke controle*).

Selain itu, Jimly Asshiddiqie melakukan elaborasi terhadap prinsip-prinsip pokok negara hukum. Hasil elaborasi menemukan dua belas prinsip pokok yang merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai Negara Hukum (The rule of law ataupun Rechtsstaat) dalam arti yang sebenarnya. Kedua belas prinsip tersebut adalah:²⁸

1. Supremasi Hukum (*Supremacy of law*)
2. Persamaan dalam Hukum (*Equality before the law*)
3. Asas Legalitas
4. Pembatasan Kekuasaan
5. Organ-Organ Eksekutif Independen
6. Peradilan Bebas dan Tidak Memihak
7. Peradilan Tata Usaha Negara
8. Peradilan Tata Negara
9. Perlindungan Hak Asasi Manusia
10. Bersifat Demokratis
11. Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara
12. Transparansi dan Kontrol Sosial.

²⁷ Sri Soemantri Martosoewignjo, 1992, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm. 29.

²⁸ *Ibid*, hlm. 20-25

Perbedaan dasar pijakan dalam memahami konsep negara hukum dalam pengertian *rechtsstaat* dan *the rule of law* melahirkan konsep turunan dari negara hukum, yaitu konsep negara hukum formal dan negara hukum materil.

Berkaitan dengan hal tersebut Padmo Wahjono²⁹ mengatakan, bahwa pola yang diambil tidak menyimpang dari konsep negara hukum pada umumnya, namun dikondisikan dengan situasi Indonesia atau digunakan dengan ukuran dan pandangan hidup atau pandangan negara kita. Hal yang lebih tegas dikemukakan oleh Philipus. M. Hadjon,³⁰ yang mengatakan bahwa kalau ditelaah dari latar belakang sejarah lahirnya konsep *The rule of law* maupun konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu usaha atau perjuangan menentang kesewenangan penguasa, sedangkan Negara Republik Indonesia sejak dalam perencanaan berdirinya jelas-jelas menentang segala bentuk kesewenangan atau absolutisme.

Lebih lanjut dikatakan Philipus M. Hadjon,³¹ jiwa dan isi Negara Hukum Pancasila seyogianya tidaklah dengan begitu saja mengalihkan konsep *The rule of law* atau konsep *rechtsstaat*. Baik konsep "*rechtsstaat*" maupun konsep *The rule of law* menempatkan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai titik sentral, sedangkan untuk negara Republik Indonesia yang pada waktu pembahasan Undang-Undang Dasar tidak dikehendaki masuknya rumusan hak-hak asasi manusia ala Barat yang individualistis sifatnya. Bagi negara Republik Indonesia, yang menjadi titik sentral adalah keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan.

Berdasarkan pendapat Philipus M. Hadjon seperti di atas, maka dapat dikatakan bahwa konsep negara hukum Indonesia menurut UUD 1945 ialah negara hukum Pancasila, yaitu konsep negara hukum yang mengembangkan jalinan hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara, penyelesaian sengketa secara musyawarah sedangkan peradilan meru-

²⁹ Padmo Wahjono, *Indonesia Negara Berdasarkan Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983. Hal. 7.

³⁰ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsip Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*, Edisi Khusus, Peradaban, 2007, h. 79

³¹ Philipus M. Hadjon, *Ibid*

pakannya sarana terakhir dan tentang hak-hak asasi manusia tidaklah hanya menekankan hak atau kewajiban tetapi terjalannya suatu keseimbangan antara hak dan kewajiban.

B. Tinjauan tentang Perlindungan Hukum

1. Pengertian Perlindungan Hukum

Menurut Fitzgerald sebagaimana dikutip Satjipto Raharjo awal mula dari munculnya teori perlindungan hukum ini bersumber dari teori hukum alam atau aliran hukum alam. Aliran ini dipelopori oleh Plato, Aristoteles (murid Plato), dan Zeno (pendiri aliran Stoic). Menurut aliran hukum alam menyebutkan bahwa hukum itu bersumber dari Tuhan yang bersifat universal dan abadi, serta antara hukum dan moral tidak boleh dipisahkan. Para penganut aliran ini memandang bahwa hukum dan moral adalah cerminan dan aturan secara internal dan eksternal dari kehidupan manusia yang diwujudkan melalui hukum dan moral.³²

Fitzgerald mengutip istilah teori perlindungan hukum dari Salmond bahwa hukum bertujuan mengintegrasikan dan mengkoordinasikan berbagai kepentingan dalam masyarakat karena dalam suatu lalu lintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan tertentu dapat dilakukan dengan cara membatasi berbagai kepentingan di lain pihak. Kepentingan hukum adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu diatur dan dilindungi. Perlindungan hukum harus melihat tahapan yakni perlindungan hukum lahir dari suatu ketentuan hukum dan segala peraturan hukum yang diberikan oleh masyarakat yang pada dasarnya merupakan kesepakatan masyarakat tersebut untuk mengatur hubungan perilaku antara anggota-anggota masyarakat dan antara perseorangan dengan pemerintah yang dianggap mewakili kepentingan masyarakat.³³

Menurut Satjipto Raharjo, perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu di berikan kepada masyarakat agar dapat menikmati

³² Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm.53.

³³ *Ibid.*,

semua hak-hak yang diberikan oleh hukum. Hukum dapat difungsikan untuk mewujudkan perlindungan yang sifatnya tidak sekedar adaptif dan fleksibel, melainkan juga prediktif dan antisipatif. Hukum dibutuhkan untuk mereka yang lemah dan belum kuat secara sosial, ekonomi dan politik untuk memperoleh keadilan sosial.³⁴

Menurut pendapat Phillipus M. Hadjon bahwa perlindungan hukum bagi rakyat sebagai tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan represif. Perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, yang mengarahkan tindakan pemerintah bersikap hati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkan diskresi, dan perlindungan yang represif bertujuan untuk menyelesaikan terjadinya sengketa, termasuk penanganannya di lembaga peradilan.³⁵

Sesuai dengan uraian di atas dapat dinyatakan bahwa fungsi hukum adalah melindungi rakyat dari bahaya dan tindakan yang dapat merugikan hidupnya dari orang lain, masyarakat maupun penguasa. Selain itu berfungsi pula untuk memberikan keadilan serta menjadi sarana untuk mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh rakyat.

Perlindungan hukum bila dijelaskan harfiah dapat menimbulkan banyak persepsi. Sebelum mengurai perlindungan hukum dalam makna yang sebenarnya dalam ilmu hukum, menarik pula untuk mengurai sedikit mengenai pengertian-pengertian yang dapat timbul dari penggunaan istilah perlindungan hukum, yakni Perlindungan hukum bisa berarti perlindungan yang diberikan oleh hukum agar tidak ditafsirkan berbeda dan tidak dicerai oleh aparat penegak hukum dan juga bisa berarti perlindungan yang diberikan oleh hukum terhadap sesuatu.³⁶

Perlindungan hukum adalah segala upaya pemenuhan hak dan pemberian bantuan untuk memberikan rasa aman kepada saksi dan/atau korban, perlindungan hukum korban kejahatan sebagai bagian dari perlindungan masyarakat, dapat diwujudkan dalam berbagai bentuk, seperti melalui

³⁴ *Ibid.*, Hal 54

³⁵ Phillipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Surabaya:1987. hlm.29.

³⁶ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009. hlm. 38

pemberian restitusi, kompensasi, pelayanan medis, dan bantuan hukum.³⁷ Perlindungan hukum yang diberikan kepada subyek hukum ke dalam bentuk perangkat baik yang bersifat preventif maupun yang bersifat represif, baik yang lisan maupun yang tertulis. Dengan kata lain dapat dikatakan bahwa perlindungan hukum sebagai suatu gambaran tersendiri dari fungsi hukum itu sendiri, yang memiliki konsep bahwa hukum memberikan suatu keadilan, ketertiban, kepastian, kemanfaatan dan kedamaian.

Perlindungan hukum juga dapat diartikan sebagai tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum, untuk mewujudkan ketertiban dan ketentraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.

Satjipto Raharjo mendefinisikan perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.³⁸

Philipus M. Hadjon berpendapat bahwa Perlindungan Hukum adalah perlindungan akan harkat dan martabat, serta pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia yang dimiliki oleh subyek hukum berdasarkan ketentuan hukum dari kesewenangan.³⁹

Perlindungan hukum juga dapat menimbulkan pertanyaan yang kemudian meragukan keberadaan hukum. Hukum harus memberikan perlindungan terhadap semua pihak sesuai dengan status hukumnya karena setiap orang memiliki kedudukan yang sama di hadapan hukum. Aparat penegak hukum wajib menegakkan hukum dan dengan berfungsinya aturan hukum, maka secara tidak langsung pula hukum akan memberikan perlindungan pada tiap hubungan hukum atau segala aspek dalam kehidupan masyarakat yang diatur oleh hukum.

³⁷ Soerjono Soekanto, Pengantar Penelitian Hukum, Ui Press. Jakarta, 1984, hlm 133.

³⁸ Satjipto Rahardjo, Ilmu hukum, (Bandung: Citra Aditya Bakti, Cetakan ke-V 2000). hal. 53.

³⁹ Philipus M. Hadjon, Perlindungan Bagi Rakyat di Indonesia, PT. Bina Ilmu, Surabaya, 1987, h. 1-2.

Perlindungan hukum dalam hal ini sesuai dengan interpretasi hukum sebagaimana dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo, bahwa interpretasi atau penafsiran merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang gamblang mengenai teks undang-undang agar ruang lingkup kaidah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang. Pembenerannya terletak pada kegunaan untuk melaksanakan ketentuan yang konkrit dan bukan untuk kepentingan metode itu sendiri.⁴⁰

Perlindungan hukum dalam konteks Hukum Administrasi Negara merupakan gambaran dari bekerjanya fungsi hukum untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum, yakni keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan kepada subyek hukum sesuai dengan aturan hukum, baik itu yang bersifat preventif (pencegahan) maupun dalam bentuk yang bersifat represif (pemaksaan), baik yang secara tertulis maupun tidak tertulis dalam rangka menegakkan peraturan hukum.

Perlindungan hukum yang diberikan bagi rakyat Indonesia merupakan implementasi atas prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia yang bersumber pada Pancasila dan prinsip Negara Hukum yang berdasarkan Pancasila. Setiap orang berhak mendapatkan perlindungan dari hukum. Hampir seluruh hubungan hukum harus mendapat perlindungan dari hukum. Oleh karena itu terdapat banyak bentuk perlindungan hukum.

2. Bentuk-Bentuk Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum merupakan gambaran dari bekerjanya fungsi hukum untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum, yakni keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan kepada subyek hukum sesuai dengan aturan hukum, baik itu yang bersifat preventif (pencegahan) maupun dalam bentuk yang bersifat represif

⁴⁰ Ibid. hlm.39

(pemaksaan), baik yang secara tertulis maupun tidak tertulis dalam rangka menegakkan peraturan hukum.

Menurut Hadjon,⁴¹ perlindungan hukum bagi rakyat meliputi dua hal, yakni:

1. Perlindungan Hukum Preventif, yakni bentuk perlindungan hukum dimana kepada rakyat diberi kesempatan untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif;⁴²
2. Perlindungan Hukum Represif, yakni bentuk perlindungan hukum dimana lebih ditujukan dalam penyelesaian sengketa.⁴³

Secara konseptual, perlindungan hukum yang diberikan bagi rakyat Indonesia merupakan implementasi atas prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia yang bersumber pada Pancasila dan prinsip negara hukum yang berdasarkan Pancasila. Dalam perlindungan hukum, pada hakekatnya setiap orang berhak untuk mendapatkan perlindungan dari hukum. Hampir seluruh hubungan hukum harus mendapat perlindungan dari hukum

3. Prinsip-Prinsip Perlindungan Hukum

Philipus M. Hadjon berpendapat bahwa “Prinsip perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindak pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Menurut sejarahnya di Barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban pada masyarakat dan pemerintah.”⁴⁴

Perlindungan hukum bagi setiap warga negara Indonesia tanpa terkecuali, dapat ditemukan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

⁴¹ *Ibid.* hal. 4

⁴² *Ibid.* hal. 9

⁴³ *Ibid.* hal. 5

⁴⁴ Philipus M. Hadjon, 1987, *Perlindungan Rakyat Bagi Rakyat di Indonesia* (sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara), (Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1987), 38.

Tahun 1945 (UUDNRI 1945), untuk itu setiap produk yang dihasilkan oleh legislatif harus senantiasa mampu memberikan jaminan perlindungan hukum bagi semua orang, bahkan harus mampu menangkap aspirasi-aspirasi hukum dan keadilan yang berkembang di masyarakat. Hal tersebut dapat dilihat dari ketentuan yang mengatur tentang adanya persamaan kedudukan hukum bagi setiap warga Negara.

Aspek dominan dalam konsep barat tentang hak asasi manusia menekankan eksistensi hak dan kebebasan yang melekat pada kodrat manusia dan statusnya sebagai individu, hak tersebut berada di atas negara dan di atas semua organisasi politik dan bersifat mutlak sehingga tidak dapat diganggu gugat. Karena konsep ini, maka sering kali dilontarkan kritik bahwa konsep Barat tentang hak-hak asasi manusia adalah konsep yang individualistik. Kemudian dengan masuknya hak-hak sosial dan hak-hak ekonomi serta hak kultural, terdapat kecenderungan mulai melunturnya sifat individualistik dari konsep Barat.

Dalam Negara kesatuan Republik Indonesia (NKRI), konsep perlindungan hukum, yang tidak lepas dari perlindungan hak asasi manusia, merupakan konsep Negara hukum yang merupakan istilah sebagai terjemahan dari dua istilah *rechstaat* dan *rule of law*. Sehingga, dalam penjelasan UUD RI 1945 sebelum amandemen disebutkan, “Negara Indonesia berdasar atas hukum, (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*Machtsstaat*)”.

Teori Negara hukum secara essensial bermakna bahwa hukum adalah supreme dan kewajiban bagi setiap penyelenggara negara atau pemerintahan untuk tunduk pada hukum (*subject to the law*), tidak ada kekuasaan diatas hukum (*above the law*), semuanya ada dibawah hukum (*under the rule of law*), dengan kedudukan ini, tidak boleh ada kekuasaan yang sewenang-wenang (*arbitrary power*) atau penyalahgunaan kekuasaan (*misuse of power*).⁴⁵

⁴⁵ Muh. Hasrul, 2013, Eksistensi Gubernur Sebagai Wakil Pemerintah Pusat di Daerah Dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Efektif, Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar, 15.

C. Tinjauan tentang Teori Keadilan

Dalam ilmu pengetahuan telah terjadi perdebatan dan perbedaan pandangan mengenai hakikat dan realitas keadilan. Sebuah pertanyaan mendasar, apakah keadilan itu konkrit atau abstrak, apakah keadilan itu sebuah realitas imajinatif ataukah realitas empiris, tetapi yang dapat dikatakan bahwa keadilan merupakan unsur nilai yang dapat dirasakan oleh manusia dan unsur nilai ini selalu tertanam dalam jiwa setiap individu.

Pandangan Leon Petrazyscki terhadap keadilan dapat dikatakan berbeda dengan pandangan kebanyakan orang yang menilai bahwa keadilan itu adalah abstrak. Menurut Petrazyscki, keadilan adalah sebuah fenomena yang konkret yang dapat ditangkap melalui intuisi kita. Sehubungan dengan hal ini Petrazyscki mengatakan:⁴⁶

“The doctrine herein developed concerning law in general had intuitive law in particular comprises all the premises needed to solve the problem of the of justice : actually, justice is nothing but intuitive law in our sense. As a real phenomenon justice is a psychic phenomenon, knowledge of which can be acquired though self-observation and the joint method” (Doktrin yang dibangun dengan memperhatikan hukum dan hukum yang intuitif tetap menjadi pemikiran kita sebagaimana kenyataan yang ada bahwa keadilan itu adalah fenomena yang harus terlihat, diketahui dan dapat dituntut melalui observasi diri dan bergabung dengan metode).

Pada bagian lain Gunawan Setiardja juga memberikan pemahaman bahwa keadilan merupakan suatu realitas dengan definisinya sebagai berikut:⁴⁷

“Keadilan itu adalah (diambil dalam arti subjektif) suatu kebiasaan, baik jiwa yang mendorong manusia dengan kemauan tetap dan terus menerus untuk memberikan setiap orang apa yang menjadi haknya”.

Ukuran keadilan yang memberikan setiap orang apa yang menjadi haknya sebagaimana dikemukakan oleh Gunawan Setiardja di atas hanya bisa diwujudkan oleh hukum.⁴⁸ Salah satu tujuan hukum adalah keadilan. Hal

⁴⁶ The Indonesian Legal Resource Center, ILRC, *Mengajarkan Hukum yang Berkeadilan, Cetak Biru Pembaharuan Pendidikan Hukum Berbasis Keadilan Sosial*, Penerbit Unair, Surabaya, 2009, hlm. 18.

⁴⁷ Gunawan Setiardja, *Filsafat Pancasila*, Bagian I, Cetakan X, 2004, hlm. 56.

⁴⁸ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis* (Terjemahan Raisul

inilah yang hendak diwujudkan oleh hukum sesuai pendapat Gustav Radbruch tentang tiga tujuan hukum yakni kepastian hukum, kemanfaatan hukum dan keadilan hukum.⁴⁹ Untuk mencapai tujuan hukum tersebut diperlukan instrumen-instrumen hukum dalam peraturan perundang-undangan.

Maidin Gultom memberikan pengertian keadilan sebagai penghargaan terhadap setiap orang yang menurut harkat dan martabatnya sebagai pribadi dan dalam hubungannya dengan segala sesuatu yang ada di luar pribadinya.⁵⁰ Keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani. Keadilan dalam catatan sejarah pemikiran manusia dimulai sejak zaman Socrates, Plato dan Aristoteles. Sampai sejauh ini konsep dan teorisasi keadilan tetap aktual dibicarakan. Dalam kajian teoritik tentang keadilan ditemukan sejumlah konsep yang terkait dengan nilai dan etika dalam kehidupan.

Orang dapat pula menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realita absolut dan mengasumsikan bahwa pengetahuan dan pemahaman tentang keadilan hanya bisa didapat secara parsial dan melalui upaya filosofi yang sangat sulit. Atau sebagian lagi orang dapat menganggap keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum. Jika demikian halnya orang dapat mendefinisikan dan memberikan konsep keadilan dalam satu pengertian atau pengertian lain dari pandangan ini.

Salah satu paham pemikiran tentang hukum adalah positivisme. Positivisme mengajarkan bahwa hukum hanya bersumber dari suatu kekuasaan yang sah dalam masyarakat. Menurut Hans Kelsen bahwa “hukum adalah sebuah tata perilaku manusia”.⁵¹ Obyek yang diatur sebuah tatanan hukum adalah perilaku satu individu dalam hubungannya dengan satu atau beberapa individu lain, perilaku timbal balik antar individu. Oleh sebab itu hukum dalam paham positivisme merupakan suatu sistem aturan yang terdiri

Muttaqien), PT Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004, hlm.239.

⁴⁹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet II, PT Gunung Agung Tbk, Jakarta, 2002, hlm. 112

⁵⁰ M. Syukri Akub dan Baharuddin Badaru, *Wawasan Due Process of Law dalam Sistem Peradilan Pidana*, Rangkang Education, Yogyakarta, 2012, hlm.17.

⁵¹ Hans Kelsen. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif (Pure Theory of Law)*, Nusa Media, Bandung, 2008, hlm. 35.

dari beberapa peraturan yang memuat kesatuan yang dilaksanakan melalui suatu sistem tertentu.

Dalam kaitannya dengan hukum, hakikat keadilan yang ingin dicapai oleh paham positivisme adalah keadilan legal-formalistik (*formal justice*), yang bermakna bahwa aturan-aturan seyogyanya tidak sekedar adil tetapi harus dilaksanakan secara jujur, sejalan dengan standar-standar prosedural yang semestinya dan tanpa peduli akan ras, kelas ataupun status sosial lainnya. Keadilan formal adalah keadilan yang mengacu pada ketentuan-ketentuan formal seperti undang-undang. Beberapa teori tentang keadilan prosedural berpendirian bahwa prosedur yang adil akan membawa hasil yang adil pula.

Konsep keadilan formal sangat jauh dari nilai keadilan substantif (*substantial justice*). Keadilan substantif dimaknai sebagai keadilan yang diberikan sesuai dengan aturan-aturan hukum substantif, tanpa melihat kesalahan-kesalahan prosedural. Ini berarti bahwa apa yang secara formal-prosedural benar, bisa saja disalahkan secara materil dan substansinya melanggar keadilan. Demikian sebaliknya apa yang secara formal salah bisa saja dibenarkan jika secara materil dan substansinya sudah cukup adil.

John Rawls sebagai salah satu eksponen paham hukum positivisme dikelompokkan sebagai penganut ajaran keadilan formal. Rawls percaya bahwa keadilan formal yang dibangun dari hukum formal (peraturan perundang-undangan) dan bahkan sifatnya yang administratif-formalistik dapat menjamin keadilan oleh karena semua manusia harus diperlakukan sama atau dengan kata lain bahwa keadilan formal dapat diperoleh karena aturan yang menuntut adanya kesamaan.⁵²

John Rawls menggambarkan pentingnya keadilan prosedural untuk mendapatkan kesetaraan yang fair atas kesempatan. Untuk itu struktur dasar adalah subjek utama keadilan. Struktur dasar adalah sistem aturan publik. Apa yang dilakukan seseorang bergantung pada apa yang dikatakan aturan publik. Pertimbangan dasar gagasan ini untuk memperlakukan persoalan pembagian distributif sebagai masalah keadilan prosedural murni.⁵³ Lebih lanjut menurut

⁵² Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokrasi; Telaah Filosofi Politik John Rawls*, Cet. V, Kanisius, Bandung, 2007, hlm. 27.

⁵³ John Rawls, Uzair Fauzan, *Teori Keadilan. Dasa-Dasar Filsafat Politik Untuk*

Rawls untuk mencapai suatu keadilan sangat dibutuhkan peraturan hukum yang sifatnya tertulis (formal) dengan lembaga-lembaga pembentukannya.⁵⁴

Rawls percaya bahwa keadilan yang berbasis peraturan, bahkan yang sifatnya administratif formal sekalipun tetaplah penting karena pada dasarnya ia memberikan suatu jaminan minimum bahwa setiap orang dalam kasus yang sama harus diperlakukan secara sama. Singkatnya keadilan formal menuntut kesamaan minimum bagi segenap masyarakat. Rawls percaya bahwa eksistensi suatu masyarakat sangat bergantung pada pengaturan formal melalui hukum serta lembaga-lembaga pendukungnya.⁵⁵

Namun demikian menurut Rawls keadilan prosedural yang sempurna jarang, jika tidak mustahil, terjadi dalam kasus-kasus yang penuh kepentingan praktis. Keadilan prosedural yang tidak sempurna dicontohkan oleh pengadilan kriminal. Hasil yang diinginkan adalah bahwa tersangka harus dinyatakan bersalah hanya jika ia melakukan pelanggaran yang dituduhkan. Prosedur pengadilan dijalankan untuk melacak dan mengukuhkan kebenaran. Namun tampaknya mustahil untuk merancang aturan-aturan legal sedemikian rupa sehingga selalu memberi hasil yang tepat. Teori pengadilan ini menguji prosedur dan aturan bukti mana yang paling terkalkulasi dengan baik agar konsisten dengan tujuan-tujuan hukum lainnya. Tatanan yang berbeda secara rasional bisa diharapkan dalam situasi berbeda untuk memberikan hasil yang benar, tidak selalu tapi setidaknya sebagian besar. Oleh karena itu menurut Rawls pengadilan adalah perihal ketidaksempurnaan keadilan prosedural. Kendati hukum itu diikuti dengan cermat dan prosesnya diajukan dengan tepat dan fair, ia bisa mencapai hasil yang salah. Orang yang tidak bersalah bisa dinyatakan bersalah dan orang yang bersalah bisa dibebaskan.⁵⁶

Dalam konsep teori keadilan sebagai fairness Rawls menggambarkan bahwa:⁵⁷

mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara, Pustaka pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 100.

⁵⁴ Andre Ata Ujan, *op.cit*, hlm. 28.

⁵⁵ Armstrong Sembiring, *Energi Keadilan*, Masyita Pustaka Jaya, Medan, 2009, hal. 32

⁵⁶ John Rawls, *op.cit*, hlm. 101.

⁵⁷ Charles Himawan, *Hukum Sebagai Panglima*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2003, hlm. 43.

1. Gagasan utama dari keadilan sebagai *fairness* adalah suatu teori tentang keadilan yang menggeneralisasi dan membawa ke suatu abstraksi yang lebih tinggi yaitu konsep kontrak sosial. (*I then present the main idea of justice as fairness, a theory of justice that generalizes and carries to a higher level of abstraction the traditional conception of the social contract*);
2. Pokok utama keadilan adalah struktur dasar dari masyarakat itu, lebih tepatnya, cara bagaimanakah lembaga-lembaga utama masyarakat mengatur hak-hak dan kewajiban dasar serta bagaimanakah menentukan pembagian kesejahteraan dari suatu kerjasama sosial (*The primary subject of justice is the basic structure of society, or more exactly, the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantage from social cooperation*).

Rawls menyimpulkan bahwa struktur dasar masyarakat (*the basic structure of society*) itu adalah suatu *public system of rules* yang dapat dilihat dalam dua bentuk yakni *System of knowledge (or set public norms)* dan *as a "system of action" (or set of institution)*. Bila *the basic structure of the society* adalah terdiri dari sistem kelembagaan yang adil (*a just system of institution*) dan ketetapan politik yang adil (*a just system political constitution*) maka *justice as a fairness* akan dapat dicapai.

Lebih lanjut Rawls mengatakan bahwa teori keadilan yang memadai harus dibentuk dengan pendekatan kontrak, dimana prinsip-prinsip keadilan yang dipilih sebagai pegangan bersama sungguh-sungguh merupakan hasil kesepakatan bersama dari semua orang yang bebas, rasional dan sederajat. Hanya melalui pendekatan kontrak inilah sebuah teori keadilan mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara adil bagi semua orang. Dalam arti ini keadilan bagi Rawls adalah *fairness*. Maksud Rawls suatu masyarakat baik seharusnya mampu memperlihatkan diri sebagai sebuah lembaga kerjasama sosial dimana masing-masing pihak berusaha saling menyumbang dan saling memajukan. Singkatnya teori keadilan yang memadai adalah teori yang mampu mengakomodasi sebuah kerjasama sosial yang pada saatnya akan mendukung terbentuknya suatu masyarakat yang tertib dan teratur.⁵⁸

⁵⁸ John Rawls, *op.cit.*

Paham positivisme juga dianut oleh Aristoteles (384-322 SM) yang memberikan sumbangan cukup besar bagi pemikiran tentang hukum dan keadilan. Berawal dari pandangannya bahwa manusia hanya dapat berkembang dan mencapai kebahagiaan, kalau ia hidup dalam polis. Aristoteles berpendirian bahwa manusia adalah warga polis seperti halnya bagian dari suatu keseluruhan. Itu pertama-tama berarti bahwa manusia menurut hakikatnya adalah makhluk polis (*zoon politikon*). Oleh karena manusia hanya dapat berkembang dalam polis dan melalui polis, maka keutamaan yang tertinggi manusia adalah ketaatan kepada hukum polis, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Keutamaan moral ini disebut oleh Aristoteles sebagai keadilan.⁵⁹

Pandangan Aristoteles tentang keadilan tertuang dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Keadilan adalah sebagai suatu pemberian hak persamaan tapi bukan persamarataan. Aristoteles membedakan hak persamaannya sesuai dengan hak proporsional. Kesamaan hak dipandang manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Semua warga negara di hadapan hukum sama. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai kemampuan dan prestasi yang telah dilakukan atau mempunyai bobot tertentu.⁶⁰

Aristoteles membagi dua macam keadilan yakni keadilan distributif dan keadilan komutatif. Keadilan distributif adalah keadilan yang memberikan kepada setiap orang porsi menurut prestasinya. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat. Sedangkan keadilan *commutatif* adalah memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya.⁶¹

Dalam keadilan distributif pengertian keadilan bukan berarti persamaan melainkan perbandingan sesuai dengan bobot, kriteria dan ukuran tertentu. Pada mulanya prinsip dasar keadilan distributif yang dikenal sebagai keadilan ekonomi punya relevansi dalam dunia bisnis, khususnya dalam perusahaan. Setiap karyawan harus digaji sesuai dengan prestasi, tugas dan tanggung

⁵⁹ Theo Huijber, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Penerbit Kanisius, Bandung 1986, hlm. 28.

⁶⁰ Carl Joachim Friedrich, *op.cit.*, hlm. 24.

⁶¹ Carl Joachim Friedrich, *ibid*, hlm. 25.

jawab yang diberikan kepadanya. Dengan metode interpretasi, nilai-nilai dan prinsip yang terdapat dalam keadilan ini dapat diterapkan dalam ranah hukum. Dalam tataran regulasi berdasarkan prinsip persamaan di muka hukum maka keadilan komutatif dapat menjadi acuan untuk menjamin hak mendapatkan kompensasi bagi semua korban kejahatan. Tetapi dalam tataran implementasi dengan melihat realitas objektif yang dapat dijadikan ukuran (bobot) maka keadilan distributif sangat adil untuk diterapkan bagi korban-korban tertentu sebagai ukuran untuk mendapatkan kompensasi. Misalnya dalam viktimologi dikaitkan dengan tipologi korban yang melihat tingkat kesalahan atau peranan korban dalam suatu kejahatan. Korban yang mempunyai peranan yang begitu besar dalam terjadinya kejahatan, dapat dipertimbangkan sebagai salah satu kriteria (bobot) ukuran pemenuhan hak atas kompensasi mengingat kemampuan dan keterbatasan anggaran negara dalam hal ini. Tentunya ukuran, kriteria tersebut harus mendapat penegasan dalam undang-undang, sebab segala sesuatu yang diterapkan dengan undang-undang adalah adil menurut paham positivisme.

Argumen semua konsep keadilan menurut paham positivisme di atas pada dasarnya menghendaki adanya suatu peraturan yang mengikat, peraturan mana dibuat oleh pemegang otoritas dalam negara sebagai wujud kedaulatan rakyat. Melalui penguasa dibuatlah aturan hukum yang merupakan kebijakan politik untuk menegakkan hak dan kewajiban setiap orang agar keadilan dapat diwujudkan.

Telah dikemukakan sebelumnya bahwa evolusi filsafat hukum dan melekat dalam evolusi filsafat secara keseluruhan. Di antara problema ini, yang paling menonjol adalah tentang keadilan dalam kaitannya dengan hukum. Keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Tujuan hukum yaitu kepastian hukum, kemanfaatan hukum dan keadilan. Keadilan memang yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan sejarah filsafat hukum. Keadilan ialah kehendak yang ajeg dan tetap untuk memberikan kepada masing-masing bagiannya (*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).⁶² Kemudian Aristoteles dalam bukunya *Nicomachean Ethics* menyatakan keadilan adalah

⁶² Darji Darmodihardjo dan Shidarta, *Op.Cit*, hlm.156

kebijakan yang berkaitan dengan hubungan antara manusia.⁶³

Pemikiran yang lebih eksplisit tentang hukum sebagai pelindung hak-hak asasi dan kebebasan warganya, dikemukakan oleh Immanuel Kant. Bagi Kant, manusia merupakan makhluk berakal dan berkehendak bebas. Negara bertugas menegakkan hak-hak dan kebebasan warganya. Kemakmuran dan kebahagiaan rakyat merupakan tujuan negara dan hukum. Lebih lanjut Kant memandang perlindungan hak rakyat merupakan suatu imperatif moral.⁶⁴

Isu kebebasan dan hak-hak dasar manusia menjadi ikon kosmologi abad ke-18. Kosmologi itulah yang mengilhami pemikir zaman itu termasuk Kant, Locke, dan Montesquieu. Hak-hak tersebut tidak lagi dilihat hanya sebagai kewajiban yang harus dihormati oleh penguasa, tetapi juga dipandang sebagai hak yang mutlak dimiliki rakyat. Hak-hak yang dimaksudkan oleh Locke yaitu hak-hak kodrat seperti hak kebebasan, hak hidup, dan kepemilikan harta sebagai bawaan sebagai manusia.⁶⁵

Keberadaan dokumen Perancis juga dilatarbelakangi pandangan bahwa manusia adalah baik dan karena itu harus hidup bebas. Orang-orang itu lahir dan tinggal bebas dan sama di hadapan hukum (*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*).⁶⁶

Menurut Miriam Budiardjo:

“hak-hak yang dirumuskan dalam abad ke-17 dan ke-18 sangat dipengaruhi oleh gagasan mengenai hukum alam (*natural law*) seperti yang dirumuskan oleh John Locke dan Jaques Rousseau dan hanya terbatas pada hak-hak yang bersifat politis saja, seperti kesamaan hak., akan tetapi dalam abad ke-20, hak-hak politik ini dianggap kurang sempurna dan mulailah dicetuskan beberapa hak lain yang lebih luas ruang lingkupnya”.⁶⁷

Alinea kedua dari Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia menyebutkan Indonesia sebagai negara yang adil. Kata sifat adil berindikasi

⁶³ *Ibid*

⁶⁴ Bernard L. Tanya, dkk, 2007, *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, cetakan kedua, CV. Kita, Surabaya, hlm.87-88.

⁶⁵ *Ibid*

⁶⁶ Darji Darmodiharjo, *Op. Cit*, hlm.169

⁶⁷ *Ibid*, hlm.170

pula kepada negara hukum, karena salah satu tujuan hukum ialah untuk mencapai keadilan. Pengakuan negara yang adil ini adalah serasi dengan Pasal 10 DUHAM (Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia) bahwa “setiap orang berhak dalam persamaan yang sepenuhnya didengarkan suaranya di muka umum dan secara adil oleh pengadilan yang merdeka dan tidak memihak”.

Michael J. Sandel, mengedepankan pemikiran tentang tujuan keadilan, yang bertumpu pada beberapa pandangan filsafat sebelumnya yakni kebebasan (*freedom* sebagaimana dianut kaum liberal), kemanfaatan (*utility*, dari Jeremy Bentham), keadilan distributif dan komutatif (dari Aristoteles), *moral reason* (dari Immanuel Kant). Proses pikir Michael Sandel ini penulis akan gunakan dalam mengkaji proses penanganan hukum.

Proses penanganan hukum disini berkaitan dengan tujuan memperoleh bukti-bukti materiil sebagai wujud dari pemenuhan adanya fakta untuk ditetapkan sebagai fakta hukum. Dalam ilmu hukum dikenal berbagai teori tujuan hukum. Penulis memasukkannya dalam penanganan hukum, antara lain seperti keadilan (Aristoteles) yang bertumpu pada moral (Kant), ataukah teori manfaat bagi sebagian besar masyarakat (*utility*) dari Jeremy Bentham, ataukah untuk mencapai ketertiban masyarakat, sehingga peneanaan sanksi hukum adalah untuk memenuhi tercapainya tujuan hukum yang diinginkan.⁶⁸ Hal yang menarik dari Michael Sandel adalah metode pendekatannya yang pragmatis, yakni dari kasus-kasus atau peristiwa nyata yang memerlukan jawaban: bagaimana sebaiknya kasus itu ditangani, dan ia tidak menarik pemikirannya dari premis-premis mayor yang dikenal banyak digunakan oleh pemikir-pemikir filsafat klasik. Bagaimana penanganan hukum secara berkeadilan, bagaimana penanganan hukum yang bermoral, bagaimana penanganan hukum yang dapat memberikan manfaat yang besar bagi masyarakat, bagaimana penanganan hukum yang dapat melibatkan kontrol masyarakat, dan terakhir bagaimana penanganan hukum berdasar kebajikan (*virtue*).

⁶⁸ Michael J. Sandel Justice, 2010, *What's the Right Thing to do?*, First published in the United States of America by Farrar, Straus and Giroux, 2009, First Published in Great Britain by Allen Lane, Published in Penguin Books.

Dari pandangan kebebasan, masalah keadilan berada di antara tiga hal utama yakni kesejahteraan, kebebasan dan kebajikan. Bukan semata-mata bagaimana orang harus memperlakukan orang yang lain, tetapi juga menyangkut apa yang akan dilakukan hukum (*about what the law should be*), dan bagaimana masyarakat akan disusun kembali.⁶⁹ Bagi Michael Sandel, penentuan keadilan perlu menyentuh aspek moral sosial dengan memasuki aspek kebajikan (*virtue*), yakni tindakan untuk memilih mana yang terbaik melalui penentuan prioritas tindakan, yang meningkatkan sikap dan watak yang mencerminkan karakter yang baik untuk membuat masyarakat menjadi lebih baik. Sekalipun orang beranggapan bahwa masalah moral semata-mata menyangkut penilaian mental, tetapi masyarakat luas lebih menghendaki kebajikan berdasar moral memperoleh pengakuan hukum.⁷⁰ Michael Sandel sendiri mengedepankan ukuran *virtue* (kebajikan) yang berpangkal pada moral, etika.

D. Tinjauan tentang Teori Kepastian Hukum

Kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum dapat dikatakan sebagai bagian dari upaya mewujudkan keadilan. Bentuk nyata dari kepastian hukum adalah pelaksanaan atau penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukan. Dengan adanya kepastian hukum setiap orang dapat memperkirakan apa yang akan dialami jika melakukan tindakan hukum tertentu. Kepastian diperlukan untuk mewujudkan prinsip persamaan di hadapan hukum tanpa diskriminasi.⁷¹

Kepastian merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat lagi digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang. Kepastian sendiri disebut sebagai salah satu tujuan dari hukum.

⁶⁹ *Ibid.* hal. 6-10

⁷⁰ Sistem hukum di negara-negara Anglo-Saxon memberi peran kepada hakim dalam membentuk hukum (*judge made law*). Ketentuan perundang-undangan (*acts*) lebih merupakan pre-skripsi daripada sebagai kaidah yang mengikat langsung masyarakat. Keberlakuan ketentuan yang berupa pre-skripsi itu, ditetapkan melalui keputusan hakim.

⁷¹ Moh. Mahfud MD, *loc. cit.*

Kata “kepastian” berkaitan erat dengan asas kebenaran, yaitu sesuatu yang secara ketat dapat disilogismekan secara legal-formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai premis mayor, sedangkan peristiwa konkrit menjadi premis minor. Melalui sistem logika tertutup akan serta merta dapat diperoleh konklusinya. Konklusi itu harus sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga semua orang wajib berpegang kepadanya. Dengan pegangan inilah masyarakat menjadi tertib. Oleh sebab itu, kepastian akan mengarahkan masyarakat kepada ketertiban.⁷²

Kepastian hukum akan menjamin seseorang melakukan perilaku sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku, sebaliknya tanpa ada kepastian hukum maka seseorang tidak memiliki ketentuan baku dalam menjalankan perilaku. Dengan demikian, tidak salah apabila Gustav Radbruch mengemukakan kepastian sebagai salah satu tujuan dari hukum. Dalam tata kehidupan masyarakat berkaitan erat dengan kepastian dalam hukum. Kepastian hukum merupakan sesuai yang bersifat normatif baik ketentuan maupun keputusan hakim. Kepastian hukum merujuk pada pelaksanaan tata kehidupan yang dalam pelaksanaannya jelas, teratur, konsisten, dan konsekuen serta tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif dalam kehidupan masyarakat.⁷³

Kepastian merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat lagi digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang. Kepastian sendiri disebut sebagai salah satu tujuan dari hukum. Apabila dilihat secara historis, perbincangan mengenai kepastian hukum merupakan perbincangan yang telah muncul semenjak adanya gagasan pemisahan kekuasaan dari Montesquieu.⁷⁴

Keteraturan masyarakat berkaitan erat dengan kepastian dalam hukum, karena keteraturan merupakan inti dari kepastian itu sendiri. Keteraturan menyebabkan orang dapat hidup secara berkepastian sehingga dapat melakukan

⁷² Shidarta, *op. cit.*, hlm. 8.

⁷³ Nur Agus Susanto, *op. cit.*

⁷⁴ <https://ngobrolinhukum.wordpress.com/2016/07/11/memahami-kepastian>

kegiatan-kegiatan yang diperlukan dalam kehidupan bermasyarakat.⁷⁵

Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma.⁷⁶

Pemikiran mainstream beranggapan bahwa kepastian hukum merupakan keadaan dimana perilaku manusia, baik individu, kelompok, maupun organisasi, terikat dan berada dalam koridor yang sudah digariskan oleh aturan hukum. Secara etis, pandangan seperti ini lahir dari kekhawatiran yang dahulu kala pernah dilontarkan oleh Thomas Hobbes bahwa manusia adalah serigala bagi manusia lainnya (*homo hominilupus*). Manusia adalah makhluk yang beringas yang merupakan suatu ancaman. Untuk itu, hukum lahir sebagai suatu pedoman untuk menghindari jatuhnya korban. Konsekuensi dari pandangan ini adalah bahwa perilaku manusia secara sosiologis merupakan refleksi dari perilaku yang dibayangkan dalam pikiran pembuat aturan. Barangkali juga pernah dilakukan perkembangan pemikiran manusia modern yang disangga oleh rasionalisme yang dikumandangkan Rene Descarte (*cogito ergo sum*), fundamentalisme mekanika yang dikabarkan oleh Isaac Newton serta empirisme kuantitatif yang digemakan oleh Francis Bacon menjadikan sekomponen manusia di Eropa menjadi orbit dari peradaban baru. Pengaruh pemikiran mereka terhadap hukum pada abad XIX nampak dalam pendekatan *law and order* (hukum dan ketertiban). Salah satu pandangan dalam hukum ini mengibaratkan bahwa antara hukum yang normatif (peraturan) dapat dimuati ketertiban yang bermakna sosiologis.

Sejak saat itu, manusia menjadi komponen dari hukum berbentuk mesin yang rasional dan terukur secara kuantitatif dari hukum-hukum yang terjadi karena pelanggarannya. Pandangan mekanika dalam hukum tidak hanya

⁷⁵ *Ibid*

⁷⁶ <http://yanacearizona.net/2016/07/11/apa-itu-kepastian-hukum/>

menghilangkan kemanusiaan di hadapan hukum dengan menggantikan manusia sebagai sekrup, mor atau gerigi, tetapi juga menjauhkan antara apa yang ada dalam idealitas aturan hukum dengan realitas yang ada dalam masyarakat. Idealitas aturan hukum tidak selalu menjadi fiksi yang berguna dan benar, demikian pula dengan realitas perilaku sosial masyarakat tidak selalu mengganggu tanpa ada aturan hukum sebelumnya. Ternyata *law and order* menyisakan kesenjangan antara tertib hukum dengan ketertiban sosial. *Law and order* kemudian hanya cukup untuk *the order of law*, bukan *the order by the law*.⁷⁷ Jadi kepastian hukum adalah kepastian aturan hukum, bukan kepastian tindakan terhadap atau tindakan yang sesuai dengan aturan hukum. Karena frasa kepastian hukum tidak mampu menggambarkan kepastian perilaku terhadap hukum secara benar-benar. Demikian juga dengan mekanika Newton. Bahkan Mekanika Newton pun sudah dua kali dihantukkan dalam perkembangan ilmu alam itu sendiri, yaitu Teori Relativitas dari Einstein dan Fisika Kuantum.⁷⁸

Gustav Radbruch mengemukakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu :

- a. Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah perundang-undangan.
- b. Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan.
- c. Ketiga, bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemakaian, di samping mudah dilaksanakan.
- d. Keempat, hukum positif tidak boleh mudah diubah.

Pendapat Gustav Radbruch tersebut didasarkan pada pandangannya bahwa kepastian hukum adalah kepastian tentang hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan produk dari hukum atau lebih khusus dari perundang-undangan. Berdasarkan pendapatnya tersebut, maka menurut Gustav Radbruch, hukum positif yang mengatur kepentingan-kepentingan

⁷⁷ ctt: law dalam pengertian peraturan/legal

⁷⁸ *Op.Cit*

manusia dalam masyarakat harus selalu ditaati meskipun hukum positif itu kurang adil.⁷⁹

Menurut Sudikno Mertokusumo, kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Walaupun kepastian hukum erat kaitannya dengan keadilan, namun hukum tidak identik dengan keadilan. Hukum bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan, sedangkan keadilan bersifat subyektif, individualistis, dan tidak menyamaratakan. Kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan.

Dalam memahami nilai kepastian hukum yang harus diperhatikan adalah bahwa nilai itu mempunyai relasi yang erat dengan instrumen hukum yang positif dan peranan negara dalam mengaktualisasikannya pada hukum positif. Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati. Dari uraian-uraian mengenai kepastian hukum di atas, maka kepastian dapat mengandung beberapa arti, yakni adanya kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, dan dapat dilaksanakan. Hukum harus berlaku tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan sehingga siapapun dapat memahami makna atas suatu ketentuan hukum. Hukum yang satu dengan yang lain tidak boleh kontradiktif sehingga tidak menjadi sumber keraguan. Kepastian hukum menjadi perangkat hukum suatu negara yang mengandung kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, serta dapat dilaksanakan, yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara sesuai dengan budaya masyarakat yang ada.⁸⁰

Kepastian hukum yang dituangkan dalam putusan hakim merupakan hasil yang didasarkan pada fakta-fakta persidangan yang relevan secara yuridis

⁷⁹ *Ibid*

⁸⁰ *Ibid*

serta dipertimbangkan dengan hati nurani. Hakim selalu dituntut untuk selalu dapat menafsirkan makna undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang dijadikan dasar untuk diterapkan. Penerapan hukum harus sesuai dengan kasus yang terjadi, sehingga hakim dapat mengkonstruksi kasus yang diadili secara utuh, bijaksana dan objektif. Putusan hakim yang mengandung unsur kepastian hukum akan memberikan kontribusi bagi perkembangan ilmu pengetahuan di bidang hukum. Hal ini disebabkan putusan hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap, bukan lagi pendapat dari hakim itu sendiri yang memutuskan perkara, tetapi sudah merupakan pendapat dari institusi pengadilan dan menjadi acuan masyarakat dalam pergaulan sehari-hari.⁸¹

Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.⁸²

Kepastian hukum sebagaimana keadilan dan kemanfaatan hukum adalah sesungguhnya sebuah doktrin. Doktrin kepastian hukum mengajarkan kepada setiap pelaksana dan penegak hukum untuk (demi terkendalikannya kepatuhan warga agar ikut menjaga ketertiban dalam kehidupan) mendayagunakan hukum yang sama untuk kasus yang sama. Doktrin ini mengajarkan agar setiap ahli hukum, khususnya yang tengah bertugas sebagai hakim, tidak menggunakan rujukan-rujukan normatif lain selain yang terbilang norma hukum guna menghukumi sesuatu perkara. Demi kepatuhan, hanya norma hukum yang telah diundangkan sajalah yang secara murni dan konsekuen boleh dipakai untuk menghukumi sesuatu perkara. Tidaklah norma hukum ini boleh dicampuri pertimbangan-pertimbangan yang merujuk ke sumber-sumber normatif yang lain; seperti misalnya norma moral, rasa keadilan, ideologi politik, keyakinan pribadi, atau apapun lainnya. Diyakini orang, bahwa dengan dipatuhinya doktrin seperti itu hukum (sebagai suatu institusi) akan amat berdaya untuk mengefektifkan berlakunya kaidah-kaidahnya guna

⁸¹ Fence M. Wantu, *Loc. Cit.*

⁸² *Loc. Cit.*

menata kehidupan dan menegakkan tertib di dalamnya.⁸³

Dari uraian-uraian mengenai kepastian hukum di atas, maka kepastian dapat mengandung beberapa arti, yakni adanya kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, dan dapat dilaksanakan. Hukum harus berlaku tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan sehingga siapapun dapat memahami makna atas suatu ketentuan hukum. Hukum yang satu dengan yang lain tidak boleh kontradiktif sehingga tidak menjadi sumber keraguan. Kepastian hukum menjadi perangkat hukum suatu negara yang mengandung kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, serta dapat dilaksanakan, yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara sesuai dengan budaya masyarakat yang ada.⁸⁴

E. Tinjauan tentang Hukum Adat

1. Konsep Tanah dalam Hukum Adat

Tanah mempunyai kedudukan yang sangat penting dalam hukum adat, karena merupakan satu-satunya benda kekayaan yang meskipun mengalami keadaan yang bagaimanapun akan tetap dalam keadaan semula, dan kadang-kadang menjadi lebih menguntungkan dipandang dari segi ekonomis, misalnya : sebidang tanah itu dibakar, di atasnya dijatuhkan bom-bom, tentu tanah tersebut tidak akan lenyap, setelah api padam ataupun setelah pemboman selesai sebidang tanah tersebut akan muncul kembali, tetap berwujud tanah semula. Kalau dilanda banjir misalnya, setelah airnya surut, tanah muncul kembali sebagai sebidang tanah dengan tingkat kesuburan yang lebih.⁸⁵

Kecuali itu adalah suatu kenyataan bahwa tanah merupakan tempat tinggal keluarga dan masyarakat, memberikan penghidupan, merupakan

⁸³ Soetandyo Wignjosoebroto, Terwujudnya Peradilan Yang Independen Dengan Hakim Profesional Yang Tidak Memihak, Sebuah risalah ringkas, dimaksudkan untruk rujukan ceramah dan diskusitentang “Kriteria dan Pengertian Hakim Dalam Perspektif Filosofis, Sosiologis dan Yuridis” yang diselenggarakan dalam rangka Seminar Nasional bertema “Problem Pengawasan Penegakan Hukum di Indonesia” diselenggarakan oleh Komisi Yudisial dan PBNU-LPBHNU di Jakarta 8 September 2006.

⁸⁴ *Ibid*, Soetandyo Wignjosoebroto

⁸⁵ Bushar Muhammad, *Pokok-pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004, hal. 103.

tempat dimana para warga yang meninggal dunia dikuburkan, dan sesuai dengan kepercayaan merupakan pula tempat tinggal dewa-dewa pelindung dan tempat roh para leluhur bersemayam.

Tanah-tanah adat hampir semuanya belum didaftar karena tunduk pada hukum adat. Sebelum Undang-Undang Pokok Agraria mengenai tanah-tanah hak milik adat di Jawa, Madura dan Bali juga diadakan kegiatan pendaftaran tanah, tetapi bukan untuk memberikan jaminan kepastian hukum dibidang pertanahan melainkan diselenggarakan untuk keperluan pemungutan pajak tanah yaitu Landrente atau Pajak Bumi dan Verponding Indonesia.⁸⁶

a. Kedudukan Tanah dalam Hukum adat

Hal utama yang menyebabkan tanah itu memiliki kedudukan yang sangat penting dalam hukum adat, yaitu bahwa tanah itu merupakan tempat tinggal, memberikan penghidupan, tempat dimana warga yang meninggal dunia dikebumikan dan merupakan pula tempat tinggal pelindung persekutuan dan roh para leluhur persekutuan.⁸⁷

Kedudukan tanah dalam hukum adat sangat erat hubungannya, ini terjadi karena tanah memberikan tempat kepada warga persekutuan yang meninggal dunia dan tanah serta pohon-pohon di atasnya memberi tempat kepada roh yang melindungi persekutuan itu.⁸⁸

Dalam lingkungan yang didudukinya, warga masyarakat adat setempat mempunyai hak untuk mengerjakan dan mengusahakan sebidang tanah pertanian, hak itu disebut *hak milik*, jika tidak dapat lebih dari satu masa panen seperti tanah akuan di Jawa Utara disebut dengan *hak memungut hasil*. Dalam hukum adat, mereka yang meletakkan suatu tanda larangan atau mereka yang memulai membuka tanah mempunyai hak pertama terhadap tanah itu yang disebut *hak wenang pilih* (burukan di Kalimantan). Suatu hak untuk membeli tanah pertanian dengan menyampingkan orang lain yang akan membelinya disebut *hak memiliki pertama*. Kepala desa atau pejabat desa mempunyai *hak atas pendapatan*

⁸⁶ Boedi Harsono, *Sejarah Hukum Agraria Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 1995, hal. 50.

⁸⁷ Surojo Wignjodipuro, *Pengantar dan Asas Hukum Adat*, Raja Grafindo, Jakarta, 1990, hal. 237.

⁸⁸ Soekanto, *Meninjau Hukum Adat Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta, 1996, hal. 80.

dan penghasilan atas tanah bengkok yang diberikan persekutuan. Pada umumnya hak perseorangan ini adalah hak milik adat (hak milik berbeban berat).⁸⁹

b. Transaksi Tanah Dalam Hukum Adat

Ada dua macam transaksi tanah dalam hukum adat yaitu:⁹⁰ Perbuatan hukum bersifat sepihak yaitu suatu kelompok orang mendiami tempat dan membuat rumah di atas tanah itu, membuka tanah pertanian, mengubur orang di tempat itu dan lain-lain. Perbuatan hukum ini adalah hanya dari satu pihak.

Perbuatan hukum bersifat dua pihak. Intinya adalah peralihan hak atau penyerahan hak dengan pembayaran kontan. Untuk menjalankan transaksi dibutuhkan bantuan kepala persekutuan yang bertanggung jawab atas sahnya perbuatan hukum itu, maka perbuatan tersebut harus terang dan tunai.

Transaksi-transaksi tanah dalam hukum adat itu antara lain:⁹¹

1. Menjual gade artinya mereka yang menerima tanah mempunyai hak untuk mengerjakan tanah itu dan mempunyai hak penuh untuk memungut penghasilan dari tanah. Ia hanya terikat oleh janjinya bahwa tanah itu hanya dapat ditebus oleh yang menjual gade. Pada umumnya tanah dikembalikan dalam keadaan pada waktu tanah diserahkan.
2. Menjual lepas artinya pembeli mendapat hak milik atas tanah yang dibelinya. Pembayaran dilakukan di hadapan kepala persekutuan.
3. Menjual tahunan adalah suatu bentuk menyewakan tanah yang terdapat di Jawa yang lamanya tidak dapat ditentukan.
4. Pemberian tanah (secara hibah atau warisan) Memberikan tanah dimana hak milik segera dialihkan baik kepada ahli warisnya maupun pada orang lain dan baik yang memiliki tanah masih hidup maupun pemilik tanah sudah meninggal dunia.

⁸⁹ *Ibid*, hal. 83.

⁹⁰ *Ibid*, hal. 84.

⁹¹ *Ibid*,

c. Landasan Yuridis Pengadaan Tanah Hak Milik Adat.

Dalam Pasal 18 Undang-Undang Pokok Agraria dinyatakan bahwa: “Untuk kepentingan umum, termasuk kepentingan bangsa dan negara serta kepentingan bersama dari rakyat, hak-hak atas tanah dapat dicabut, dengan memberi ganti kerugian yang layak dan menurut cara yang diatur dengan undang-undang”.

Kalaulah kita penggal Pasal 18 tersebut, maka dapat kita nyatakan adanya:⁹²

a) Untuk kepentingan umum, termasuk kepentingan bangsa dan negara serta kepentingan bersama dari rakyat. Kepentingan umum ini termasuk kepentingan negara dan kepentingan bersama dari rakyat sebagai syarat pertama dan utama dalam pencabutan hak ini untuk dapat diperlakukan pasal 6 UUPA, sehingga tidak mungkin pembebasan untuk kepentingan perorangan. Kepentingan swasta yang berdampak kepentingan umum, ataupun kepentingan negara dan kepentingan bersama dapat juga dikategori memenuhi syarat pertama ini.

b) Hak-hak atas tanah dapat dicabut.

Dengan pencabutan hak ini, maka terjadilah tindakan sepihak yaitu dari yang mencabut dengan suatu ketetapan sepihaknya. Hanya dalam beberapa literatur, seyogyanya orang yang dicabut haknya itu tidak menjadi lebih miskin dari sebelumnya.

c) Ganti rugi.

Ganti rugi ini jelaslah baik berupa uang ataupun fasilitas lainnya, ataupun pemukiman kembali dan sebagainya.

d) Layak.

Pengertian layak ini harus yang obyektif, dan harga dasar adalah berdasarkan penetapan pemerintah daerah menurut klasemennya, bukan harga menurut orang yang dicabut haknya, ataupun sekadar diberi uang pindah atau pesangon, dan sebagainya.

⁹² A.P. Parlindungan, *Komentar Atas Undang-Undang Pokok Agraria*, Mandar Maju, Bandung, 1998, hal. 108

e) Cara yang diatur dengan undang-undang.

Harusnya ada suatu produk undang-undang mengenai hal ini.

Sehingga dapat disimpulkan bahwa hak-hak atas tanah dapat dicabut salah satunya tanah hak milik adat, yang digunakan untuk kepentingan umum dengan pemberian ganti rugi yang layak dengan cara yang diatur oleh undang-undang.

Ketentuan-ketentuan mengenai pengadaan tanah hak milik adat dapat dilihat dalam peraturan-peraturan tersebut dibawah ini, yaitu :

- a) Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 55 Tahun 1993 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.
- b) Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 1 Tahun 1994 tentang Peraturan Pelaksanaan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 55 Tahun 1993
- c) Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.
- d) Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 65 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.

d. Pengadaan Tanah Yang Berasal Dari Hak Milik Adat

Dasar pemikiran mengenai pengadaan tanah untuk kepentingan umum juga berasal dari konsep fungsi sosial yang melekat pada setiap hak atas tanah. Dalam Pasal 6 UUPA disebutkan bahwa semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial. Ketentuan tersebut mendasari sifat kebersamaan atau kemasyarakatan dari setiap hak atas tanah. Dengan fungsi sosial tersebut, hak atas tanah apa pun yang ada pada seseorang tidak dapat dibenarkan bahwa tanahnya itu akan dipergunakan atau tidak dipergunakan semata-mata untuk kepentingan pribadinya, apalagi kalau hal itu menimbulkan kerugian bagi masyarakat.

Konsep fungsi sosial hak atas tanah sejalan dengan hukum adat yang menyatakan bahwa tanah dalam lingkungan masyarakat hukum adat adalah tanah kepunyaan bersama seluruh warga masyarakat, yang dimanfaatkan bagi kepentingan bersama seluruh warga masyarakat yang bersangkutan. Artinya kepentingan bersama dan kepentingan per orang harus saling terpenuhi dan penggunaannya dilakukan bersama-sama di bawah pimpinan penguasa adat. Untuk dapat memenuhi kebutuhan, setiap warga diberi kesempatan untuk membuka, menguasai, menghaki, mempunyai, dan memanfaatkan bagianbagian tertentu dari tanah adat (ulayat).⁹³

Dengan demikian, tanah yang dihaki dan dimiliki oleh seseorang tidak hanya berfungsi bagi pemilik hak itu, tetapi juga bagi bangsa Indonesia secara keseluruhan. Sebagai konsekuensinya, penggunaan tanah tersebut tidak hanya berpedoman pada kepentingan pemegang hak, tetapi juga harus mengingat dan memperhatikan kepentingan masyarakat. Proses pengadaan tanah untuk pemenuhan kebutuhan tanah bagi pelaksanaan pembangunan disini harus diperuntukan bagi kepentingan umum sehingga tanpa adanya kebutuhan pembangunan untuk kepentingan umum, maka pengadaan tanah tidak pernah ada atau terjadi. Pengadaan tanah hak milik adat ialah melepaskan hubungan hukum yang terdapat diantara pemegang hak milik atas tanah adat kepada pemerintah dengan cara pemberian ganti rugi. Dalam Pasal 14 Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 55 Tahun 1993 menyebutkan penggantian terhadap tanah yang dikuasai dengan hak ulayat diberikan pembangunan fasilitas umum atau bentuk lain yang bermanfaat bagi masyarakat setempat.

2. Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah

Dalam ketentuan umum Pasal 1 angka 2 dan 3 serta Bab II Pasal 4 memuat soal pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat, Negara menjadi institusi penentu soal eksistensi masyarakat hukum adat, namun Negara dimaksud menjadi termanifestasi kepada kekuasaan pemerintah sebagaimana

⁹³ H. Achmad Rubaie, *Hukum Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*, Bayumedia, Surabaya, 2007, hal 17.

dimuat dalam Bab II Pasal 4 yang menyatakan: Pengaturan pengakuan dan perlindungan hak masyarakat hukum adat dilakukan Pemerintah dan Pemerintah Daerah.

Hal tersebut sangat bertentangan dengan asas keberadaan masyarakat hukum adat sendiri yang sejak dahulu tidak memerlukan pengakuan dari pihak luar dalam hal ini pihak pemerintah. Empat kriteria diakuinya masyarakat hukum adat yang diatur dalam konstitusi yakni :

- (a) sepanjang masih hidup,
- (b) sesuai perkembangan masyarakat,
- (c) sesuai atau tidak bertentangan dengan prinsip NKRI, dan,
- (d) sesuai dengan apa yang diatur dalam undang-undang.

Soetandiyono Wignjo Soebroto mengatakan: Keempat syarat itu sudah jelas merupakan tolok yuridis yang harus diperhatikan oleh pemerintah tatkala akan memberikan pengakuan kepada eksistensi masyarakat hukum adat, dan nyata jelas pula bahwa keempat syarat itu mengisyaratkan bahwa kepentingan Negara nasional sebagaimana yang harus dijaga oleh pemerintah nasional dengan posisinya yang sentral, tetap harus didahulukan.⁹⁴ Ia menambahkan, tak pelak lagi “pengakuan” yang dimaksud dalam peraturan perundang-undangan, baik *ipso jure* maupun *ipso facto* akan gampang ditafsirkan sebagai “pengakuan” yang harus dimohonkan, dengan beban pembuktian akan masih eksistensinya masyarakat hukum adat. Itu oleh masyarakat hukum adat itu sendiri, dengan kebijakan untuk mengakui atau tak mengakui secara sepihak berada ditangan kekuasaan pemerintah pusat.

Berhubungan juga dengan itu, Maria S. W. Soemardjono menyatakan bahwa Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan menetapkan unsur penentu keberadaan masyarakat hukum adat sebagai berikut:

⁹⁴ Soetandiyono Wignjosobroto, Pokok-Pokok Pikiran Tentang Empat Syarat Pengakuan Eksistensi Masyarakat Adat, Inventarisasi dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat, Publikasi kerjasama Komisi Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi RI, Departemen Dalam Negeri Desember 2006 hlm 39.

- a. masyarakatnya masih dalam bentuk paguyuban (*rechtsgemeenschap*);
- b. ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adat;
- c. ada wilayah hukum adat yang jelas;
- d. ada pranata dan perangkat hukum, khususnya peradilan adat; yang masih ditaati; dan
- e. masih mengadakan pemungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari.

Kumulatif patokan syarat di atas, tidak melihat adanya proses pengakuan dari Negara/pemerintah, semua beranjak dari kenyataan objektif dan dapat dilihat di lapangan, dengan demikian dalam penentuan ada tidaknya masyarakat hukum adat kemungkinan besar akan luput dari infiltrasi politik dan kepentingan. Dalam Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 ini ditemui beberapa fase yang sangat mengedepankan kekuasaan Pemerintah dalam meloloskan suatu masyarakat hukum adat di daerah dengan cara :

- a. identifikasi masyarakat hukum adat;
- b. verifikasi masyarakat hukum adat; dan
- c. pengesahan masyarakat hukum adat.

Berkenaan dengan hal tersebut, kami sependapat dengan apa yang disampaikan Soetandyo Wignyosoebroto, bahwa kebijakan dan kenyataan yang tersimak pada *state oriented* di tengah kehidupan yang nyata kalau hendak lebih mendahulukan kepentingan *the newly emerging new nation* dari pada *the old still existing natives* seperti itu-amat berbeda dengan kebijakan yang diambil oleh pemerintah kolonial. Apapun alasannya, entah karena alasan etis harus menghormati hak-hak sosiokultural yang asasi *van de inlandse volken*, yang hendak menghemat jumlah pengeluaran jajahan ini, pemerintah kolonial dengan Decentralisatie Wet 1903 jo Decentralisatie Besluit 1904, Locale Raden Ordonantie 1905 jo Inlandsche Gemeente Ordonantie 1906, mengakui desa-desa adat sebagai masyarakat hukum adat.

Pengakuan keberadaan masyarakat adat sangat beragam dari sektor satu dengan sektor yang lain demikian pula bentuk-bentuk pengakuan keberadaan masyarakat adat oleh pemerintahan daerah yang berbeda. Selain kebijakan yang

mengatur keberadaan masyarakat hukum adat, terdapat pula kesepakatan-kesepakatan internasional yang sebagian telah diratifikasi kedalam kebijakan perundang-undangan RI dan juga wacana-wacana di tingkat Nasional mengenai bentuk pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat antara lain;

1. Peraturan dan Perundangan Nasional

Hak masyarakat hukum adat sebagai satu kesatuan kolektif terhadap segala sumberdaya di wilayahnya, yang lazim dikenal dengan hak ulayat pada dasarnya adalah hak yang berkenaan dengan pengelolaan, sekaligus pemanfaatan sumberdaya. Beberapa peraturan-perundangan tingkat nasional sudah mengatur dan mengakui keberadaan masyarakat hukum adat antara lain:

a. Undang-Undang Dasar 1945 dalam Pasal 18 dikatakan bahwa “memandang dan mengingat dasar-dasar permusyawaratan dalam sistem Pemerintahan Negara, dan hak-hak asal-usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa. Sedangkan dalam Penjelasan Umum dikatakan, Dalam teritori Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 *Zelfbesturende landschappen* dan *Volksgemeenschappen*, seperti desa di Jawa dan Bali, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa... segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingat hak-hak asal-usul daerah tersebut. Sedangkan pada Amandemen II UUD 1945 Pasal 18 B sekarang berbunyi sbb:

1. Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.
2. Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang. Lebih jauh dikemukakan lagi dalam Amandemen II UUD 45 pasal 28I;

3. Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.
- b. Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia.

Ketetapan ini menegaskan bahwa pengakuan dan perlindungan kepada masyarakat hukum adat merupakan bagian dari penghormatan terhadap hak asasi manusia. Hal tersebut terlihat pada Pasal 32 yang menyatakan : Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil sewenang-wenang, selanjutnya pada Pasal 41 disebutkan bahwa Identitas budaya masyarakat tradisional, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.

TAP XVII/MPR tentang Hak Asasi Manusia telah diterjemahkan ke dalam UU HAM no 39 tahun 1999.

1. Undang-undang Nomor 10 tahun 1992 tentang Kependudukan dan Keluarga Sejahtera. Undang-undang ini menjamin sepenuhnya hak penduduk Indonesia atas wilayah warisan adat mengembangkan kebudayaan masyarakat hukum adat. Pasal 6 menyatakan: hak penduduk sebagai anggota masyarakat yang meliputi hak untuk mengembangkan kekayaan budaya, hak untuk mengembangkan kemampuan bersama sebagai kelompok, hak atas pemanfaatan wilayah warisan adat, serta hak untuk melestarikan atau mengembangkan perilaku budayanya.
2. Undang-undang Pokok Agraria (UUPA) Nomor 5 tahun 1960 Dasar hukum yang dapat digunakan untuk memberikan hak pengelolaan terhadap sumberdaya hutan bagi masyarakat hukum adat adalah Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 pasal 2 ayat 4 (UUPA), Hak menguasai dari negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan - ketentuan

peraturan pemerintah. Dengan demikian hak masyarakat hukum adat untuk mengelola sumberdaya hutan adalah hak yang menurut hukum nasional bersumber dari pendelegasian wewenang hak menguasai negara kepada masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Walaupun dalam masyarakat hukum adat diposisikan sebagai bagian subordinat dari negara, dengan pernyataan pasal 2 ayat 4 ini membuktikan bahwa keberadaan masyarakat adat tetap tidak dapat dihilangkan.

3. Undang-undang Nomor 24 tahun 1992 tentang Penataan Ruang Bentuk pengelolaan sumberdaya alam berdasarkan hukum adat juga dijamin oleh Undang-Undang Nomor 24 Tahun 1992 tentang Penataan Ruang, dalam Penjelasan pasal 4 ayat 2 dari Undang-undang tersebut menyatakan bahwa penggantian yang layak diberikan pada orang yang dirugikan selaku pemegang hak atas tanah, hak pengelolaan sumberdaya alam seperti hutan, tambang, bahan galian, ikan dan atau ruang yang dapat membuktikan bahwa secara langsung dirugikan sebagai akibat pelaksanaan kegiatan pembangunan sesuai dengan rencana tata ruang dan oleh perubahan nilai ruang sebagai akibat penataan ruang. Hak tersebut didasarkan atas ketentuan perundang-undangan ataupun atas dasar hukum adat dan kebiasaan yang berlaku.
4. Undang-undang Nomor 11 tahun 1974 tentang Pengairan Pada Undang-Undang Nomor 11 tahun 1974 tentang Pengairan, dijumpai ada satu pasal yang berkenaan dengan hukum adat yaitu pasal 3 ayat 3 yang menyatakan bahwa pelaksanaan atas ketentuan tentang hak menguasai dari negara terhadap air tetap menghormati hak yang dimiliki oleh masyarakat adat setempat sepanjang yang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional.
5. Undang-undang Nomor 5 tahun 1967 tentang Pokok-Pokok Kehutanan. Masyarakat hukum adat mempunyai hak untuk memungut hasil hutan dari hutan ulayat untuk

memenuhi kebutuhan hidup masyarakat hukum adat dan anggota-anggotanya. Peraturan-peraturan yang mengatur hak memanfaatkan sumberdaya hutan dapat dijelaskan antara lain pada Pasal 17 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1967 tentang Pokok-Pokok Kehutanan: Pelaksanaan hak-hak masyarakat adat, hukum adat dan anggota-anggotanya serta hak-hak perseorangan untuk mendapatkan manfaat dari hutan, baik langsung maupun tidak langsung yang didasarkan atas sesuatu peraturan hukum, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, tidak boleh mengganggu tercapainya tujuan-tujuan yang dimaksud dalam Undang-undang ini. Saat ini undang-undang ini telah diganti dengan terbitnya Undang-Undang Kehutanan no 41 tahun 1999. Pada pasal 1 ayat 6 dalam ketentuan umum dikatakan bahwa: Hutan adat adalah hutan negara yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat Sehingga walaupun hutan adat diklasifikasikan sebagai kawasan hutan negara tetapi sebenarnya, negara mengakui adanya wilayah masyarakat hukum adat. Dalam Pasal 67 ayat 2 dikatakan; Pengukuhan keberadaan dan hapusnya masyarakat hukum adat sebagaimana dimaksud pada ayat 1 ditetapkan dengan Peraturan Daerah.

6. Undang-undang no 5 tahun 1994 tentang Pengesahan Konvensi Internasional mengenai Keanekaragaman Hayati (United Nation Convention on Biological Diversity) Dalam pasal 8 mengenai konservasi in-situ dalam huruf j dikatakan;... menghormati, melindungi dan mempertahankan pengetahuan, inovasi-inovasi dan praktik-praktik masyarakat asli (masyarakat adat) dan lokal yang mencerminkan gaya hidup berciri tradisional, sesuai dengan konservasi dan pemanfaatan seara berkelanjutan keanekaragaman hayati dan memajukan penerapannya secara lebih luas dengan persetujuan dan keterlibatan pemilik pengetahuan, inovasi-inovasi dan praktik tersebut semacam itu dan mendorong pembagian yang adil

keuntungan yang dihasilkan dari pendayagunaan pengetahuan, inovasi-inovasi dan praktik-praktik semacam itu. Selanjutnya dalam pasal 15 butir 4 dikatakan; Akses atas sumber daya hayati bila diberikan, harus atas dasar persetujuan bersama (terutama pemilik atas sumber daya).

7. Undang-undang no 22 tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, pada pasal 93 ayat 1 dikatakan; Desa dapat dibentuk, dihapus dan/atau digabungkan dengan memperhatikan asal-usulnya atas prakarsa masyarakat demikian dalam penjelasannya dikatakan istilah Desa disesuaikan dengan kondisi sosial budaya masyarakat setempat seperti nagari, huta, bori, marga... Lebih lanjut dalam pasal 99 dikatakan; Kewenangan Desa mencakup kewenangan yang sudah ada berdasarkan hak asal-usul Desa (atau dengan nama lain). Apa yang disebut dengan nama lain berarti memungkinkan dirubahnya nama tertentu terhadap suatu komunitas di satu wilayah dengan nama yang memiliki ciri, sosial, asal-usul, pranata yang mencirikan dirinya sebagai suatu komunitas masyarakat adat yang memiliki nama khas, seperti Nagari (Minangkabau), Marga (lampung), Negoray (Ambon), Binua/Benua (Kalimantan) dan lain-lain. Masing-masing nama tersebut mencirikan karakter khusus baik bersifat teritorial (seperti Desa di Jawa), genealogis (Marga di Batak), atau teritorial-genealogis (Negoray di Ambon).
8. Peraturan Pemerintah Nomor 24 tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah mengatur Panitia Ajudikasi yang melakukan pengumpulan dan penetapan kebenaran data fisik dan data yuridis mengenai suatu obyek hak antara lain dalam penjelasan Pasal 8c dikatakan... memungkinkan dimasukkannya Tetua Adat yang mengetahui benar riwayat/kepemilikan bidang-bidang tanah setempat dalam Panitia Ajudikasi, khususnya di daerah yang hukum adatnya masih kuat. Sedangkan dalam memberikan pedoman bagaimana

Pembuktian Hak Lama dalam pasal 24 ayat 2 dikatakan Dalam hal tidak atau tidak lagi tersedia secara lengkap alat-alat pembuktian sebagaimana dimaksud pada ayat (1, bukti tertulis atau keterangan yang kadar kebenarannya diakui Tim Ajudikasi), pembuktian hak dapat dilakukan berdasarkan penguasaan fisik bidang tanah yang bersangkutan selama 20 tahun atau lebih secara berturut-turut... dengan syarat;

- a. penguasaan tersebut dilakukan dengan itikad baik dan secara terbuka serta diperkuat oleh kesaksian orang yang dapat dipercaya
 - b. penguasaan tersebut baik sebelum maupun selama pengumuman sebagaimana dilakukan dalam Pasal 26 tidak dipermasalahkan oleh masyarakat hukum adat atau desa/kelurahan yang bersangkutan atau pihak-pihak lainnya. Mengenai bentuk penerbitan hak atas tanah dikenal dua bentuk hak. Hak yang terbukti dari riwayat tanah tersebut didapat dari tanah adat mendapatkan Pengakuan hak atas tanah oleh Pemerintah sedangkan yang ke 2 adalah hak yang tidak terbukti dalam riwayat lahannya didapat dari hak adat tetapi dari tanah negara maka mendapatkan pemberian hak atas tanah oleh pemerintah. Sehingga jelaslah posisi pemerintah dalam mengakomodir hak-hak atas tanah adat yaitu bukan memberikan hak tetapi mengakui hak yang ada.
9. Peraturan Pemerintah Nomor 6 tahun 1999 Pada Pasal 27 ayat 1 Peraturan Pemerintah Nomor. 6 Tahun 1999 tentang Pengusahaan Hutan dan Pemungutan Hasil Hutan pada Hutan Produksi disebutkan bahwa: Masyarakat Hukum Adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya berdasarkan Peraturan Pemerintah ini diberikan hak memungut hasil hutan untuk memenuhi keperluan hidup sehari-hari. Dengan di syahkannya UU Kehutanan no 41 tahun 1999, maka PP 6 harus diganti

dan saat ini sedang disiapkan RPP Hutan Adat (atau dengan nama lain) dengan memberikan Hak Pengelolaan kepada Masyarakat Adat untuk mengelola sumber daya alamnya.

Walaupun secara keseluruhan Permen ini mengakomodir hak-hak masyarakat hukum adat, akan tetapi Permen ini belum menjabarkan secara jelas bentuk pemulihan hak-hak masyarakat hukum adat yang telah direbut, dan lebih jauh lagi Permen belum dapat diimplementasikan sebelum ada Perda yang dipersiapkan oleh DPRD setempat dengan melibatkan sebesar-besarnya kelompok masyarakat adat yang berkepentingan. Dengan demikian apa yang dicantumkan pada Undang Undang Kehutanan no 41 tahun 1999 mengenai hak ulayat dan hak-hak perseorangan atas tanah dan sumber daya alamnya belum sepenuhnya sesuai dengan apa yang terdapat di dalam Undang-undang Pokok Agraria no 5 tahun 1960 yang sudah berlaku sebelumnya. UUPK no 5 tahun 1967 pada dasarnya memberikan pengakuan hutan adat (tanah Ulayat) sebagai bagian dari Kawasan Hutan Negara dengan syarat keberadaannya hak ulayat tersebut memang menurut kenyataannya masih ada dan dalam pelaksanaannya harus sesuai dengan kepentingan nasional dan tidak boleh bertentangan dengan Undang-undang dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Sedangkan dalam UUPA, tanah ulayat merupakan hak milik yang tidak berada dalam kawasan hutan negara. Hak milik ini dikenal dengan hak lama yang berasal dari hak adat dengan pengakuan pemerintah. Perbedaan konsep penguasaan/ kepemilikan hutan adat/ tanah ulayat masih juga hadir Undang-Undang Kehutanan no 41 tahun 1999. Tim Kajian Kebijakan dan PerUU dalam Rangka Landreform atau dikenal dengan Tim Landreform yang dibentuk atas dasar KEPRES 45/1999 tgl 27 Mei 1999 yang seharusnya bekerja bersama-sama antara sektor untuk menyelaraskan undang-undang dan peraturan yang berhubungan dengan pertanahan selama 3 bulan, serta diakomodir hasilnya dalam Rancangan Undang-Undang di masa depan (tugas

Tim Landreform pasal 3c) rupanya tidak dilakukan sehingga disharmonisasi per Undang-Undangan masih terjadi. Sampai saat ini masih terdapat perbedaan konsep yang tajam pada pemerintah dengan masyarakat adat yang mengakui tanah adatnya merupakan wilayah privat yang tidak boleh diklaim secara sepihak oleh Negara sebagai kawasan hutan negara. Permen Agraria/Kepala BPN no 5 tahun 1999 mengakui Tanah Adat sebagai wilayah privat sedangkan Undang-undang Kehutanan no 41/1999 mengakui sebagai wilayah Publik. Kejelasan penguasaan akan lahan beserta mekanisme yang jelas merupakan suatu prasyarat untuk menciptakan pengelolaan yang lestari, sehingga hal ini perlu ditangani segera oleh pemerintah dengan konsultasi publik.

F. Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum

1. Pengertian Pengadaan Tanah

Pengertian pengadaan tanah menurut John Salindeho arti atau istilah menyediakan kita mencapai keadaan ada, karena didalam mengupayakan, menyediakan sudah terselip arti mengadakan atau keadaan ada itu, sedangkan dalam mengadakan tentunya kita menemukan atau tepatnya mencapai sesuatu yang tersedia, sebab sudah diadakan, kecuali tidak berbuat demikian, jadi kedua istilah tersebut namun tampak berbeda, mempunyai arti yang menuju kepada satu pengertian (*monosematic*) yang dapat dibatasi kepada suatu perbuatan untuk mengadakan agar tersedia tanah bagi kepentingan pemerintah.⁹⁵

Sedangkan menurut Imam Koeswahyono pengadaan tanah sebagai suatu perbuatan hukum yang dilakukan oleh pemerintah untuk mendapatkan tanah bagi kepentingan tertentu dengan cara memberikan ganti kerugian kepada si empunya (baik perorangan atau badan hukum) tanah menurut tata cara dan besaran nominal tertentu.⁹⁶

Terdapat berbagai macam pengertian pengadaan tanah yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Perubahan peraturan akan diikuti

⁹⁵ John Salindeho, *Op cit* hal 31

⁹⁶ Imam Koeswahyono, Artikel, *Melacak Dasar Konstitusional Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Pembangunan Bagi Umum*, 2008, hal 1

pula dengan perubahan pengertian dari lembaga pengadaan tanah itu sendiri.

Istilah pengadaan tanah dipergunakan pertama kali di dalam Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum di dalam ketentuan Pasal 1 angka 1 pengadaan tanah didefinisikan sebagai berikut: “Pengadaan tanah adalah setiap kegiatan untuk mendapatkan tanah dengan cara memberikan ganti rugi kepada yang berhak atas tanah tersebut”.

Pada tahun 2012 pemerintah memberlakukan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum dan Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 99 Tahun 2014 Atas perubahan kedua Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 71 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. Ketentuan Pasal 1 angka 2 mendefinisikan pengadaan tanah sebagai berikut: “Pengadaan tanah adalah kegiatan menyediakan tanah dengan cara memberi ganti kerugian yang layak dan adil kepada pihak yang berhak”.

Beberapa pendapat para sarjana mengenai pengadaan tanah dikutip sebagai perbandingan, antara lain:

a) Boedi Harsono

“Perbuatan hukum yang berupa melepaskan hubungan hukum yang semula ada antara pemegang hak dan tanahnya yang diperlukan, dengan pemberian imbalan dalam bentuk uang, fasilitas atau lainnya, melalui musyawarah untuk mencapai kata sepakat antara empunya tanah dan pihak yang memerlukannya”.

b) Gunanegara

“Proses pelepasan hak atas kepemilikan orang atas tanah dan/atau benda-benda yang ada di atasnya yang dilakukan secara sukarela untuk kepentingan umum”.

Berdasarkan definisi-definisi diatas, pengadaan tanah terdiri dari unsur-unsur sebagai berikut:

- a) Perbuatan hukum berupa pelepasan hak atas tanah menjadi tanah negara
- b) Pelepasan hak atas tanah untuk kepentingan umum
- c) Perbuatan hukum didasarkan pada musyawarah dan kesukarelaan
- d) Disertai ganti rugi yang adil dan layak

2. Pengertian Kepentingan Umum

Secara sederhana dapat diartikan bahwa kepentingan umum dapat saja dikatakan untuk keperluan, kebutuhan atau kepentingan orang banyak atau tujuan yang luas. Namun demikian rumusan tersebut terlalu umum dan tidak ada batasannya.⁹⁷

Pembangunan pertanahan tidak lepas dari pemahaman tentang kepentingan umum. menurut John Salindeho belum ada definisi yang sudah dikemukakan mengenai pengertian kepentingan umum, namun cara sederhana dapat ditarik kesimpulan atau pengertian bahwa kepentingan umum dapat saja dikatakan untuk keperluan, kebutuhan atau kepentingan orang banyak atau tujuan sosial yang luas. Oleh Karena itu rumusan demikian terlalu umum, luas dan tak ada batasnya, maka untuk mendapatkan rumusan terhadapnya, kiranya dapat dijadikan pegangan sambil menanti pengentalannya yakni kepentingan umum adalah termasuk kepentingan bangsa dan Negara serta kepentingan bersama dari rakyat, dengan memperhatikan segi-segi sosial, politik, psikologis dan hankamnas atas dasar asas-asas Pembangunan Nasional dengan mengindahkan Ketahanan Nasional serta wawasan Nusantara.⁹⁸

Sedangkan Menurut Pasal 1 angka 6 Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 99 Tahun 2014 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum kepentingan umum adalah kepentingan Bangsa, Negara dan Masyarakat yang harus diwujudkan oleh pemerintah dan digunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat.

⁹⁷ Oloan Sitorus dan Dayat Limbong, *Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*, (Yogyakarta : Mitra Kebijakan Tanah Indonesia, 2004), Hlm. 6

⁹⁸ John Salindeho, *Masalah Tanah dalam Pembangunan*, Cetakan Kedua (Jakarta : Sinar Grafika, 1988), Hlm. 40

3. Asas-Asas dalam Pengadaan Tanah

Pranata hukum pengadaan tanah akan lebih utuh dipahami bila tetap berpegang pada konsepsi hukum tanah nasional. Konsepsi hukum tanah nasional diambil dari hukum adat, yakni berupa konsepsi yang: ”komunalistik religius yang memungkinkan penguasaan tanah secara individual, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi, sekaligus mengandung unsur kebersamaan”.⁹⁹

Menurut Boedi Harsono Konsepsi hukum tanah nasional itu kemudian lebih dikonkretkan dalam asas-asas hukum pengadaan tanah paling tidak ada enam asas-asas hukum yang harus diperhatikan dalam pengadaan tanah, yaitu:¹⁰⁰

- a) Penguasaan dan penggunaan tanah oleh siapapun dan untuk keperluan apapun harus ada landasan haknya.
- b) Semua hak atas tanah secara langsung maupun tidak langsung bersumber pada hak bangsa.
- c) Cara memperoleh tanah yang dihaki seseorang harus melalui kesepakatan antara para pihak yang bersangkutan, menurut ketentuan yang berlaku. Tegasnya, dalam keadaan biasa, pihak yang mempunyai tanah tidak boleh dipaksa untuk menyerahkan tanahnya.
- d) Dalam keadaan memaksa, jika jalan musyawarah tidak dapat menghasilkan kata sepakat, untuk kepentingan umum, penguasa (dalam hal ini Presiden Republik Indonesia) diberi kewenangan oleh hukum untuk mengambil tanah yang diperlukan secara paksa, tanpa persetujuan yang empunya tanah, melalui pencabutan hak.
- e) Baik dalam acara perolehan tanah atas dasar kata sepakat, maupun dalam acara pencabutan hak, kepada pihak yang telah menyerahkan tanahnya wajib diberikan imbalan yang layak, berupa uang, fasilitas dan/atau

⁹⁹ Boedi Harsono, *Op Cit*, Hlm 1

¹⁰⁰ Boedi Harsono, *Kasus-kasus Pengadaan Tanah Dalam Putusan Pengadilan Suatu Tinjauan Yuridis*, Makalah Disajikan Dalam Seminar Nasional “Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan (Konsepsi Hukum, Permasalahan dan kebijaksanaan Dalam Pemecahannya)”, Kerjasama Fakultas Hukum Trisakti dengan Badan Pertanahan Nasional, Jakarta, 3 Desember 1994, Hlm 4.

tanah lain sebagai gantinya, sedemikian rupa hingga keadaan sosial dan keadaan ekonominya tidak menjadi mundur.

- f) Rakyat yang diminta menyerahkan tanahnya untuk proyek-proyek pembangunan berhak untuk memperoleh pengayoman dari Pejabat Pamong Praja dan Pamong Desa.

Menurut Maria Sumardjono, dalam kegiatan pengadaan tanah tersangkut kepentingan dua pihak yakni instansi pemerintah yang memerlukan tanah dan masyarakat yang tanahnya diperlukan untuk kegiatan pembangunan. Karena tanah sebagai kebutuhan dasar manusia merupakan perwujudan hak ekonomi, sosial dan budaya maka pengadaan tanah harus dilakukan melalui suatu proses yang menjamin tidak adanya “pemaksaan kehendak” satu pihak terhadap pihak lain. Disamping itu, mengingat bahwa masyarakat harus merelakan tanahnya untuk suatu kegiatan pembangunan, maka harus dijamin bahwa kesejahteraan sosial ekonominya tidak akan menjadi lebih buruk dari keadaan semula, paling tidak harus setara dengan keadaan sebelum tanahnya digunakan oleh pihak lain, oleh karena itu Pengadaan tanah harus dilakukan sesuai dengan asas-asas berikut.¹⁰¹

- a) Asas Kemanusiaan, adalah Pengadaan tanah harus memberikan perlindungan serta menghormati hak asasi manusia, harkat dan martabat setiap warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional.
- b) Asas Kesepakatan, yakni bahwa seluruh kegiatan Pengadaan tanah dilakukan berdasarkan kesepakatan antara pihak yang memerlukan tanah dan pemegang hak atas tanah. Kegiatan fisik pembangunan baru dapat dilaksanakan bila telah terjadi kesepakatan antara para pihak dan ganti kerugian telah diserahkan.
- c) Asas Kemanfaatan, Pengadaan tanah diharapkan mendatangkan dampak positif bagi pihak yang memerlukan tanah, masyarakat yang terkena dampak dan masyarakat luas. Manfaat dari hasil kegiatan pembangunan itu harus dapat dirasakan oleh masyarakat sebagai keseluruhan.

¹⁰¹ Maria S.W. Sumardjono, *Op Cit*, Hlm 282.

- d) Asas Keadilan, kepada masyarakat yang terkena dampak diberikan ganti kerugian yang dapat memulihkan kondisi sosial ekonominya, minimal setara dengan keadaan semula, dengan memperhitungkan kerugian terhadap faktor fisik maupun nonfisik.
- e) Asas Kepastian, Pengadaan tanah dilakukan menurut tata cara yang diatur oleh peraturan perundang-undangan, sehingga para pihak mengetahui hak dan kewajiban masing-masing.
- f) Asas Keterbukaan, dalam proses Pengadaan tanah, masyarakat yang terkena dampak berhak memperoleh informasi tentang proyek dan dampaknya, kebijakan ganti kerugian, jadwal pembangunan, rencana pemukiman kembali dan lokasi pengganti (bila ada), dan hak masyarakat untuk menyampaikan keberatannya.
- g) Asas Keikutsertaan/Partisipasi, peran serta seluruh pemangku kepentingan (*stakeholder*) dalam setiap tahap Pengadaan tanah (perencanaan, pelaksanaan, evaluasi) diperlukan agar menimbulkan rasa ikut memiliki dan dapat meminimalkan penolakan masyarakat terhadap kegiatan yang bersangkutan.
- h) Asas Kesetaraan, asas ini dimaksudkan untuk menempatkan posisi pihak yang memerlukan tanah dan pihak yang terkena dampak secara sejajar dalam proses pengadaan tanah. Minimalisasi dampak dan kelangsungan kesejahteraan sosial ekonomi. Dampak negatif pengadaan tanah sedapat mungkin diminimalkan, disertai dengan upaya untuk memperbaiki taraf hidup masyarakat yang terkena dampak sehingga kegiatan sosial ekonominya tidak mengalami kemunduran.
- i) Asas Kesejahteraan, adalah bahwa Pengadaan tanah untuk pembangunan dapat nilai tambahan bagi kelangsungan kehidupan pihak yang berhak dan masyarakat secara luas.
- j) Asas Keberlanjutan, adalah kegiatan pembangunan dapat berlangsung secara terus menerus, berkesinambungan untuk mencapai tujuan yang diharapkan.

4. Dasar Hukum Pengadaan Tanah

Sebelum berlakunya Keppres Nomor 55 Tahun 1993, tentang pengadaan tanah untuk kepentingan umum, maka landasan yuridis yang digunakan dalam pengadaan tanah adalah Permendagri Nomor 15 Tahun 1975 Tentang ketentuan-ketentuan Mengenai Tata Cara Pembebasan Tanah.

Pelaksanaan pengadaan tanah menurut Permendagri Nomor 15 Tahun 1975 dalam pengadaan tanah dikenal istilah pembebasan tanah, yang berarti melepaskan hubungan hukum yang semula terdapat diantara pemegang atau penguasa atas tanah dengan cara memberikan ganti rugi. Sedangkan di dalam Pasal 1 butir 2 Keppres Nomor 55 Tahun 1993 menyatakan bahwa: "Pelepasan atau penyerahan hak adalah kegiatan melepaskan hubungan hukum antara pemegang hak atas tanah dengan tanah yang dikuasainya dengan memberikan ganti kerugian atas dasar musyawarah".

Kemudian untuk musyawarah itu diatur dalam butir ke 5 (lima) yang menyatakan bahwa: "Musyawarah adalah proses atau kegiatan saling mendengar, dengan sikap saling menerima pendapat dan keinginan yang didasarkan atas sikap kesukarelaan antara pihak pemegang hak atas tanah dan pihak yang memerlukan tanah untuk memperoleh kesepakatan mengenai bentuk dan besarnya ganti kerugian".

Setelah berlakunya Keppres Nomor 55 Tahun 1993 istilah tersebut berubah menjadi pelepasan hak atau penyerahan hak atas tanah. Oleh karena itu, segi-segi hukum materilnya pelaksanaan pelepasan hak atau pelepasan hak atas tanah pada dasarnya sama dengan pembebasan tanah, yaitu Hukum Perdata.

Dengan perkataan lain bahwa keabsahan atau ketidak absahan pelepasan atau penyerahan hak atas tanah sebagai cara pengadaan tanah ditentukan ada tidaknya kesepakatan diantara kedua belah pihak yang berarti sah tidaknya perbuatan hukum yang bersangkutan, berlaku antara lain syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata.¹⁰²

¹⁰² Boedi Harsono, *Aspek-Aspek Yuridis Penyediaan Tanah Dalam Rangka Pembangunan Nasional* (Makalah: 1990), Hlm. 4.

Perbedaannya hanya terdapat pada segi-segi intern administrasinya yaitu pembebasan tanah pada umumnya berdasarkan pada Permendagri Nomor 15 Tahun 1975, sedangkan pelepasan atau penyerahan hak-hak atas tanah berdasarkan Keppres Nomor 55 Tahun 1993.¹⁰³

Secara hukum kedudukan Keppres Nomor 55 Tahun 1993 sama dengan Permendagri Nomor 15 Tahun 1975, yaitu sebagai peraturan dalam pengadaan tanah bagi pembangunan untuk kepentingan umum yang didalamnya mengatur mengenai ketentuan-ketentuan mengenai tata cara untuk memperoleh tanah dan pejabat yang berwenang dalam hal tersebut. Menurut Boedi Harsono, oleh karena Keppres Nomor 55 Tahun 1993 merupakan suatu peraturan intern-administrasi, maka tidak mengikat pihak yang mempunyai tanah meskipun ada rumusan yang memberi kesan demikian, dan karena bukan undang-undang, maka tidak dapat dipaksakan berlakunya pada pihak yang mempunyai tanah.

Oleh karena tidak dapat dipaksakan, maka sebagai konsekuensi dari keputusan administrasi negara yang dimaksud untuk menyelesaikan ketidak-sediaan pemegang hak atas tanah terhadap besarnya ganti kerugian bukan merupakan keputusan yang bersifat akhir atau final. Hal ini dapat dilihat di dalam Pasal 21 Keppres Nomor 55 Tahun 1993 yang menyatakan bahwa “apabila upaya penyelesaian yang ditempuh Gubernur Kepala Daerah Tingkat 1 tidak diterima oleh pemegang hak atas tanah, dan lokasi pembangunan yang bersangkutan tidak dapat dipindahkan ke tempat lain, maka Gubernur Kepala Daerah Tingkat 1 mengajukan usul penyelesaian dengan cara pencabutan hak sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 20 Tahun 1961 tentang Pencabutan Hak atas Tanah dan Benda-benda di atasnya”.¹⁰⁴

Selain itu Keppres Nomor 55 Tahun 1993 merupakan penyempurnaan dari peraturan sebelumnya yaitu Permendagri Nomor 15 Tahun 1975 yang memiliki kekurangan atau kelemahan khususnya hal-hal yang mengenai pihak-pihak yang boleh melakukan pembebasan tanah, dasar perhitungan

¹⁰³ Oloan Sitoros dan Dayat Limbong, *Op cit*, Hlm. 19.

¹⁰⁴ Keputusan Presiden *Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum*, Nomor 55 Tahun 1993, Pasal 21 ayat 1.

ganti rugi yang didasarkan pada harga dasar, tidak adanya penyelesaian akhir apabila terjadi sengketa dalam pembebasan tanah, khususnya mengenai tidak tercapainya kesepakatan tentang pemberian ganti rugi.

Oleh sebab itu kedudukan Keppres Nomor 55 Tahun 1993 sama dengan Permendagri Nomor 15 Tahun 1975 sebagai dasar hukum formal dalam pelepasan atau penyerahan hak atas tanah yang pada waktu berlakunya Permendagri Nomor 15 tahun 1975 disebut pembebasan tanah. Namun, seiring berjalannya waktu Keppres Nomor 55 tahun 1993 kemudian digantikan dengan Peraturan baru dengan tujuan mencari jalan untuk meminimalisir potensi konflik yang mungkin timbul dalam implementasi pengadaan tanah menurut Perpres Nomor 71 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan umum dan perubahan pertama Perpres Nomor 40 Tahun 2014 dan perubahan kedua Perpres Nomor 99 Tahun 2014 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum dan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, serta Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

G. Pelepasan Hak dan Ganti Rugi Untuk Kepentingan Umum

1. Pelepasan Hak Atas Tanah Untuk Kepentingan Umum

a. Pengertian

Pelepasan hak atas tanah adalah suatu penyerahan kembali hak itu kepada Negara dengan sukarela.¹⁰⁵ Perbuatan ini dapat bertujuan agar tanah tersebut diberikan kembali kepada suatu pihak tertentu dengan suatu hak tanah baru sesuai ketentuan-ketentuan dan syarat-syarat yang berlaku.

Sedangkan menurut Prof Boedi Harsono, SH, yang dimaksud pelepasan hak atas tanah adalah setiap perbuatan yang dimaksud langsung maupun tidak langsung melepaskan hubungan hukum yang ada antara

¹⁰⁵ John Salindeho, *Op cit*, Hlm 33, 28

pemegang hak atau penguasa atas tanahnya dengan cara memberikan ganti rugi yang berhak atau penguasa tanah itu.¹⁰⁶

b. Maksud dan Tujuan Pelepasan Hak atas Tanah

Pelepasan hak atas tanah dapat dilakukan atas dasar persetujuan dari pemegang hak baik mengenai teknis pelaksanaannya maupun bentuk atau besar ganti rugi kalau si pemegang hak tidak bersedia melepaskan atau menyerahkan tanahnya maka pemerintah melalui musyawarah baik dengan instansi terkait serta para pemilik tanah yang terkena proyek pembangunan pembuatan Jalan Tol untuk kepentingan umum dengan diberikan ganti rugi agar tanah tersebut bisa digunakan proyek tersebut. Oleh karena itu dalam acara pelepasan hak dilihat dari para pemegang hak yaitu melepaskan haknya kepada Negara untuk kepentingan umum atau kepentingan bersama diberikan ganti rugi yang layak sesuai dengan harga dasar yang ditentukan pada tempat proyek pembangunan tersebut dilaksanakan.

Namun untuk pembebasan hak atas tanah apabila dikaitkan dengan kepentingan umum para pemegang hak atas tanah dituntut kesadaran lain tidak hanya terdapat pertimbangan harga ganti rugi yang telah diberikan para pihak yang memerlukan tanah untuk proyek pembangunan untuk kepentingan umum tersebut, karena maksud dan tujuan pelepasan hak atas tanah tersebut sekedar melihat dari pandangan kepentingan individu saja melainkan dihubungkan dengan kepentingan umum.

Maka dari itu dilihat dari sudut pelepasan hak atas tanah adalah melepaskan hak dari pemilik kepada para pihak yang memerlukannya dengan dasar memberikan ganti rugi hak atas tanah yang diperlukan oleh para pihak yang membutuhkan tanah untuk proyek pembangunan untuk kepentingan umum.

2. Hak Atas Tanah

Hak tanah merupakan hak penguasaan atas tanah yang berisikan serangkaian wewenang, kewajiban dan/atau larangan bagi pemegang haknya

¹⁰⁶ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia*, (Jakarta, Penerbit Djambatan, 1996), Hlm 898.

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 tolak pembeda di antara hak-hak penguasaan atas tanah yang diatur dalam Hukum Tanah.¹⁰⁷

Dengan adanya Hak Menguasai dari negara sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 ayat (1) UUPA, yaitu bahwa :

“Atas dasar ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam Pasal 1, bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya itu pada tingkatan yang tertinggi dikuasai oleh negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh masyarakat”.

Atas dasar ketentuan tersebut, negara berwenang untuk menentukan hak-hak atas tanah yang dapat dimiliki oleh dan atau diberikan kepada perseorangan dan badan hukum yang memenuhi persyaratan yang ditentukan. Kewenangan tersebut diatur dalam Pasal 4 ayat (1) UUPA, yang menyatakan bahwa:

Atas dasar Hak Menguasai dari negara sebagaimana yang dimaksud 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”.

Sedangkan dalam ayat (2) dinyatakan bahwa :

“Hak-hak atas tanah yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini memberikan 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 penatagunaan tanah itu dalam batas-batas menurut undang-undang ini dan peraturan-peraturan hukum yang lebih tinggi”.

Berdasarkan bunyi Pasal tersebut, maka negara menentukan hak-hak atas tanah sebagaimana diatur dalam Pasal 16 ayat (1) UUPA, yaitu:

¹⁰⁷ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria*, (Jakarta : Djambatan, 2003), Hlm. 24

- a) Hak Milik;
- b) Hak Guna Usaha;
- c) Hak Guna Bangunan;
- d) Hak Pakai;
- e) Hak Sewa;
- f) Hak Membuka Tanah;
- g) Hak Memungut Hasil Hutan;
- h) Hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut di atas yang akan ditetapkan dengan undang-undang serta hak-hak yang sifatnya sementara sebagaimana disebut dalam Pasal 53.

Hak-hak atas tanah tersebut di atas yang bersifat sementara diatur lebih lanjut dalam Pasal 53 ayat (1) yang menyatakan bahwa:

“Hak-hak yang bersifat sementara sebagai yang dimaksud dalam Pasal 16 ayat (1) huruf h, ialah Hak Gadai, Hak Usaha-Bagi-Hasil, Hak Menumpang dan Hak Sewa Tanah Pertanian diatur untuk membatasi sifat-sifatnya yang bertentangan dengan undang-undang ini dan hak-hak tersebut diusahakan hapusnya dalam waktu yang singkat”.

Seseorang atau badan hukum yang mempunyai suatu hak atas tanah, oleh UUPA dibebani kewajiban untuk mengerjakan atau mengusahakan sendiri secara aktif serta wajib pula memelihara termasuk menambah kesuburan dan mencegah kerusakan tanah tersebut.

Selain itu, UUPA juga menghendaki supaya hak atas tanah yang dipunyai oleh seseorang atau badan hukum tidak boleh dipergunakan semata-mata untuk kepentingan pribadi dengan sewenang-wenang tanpa menghiraukan kepentingan masyarakat umum atau dengan kata lain semua hak atas tanah tersebut harus mempunyai fungsi sosial sebagaimana diatur dalam Pasal 6 UUPA yang menyatakan bahwa “semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial”.

Pihak yang dapat mempunyai hak atas tanah diatur dalam Pasal 9 ayat (2) UUPA yang menyatakan bahwa : “tiap-tiap warga negara Indonesia, baik laki-laki maupun perempuan mempunyai kesempatan yang sama untuk memperoleh sesuatu hak atas tanah untuk mendapat manfaat dan hasilnya, baik bagi diri sendiri maupun keluarganya”.

Sedangkan yang bukan warga negara Indonesia atau badan hukum asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia sangat dibatasi, hanya hak pakai atau hak sewa saja. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 42 dan Pasal 45 UUPA Untuk badan hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia dapat mempunyai semua hak atas tanah kecuali hak milik yang terbatas pada badan-badan hukum yang ditetapkan oleh pemerintah, sebagaimana diatur dalam Pasal 30 ayat (1) huruf b dan Pasal 36 ayat (1) huruf b UUPA.

Bila melihat pengaturan yang terdapat dalam UUPA maka hak-hak tanah terdiri dari:

1) **Hak Atas Tanah Bersifat Tetap**

Hak atas tanah menurut UUPA diatur dalam Pasal 16 yaitu :

a) **Hak Milik**

Sebagaimana diatur dalam Pasal 20 UUPA menyebutkan bahwa Hak Milik adalah hak turun temurun, terkuat dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atas tanah. Hak milik dapat beralih atau dialihkan kepada pihak lain. Dapat dikatakan bahwa sifat khas dari hak milik adalah turun temurun, terkuat, terpenuh. Hak yang tidak ketiga ciri sekaligus bukan merupakan hak milik. Bersifat turun temurun artinya hak milik tidak hanya berlangsung selama hidupnya orang yang mempunyai, tetapi dapat dilanjutkan oleh ahli warisnya apabila pemiliknya meninggal dunia.¹⁰⁸

Terkuat menunjukkan:¹⁰⁹

- a. Jangka waktu haknya tidak terbatas. Jadi berlainan dengan hak guna usaha atau hak guna bangunan yang jangka waktunya tertentu.
- b. Hak yang terdaftar dan adanya tanda bukti hak terpenuh artinya:¹¹⁰

¹⁰⁸ *Ibid* Hlm 237

¹⁰⁹ *Ibid*

¹¹⁰ *Ibid*

- a. Hak Milik itu memberikan kewenangan kepada yang empunya yang paling luas jika dibandingkan dengan hak lain.
- b. Hak Milik merupakan induk dari hak-hak lain artinya seorang pemilik tanah bisa memberikan tanah kepada pihak lain dengan hak-hak yang kurang dari pada hak milik.
- c. Hak Milik tidak berinduk kepada hak atas tanah lain, karena hak milik adalah hak yang paling penuh, sedangkan hak lain kurang penuh.
- d. Dilihat dari peruntukannya hak milik juga tidak terbatas.

Seorang pemilik tanah dengan hak milik pada dasarnya bebas menggunakan tanahnya. Pembatasan penggunaan tanah berkaitan dengan fungsi sosial dari tanah. Penggunaan tanah harus disesuaikan dengan keadaan dan sifat haknya, sehingga bermanfaat bagi kesejahteraan dan kebahagiaan yang mempunyai hak maupun bagi masyarakat dan Negara.

Hal yang tidak dikehendaki dan tidak dibenarkan adalah apabila tanah itu dipergunakan semata-mata untuk kepentingan pribadinya, apalagi hak itu menimbulkan kerugian bagi masyarakat (penjelasan Pasal 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960). Berkaitan dengan fungsi sosial, sudah sewajarnya apabila tanah itu dipelihara dengan baik agar bertambah kesuburannya serta dicegah kerusakannya (ketentuan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960). Kewajiban itu tidak hanya dibebankan kepada pemegang hak atas tanah yang bersangkutan, tetapi juga kepada setiap orang, badan hukum atau instansi yang mempunyai hubungan Hukum dengan tanah itu.

Hak Milik pada dasarnya mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:

- a. Hak Milik dapat dijadikan hutang
- b. Boleh digadaikan

- c. Hak Milik dapat dialihkan kepada orang lain
- d. Hak Milik dapat dilepaskan dengan sukarela

Ketentuan Pasal 27 UUPA menyebutkan bahwa hak milik hapus apabila;

- a. Tanahnya jatuh kepada Negara;
 - 1. Pencabutan hak berdasarkan ketentuan Pasal 18 UUPA.
 - 2. Karena dengan penyerahan dengan sukarela oleh pemiliknya.
 - 3. Karena diterlantarkan
 - 4. Karena ketentuan Pasal 21 ayat (3) dan Pasal 26 ayat (2)
- b. Tanahnya musnah.

Hak Milik merupakan hak yang terkuat dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atas tanah. Pemberian sifat ini tidak berarti bahwa hak tersebut merupakan hak mutlak, tidak terbatas dan tidak dapat diganggu gugat sebagai hak eigendom seperti yang dirumuskan dalam Pasal 571 KUHPerdata. Sifat demikian bertentangan dengan sifat hukum adat dan fungsi sosial dari tiap-tiap hak. Kata-kata “terkuat dan terpenuh” mempunyai maksud untuk membedakannya dengan hak guna usaha, hak guna bangunan, hak pakai dan lainnya yaitu untuk menunjukkan bahwa diantara hak-hak atas tanah yang dapat dimiliki, hak miliklah yang terkuat dan terpenuh.

Dengan demikian maka pengertian terkuat seperti yang dirumuskan dalam Pasal 571 KUHPerdata berlainan dengan yang dirumuskan dalam Pasal 20 UUPA, karena dalam UUPA disebutkan bahwa segala hak atas tanah mempunyai fungsi sosial dan hal ini berbeda dengan pengertian hak eigendom yang dirumuskan dalam Pasal 571 KUHPerdata.

b) Hak Guna Usaha

Dalam ketentuan Pasal 29 UUPA menyebutkan bahwa Hak Guna Usaha adalah hak untuk mengusahakan tanah yang dikuasai langsung oleh Negara selama jangka waktu tertentu, guna perusahaan pertanian, perikanan dan peternakan. Hak Guna Usaha terbatas pada usaha pertanian, perikanan, peternakan. Namun walaupun tanah yang dipunyai dengan hak guna usaha tetapi boleh mendirikan bangunan di atasnya. Bangunan-bangunan yang dihubungkan dengan usaha pertanian, perikanan, peternakan, tanpa memerlukan hak lain. Hak Guna Usaha mempunyai ciri khusus yaitu:

- a. Hak Guna Usaha tergolong hak atas tanah yang kuat artinya tidak mudah hapus dan mudah dipertahankan terhadap gangguan pihak lain. Oleh karena itu hak guna usaha salah satu hak yang wajib didaftar.
- b. Hak Guna Usaha dapat beralih yaitu diwaris oleh ahli waris yang empunya hak.
- c. Hak Guna Usaha jangka waktunya terbatas, pada suatu waktu pasti berakhir.
- d. Hak Guna Usaha dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani hak tanggungan.
- e. Hak Guna Usaha dapat dialihkan kepada pihak lain, yaitu dijual, ditukarkan dengan benda lain, dihibahkan atau diberikan dengan wasiat.
- f. Hak Guna Usaha dapat dilepaskan oleh empunya, hingga tanahnya menjadi tanah Negara.
- g. Hak Guna Usaha hanya dapat diberikan guna keperluan usaha pertanian, perikanan, dan peternakan.

Hak Guna Usaha diberikan untuk jangka waktu 25 tahun. Atas permintaan pemegang hak maka jangka waktu tersebut dapat diperpanjang dengan waktu 25 tahun. Masalah subyek Hak Guna Usaha diatur dalam Pasal 30 UUPA:

- a. Subyek dari Hak Guna Usaha adalah:
 - a. Warga Negara Indonesia.
 - b. Badan Hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia.
- b. Orang atau badan hukum yang mempunyai Hak Guna Usaha dan tidak lagi memenuhi syarat-syarat sebagai yang tersebut dalam ayat (1) Pasal ini dalam jangka waktu satu tahun wajib melepaskan atau mengalihkan hak itu kepada pihak yang memenuhi syarat.

Hak Guna Usaha terjadi karena adanya penetapan pemerintah, sedangkan hak ini dapat hapus karena;

- i. Jangka waktu berakhir
- ii. Dihentikan sebelum jangka waktunya berakhir karena sesuatu syarat tidak dipenuhi
- iii. Dilepaskan oleh pemegang haknya sebelum jangka waktunya berakhir
- iv. Dicabut untuk kepentingan umum
- v. Tanahnya diterlantarkan
- vi. Tanahnya musnah
- vii. Karena ketentuan Pasal 30 ayat 2 UUPA

c) **Hak Guna Bangunan**

Pasal 35 ayat (1) UUPA menyebutkan bahwa Hak Guna Bangunan adalah hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan atas tanah yang bukan miliknya sendiri dengan jangka waktu paling lama 30 tahun. Berlainan dengan Hak Guna Usaha, peruntukkan dari hak guna bangunan adalah untuk bangunan. Sungguh pun khusus diperuntukkan mendirikan bangunan, namun hal itu tidak berarti bahwa diatas tanah tersebut, pemilik hak tidak diperbolehkan menanam sesuatu, memelihara ternak atau mempunyai kolam untuk memelihara ikan, asal tujuan penggunaan tanahnya yang pokok adalah untuk bangunan. Sebagaimana Hak Guna Usaha,

Hak Guna Bangunan diadakan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat modern. Hak ini bukan hak yang berasal dari hukum adat.

Berkaitan dengan subyek Hak Guna Bangunan telah diatur dalam ketentuan Pasal 36 ayat (1), yaitu;

- a. Warga Negara Indonesia
- b. Badan Hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia

Hak Guna Bangunan pada dasarnya mempunyai ciri sebagai berikut;

- a. Hak Guna Bangunan tergolong hak yang kuat, artinya tidak mudah hapus dan mudah dipertahankan terhadap gangguan pihak lain. Oleh karena itu hak ini termasuk salah satu hak yang wajib didaftarkan
- b. Hak Guna Bangunan dapat beralih, artinya dapat diwaris oleh ahli waris yang empunya hak
- c. Hak Guna Bangunan jangka waktunya terbatas, artinya pada suatu waktu pasti berakhir
- d. Hak Guna Bangunan dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani hak tanggungan
- e. Hak Guna Bangunan dapat dialihkan kepada pihak lain yaitu dijual, ditukarkan dengan benda lain, dihibahkan atau diberikan dengan wasiat
- f. Hak Guna Bangunan dapat dilepaskan oleh yang empunya hingga tanahnya menjadi tanah Negara
- g. Hak Guna Bangunan hanya dapat diberikan untuk keperluan pembangunan bangunan-bangunan

Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jangka waktu paling lama 30 tahun. Atas permintaan pemegang haknya dan dengan mengingat keperluan serta keadaan bangunan, jangka waktu tersebut dapat diperpanjang dengan waktu paling lama 20

tahun. Hak Guna Bangunan terjadi karena:

- a) Mengenai tanah yang dikuasai oleh Negara karena penetapan pemerintah.
- b) Mengenai tanah milik, Karena perjanjian yang berbentuk autentik antara pemilik tanah yang bersangkutan dengan pihak yang akan memperoleh Hak Guna Bangunan itu yang bermaksud menimbulkan hak tersebut.

Hak Guna Bangunan hapus karena;

- a. Jangka waktunya berakhir
- b. Dihentikan sebelum jangka waktunya berakhir, karena sesuatu syarat tidak dipenuhi
- c. Dilepaskan oleh pemegang haknya sebelum jangka waktunya berakhir.
- d. Dicabut untuk kepentingan Umum
- e. Diterlantarkan
- f. Tanahnya musnah
- g. ketentuan dalam Pasal 36 ayat (2) UUPA

d) Hak Pakai

Pasal 41 ayat (1) UUPA pada dasarnya menyebutkan bahwa Hak Pakai adalah hak untuk menggunakan dan atau memungut hasil dari tanah yang langsung dikuasai Negara atau tanah milik orang lain, yang memberikan wewenang dan kewajiban yang ditentukan dalam keputusan pemberiannya atau dalam perjanjian dengan pemilik tanahnya, yang bukan perjanjian sewa menyewa.

Subyek dari hak pakai adalah:

- a) Warga Negara Indonesia
- b) Orang asing yang berkedudukan di Indonesia.
- c) Badan-badan hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia.

Badan-badan hukum yang mempunyai perwakilan di Indonesia. UUPA pada dasarnya tidak memuat ketentuan khusus mengenai hapusnya hak pakai jika:¹¹¹

- a. Jangka waktu berakhir.
- b. Diberhentikan sebelum jangka waktunya berakhir karena sesuatu yang harus dipenuhi oleh pemegang haknya yang bersangkutan dengan statusnya.
- c. Dilepaskan oleh pemegang haknya sebelum jangka waktunya berakhir.
- d. Dicabut untuk kepentingan umum.
- e. Tanahnya musnah.

e) **Hak Sewa**

Pasal 44 UUPA menyebutkan bahwa:

- a. Seorang atau suatu badan hukum mempunyai hak sewa atas tanah, apabila ia berhak menggunakan tanah milik orang lain untuk keperluan bangunan dengan membayar kepada pemiliknya sejumlah uang sebagai sewa.
- b. Pembayaran uang sewa dapat dilakukan;
 1. satu kali atau pada tiap-tiap waktu tertentu.
 2. sebelum atau sesudah tanah dipergunakan.
- c. Perjanjian sewa tanah yang dimaksudkan dalam pasal ini tidak boleh disertai syarat-syarat yang mengandung unsur-unsur pemerasan.

Berdasarkan isi dari ketentuan Pasal tersebut dapat dikatakan bahwa hak sewa adalah hak yang memberi kewenangan kepada orang lain untuk menggunakan tanahnya. Perbedaannya dengan hak pakai adalah dalam hak sewa penyewa harus membayar uang sewa.

Hak sewa untuk bangunan harus dibedakan dengan hak sewa atas bangunan. Dalam hal sewa untuk bangunan, pemilik

¹¹¹ Effendi Perangin, *Op cit*, hlm 295

menyerahkan tanahnya dalam keadaan kosong kepada penyewa dengan maksud supaya penyewa dapat mendirikan bangunan diatas tanah itu.

2) **Hak Atas Tanah Bersifat Sementara**

Hak atas tanah yang bersifat sementara diatur dalam Pasal 53 UUPA. Hak tersebut dimaksudkan sebagai hak yang bersifat sementara karena pada suatu ketika hak tersebut akan dihapus. Hal tersebut disebabkan karena hak tersebut bertentangan dengan asas yang terdapat dalam Pasal 10 UUPA yaitu, “seseorang yang mempunyai suatu hak atas tanah pertanian diwajibkan mengerjakan sendiri secara aktif dengan mencegah cara-cara pemerasan, namun sampai saat ini hak-hak tersebut masih belum dihapus”.

Oleh karena itu yang dimaksud dengan Hak atas tanah yang bersifat sementara adalah:

a) Hak gadai tanah/jual gadai/jual sende

Hak gadai/jual gadai/jual sende adalah menyerahkan tanah dengan pembayaran sejumlah uang dengan ketentuan bahwa orang yang menyerahkan tanah mempunyai hak untuk meminta kembalinya tanah tersebut dengan memberikan uang yang besarnya sama.

b) Hak Usaha Bagi Hasil

Hak usaha bagi hasil merupakan hak seseorang atau badan hukum untuk menggarap di atas tanah pertanian orang lain dengan perjanjian bahwa hasilnya akan dibagi diantara kedua belah pihak menurut perjanjian yang telah disetujui sebelumnya.

c) Hak Sewa Tanah Pertanian

Hak sewa tanah pertanian adalah penyerahan tanah pertanian kepada orang lain yang memberi sejumlah uang kepada pemilik tanah dengan perjanjian bahwa setelah pihak yang memberi uang menguasai tanah selama waktu tertentu, tanahnya akan dikembalikan kepada pemiliknya.

d) Hak menumpang

Hak menumpang adalah hak yang memberi wewenang kepada seseorang untuk mendirikan dan menempati rumah di atas pekarangan orang lain. Pemegang hak menumpang tidak wajib membayar sesuatu kepada yang empunya tanah, hubungan hukum dengan tanah tersebut bersifat sangat lemah artinya sewaktu-waktu dapat diputuskan oleh yang empunya tanah jika yang bersangkutan memerlukan sendiri tanah tersebut. Hak menumpang dilakukan hanya terhadap tanah pekarangan dan tidak terhadap tanah pertanian.

3. Tata Cara Memperoleh Hak Atas Tanah

Dalam Hukum Tanah Nasional disediakan berbagai cara memperoleh tanah yang diperlukan baik perorangan maupun badan hukum. Tanah yang dikuasai wajib dalam keadaan legal, baik untuk keperluan pribadi, kegiatan usaha (bisnis) maupun untuk keperluan Instansi Pemerintah.

Adapun yang dimaksud dengan tata cara memperoleh hak atas tanah ini ialah prosedur yang harus ditempuh dengan tujuan untuk menimbulkan suatu hubungan yang legal antara subjek tertentu dengan tanah tertentu.¹¹²

Ada 3 faktor pokok yang mempengaruhi seseorang, badan hukum maupun instansi pemerintah untuk menguasai tanah yang diperlukan, yaitu:

- a. Status tanah yang tersedia.
- b. Status hukum pihak yang hendak menguasai tanah tersebut.
- c. Keinginan pemegang hak atas tanah yang diperlukan untuk melepas tanahnya.¹¹³

Dalam rangka menuju perolehan hak atas tanah yang secara legal, subjek hukum perorangan maupun badan hukum harus memperhatikan asas-asas dalam penguasaan tanah demi terciptanya perlindungan hukum pemegang hak atas tanah, sebagai berikut :

¹¹² Arie Sukanti Hutagalung, dan Nurwidari, *Op cit*, hlm. 66.

¹¹³ Arie Sukanti Hutagalung, *Serba Aneka Masalah Tanah Dalam Kegiatan Ekonomi Suatu (kumpulan Karangan)*, cet. 2. (Depok, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2002), hlm. 111.

- a. Bahwa penguasaan dan penggunaan tanah oleh siapapun dan untuk keperluan apapun, harus dilandasi dengan hak atas tanah, yang disediakan Hukum Tanah Nasional;
- b. Bahwa penguasaan dan Penggunaan tanah tanpa ada alas haknya (illegal), tidak dibenarkan bahkan diancam dengan sanksi pidana (UU No 51 Prp Tahun 1960);
- c. Bahwa penguasaan dan penggunaan tanah yang berlandaskan hak yang disediakan oleh Hukum Tanah Nasional, dilindungi oleh hukum terhadap gangguan dari pihak manapun, baik oleh sesama anggota masyarakat maupun oleh pihak penguasa sekalipun, jika gangguan tersebut tidak mempunyai dasar hukum.
- d. Bahwa oleh hukum disediakan berbagai sarana hukum untuk menanggulangi gangguan yang ada, seperti gangguan dari sesama masyarakat dilakukan melalui cara gugatan melalui Pengadilan Negeri atau minta perlindungan kepada Bupati/ Walikota, sedangkan gangguan dari penguasa Negara, gugatan melalui Pengadilan Umum atau Pengadilan Tata Usaha Negara.
- e. Bahwa dalam keadaan biasa, diperlukan oleh siapapun dan untuk keperluan manapun juga untuk kepentingan proyek-proyek kepentingan umum perolehan tanah yang menjadi hak seseorang harus melalui musyawarah untuk mufakat, baik penyerahan tanahnya kepada pihak yang memerlukan maupun mengenai imbalannya yang merupakan hak pemegang hak atas tanah yang bersangkutan untuk menerimanya.
- f. Bahwa sehubungan dengan apa yang tersebut diatas, dalam keadaan biasa untuk memperoleh tanah yang diperlukan tidak dibenarkan adanya paksaan dalam bentuk apapun dan oleh siapapun kepada pemegang haknya, untuk menyerahkan tanah kepunyaannya dan atau menerima imbalan yang tidak disetujuinya, termasuk juga penggunaan lembaga penawaran pembayaran yang diikuti konsinyasi pada Pengadilan Negeri, seperti yang diatur dalam Pasal 1404 KUHPerdara.
- g. Bahwa dalam keadaan yang memaksa, jika tanah yang bersangkutan diperlukan untuk menyelenggarakan kepentingan umum, dan tidak mungkin menggunakan tanah yang lain, sedang musyawarah yang

diadakan tidak berhasil memperoleh kesepakatan, dapat dilakukan pengambilan secara paksa, dalam arti tidak memerlukan persetujuan pemegang haknya.

- h. Bahwa dalam memperoleh atau pengambilalihan hak atas tanah, baik atas dasar kesepakatan bersama ataupun pencabutan hak, pemegang haknya berhak memperoleh imbalan atau ganti kerugian, tidak hanya meliputi tanah, bangunan dan tanaman milik pemegang hak, melainkan juga kerugian-kerugian yang dideritanya sebagai akibat penyerahan tanah yang bersangkutan.
- i. Bahwa bentuk dan jumlah imbalan atau ganti kerugian yang diberikan kepada yang berhak atas hak atas tanah yang diperlukan untuk kepentingan umum dan dilakukan pencabutan hak, haruslah sedemikian rupa, sehingga bekas pemegang haknya tidak mengalami kemunduran, baik dalam bidang sosial maupun tingkat ekonominya.

Selanjutnya perlu diketahui bahwa status tanah yang tersedia meliputi :

- a. Tanah Negara, tanah yang langsung dikuasai negara.
- b. Tanah Hak, yaitu tanah-tanah yang sudah dikuasai dengan sesuatu hak atas tanah oleh orang atau badan hukum; jenis-jenisnya adalah Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai;
- c. Tanah Hak Pengelolaan, yaitu hak yang menyediakan tanah bagi keperluan pihak lain dan pihak lain dapat menguasai bagian-bagian tanah Hak Pengelolaan dengan Hak Milik, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai, melalui pemberian hak.

Menurut sifat hakekatnya Hak Pengelolaan adalah Hak Menguasai dari Negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan kepada pemegangnya (Pasal 1 angka 7 Peraturan Pemerintah Nomor 99 Tahun 2014) sedang tanah yang dikuasainya adalah tanah negara, oleh karena itu bagian-bagiannya dapat diberikan kepada pihak lain yang memerlukan dengan Hak Milik atau Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai.

Hak Pengelolaan hanya dapat diberikan kepada subjek-subjek tertentu, yaitu Instansi Pemerintah, Pemerintah Daerah, Badan Usaha Milik Negara. Secara garis besar tata cara memperoleh tanah menurut Hukum Tanah

Nasional adalah sebagai berikut :

- a. Acara Permohonan dan Pemberian Hak Atas tanah, jika tanah yang diperlukan berstatus tanah Negara.
- b. Acara Pemindehan Hak, jika tanah yang diperlukan berstatus tanah hak, Pihak yang memerlukan tanah boleh memiliki hak yang sudah ada, serta pemilik bersedia menyerahkan tanah.
- c. Acara Pelepasan Hak, jika tanah yang diperlukan berstatus tanah hak/hak ulayat masyarakat hukum adat, Pihak yang memerlukan tanah tidak boleh memiliki tanah yang sudah ada, serta pemilik bersedia menyerahkan hak atas tanah.
- d. Acara Pencabutan Hak, jika tanah yang diperlukan berstatus tanah hak, pemilik tanah tidak bersedia melepaskan hak atas tanah tersebut diperlukan untuk kepentingan umum.

H. Ganti Rugi Hak Atas Tanah Untuk Kepentingan Umum

1. Pengertian Ganti Rugi

Istilah ganti rugi atau penggantian kerugian biasanya dipakai dalam bidang keperdataan, baik itu mengenai ingkar janji (wanprestasi), pelanggaran hukum maupun bidang penggantian pertanggung jawaban kerugian. Sehubungan dengan istilah tersebut diatas, maka R Setiawan, S.H. pernah mengatakan bahwa ganti rugi dapat berupa penggantian dari pada prestasi, tetapi dapat berdiri sendiri disamping prestasi.¹¹⁴

Sedangkan Prof. R. Subekti, S.H. mengatakan: Bahwa seorang debitur telah diperingatkan dengan tegas dan ditagih janjinya, apabila tetap tidak melaksanakan prestasinya maka dinyatakan lalai atau alpa dan kepadanya diberikan sanksi-sanksi yaitu ganti rugi, pembatalan perjanjian dan peralihan resiko. Demikian juga beliau menyatakan bahwa Undang-undang pertanggung jawaban merupakan suatu perjanjian, dimana penanggung menerima premi dengan kesanggupan mengganti kerugian keuntungan yang ditanggung atau yang mungkin diderita sebagai akibat tertentu.¹¹⁵

¹¹⁴ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, (Bandung, Bina Cipta,1987) Hlm 18

¹¹⁵ R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, (Bandung, Alumni 1985), Hlm163.

Jadi kalau dilihat dari pendapat sebagaimana tersebut bahwa tuntutan ganti rugi hanya dapat dinyatakan dengan uang. Dan selanjutnya timbul pertanyaan apa yang dimaksud dengan pengertian ganti rugi tersebut, istilah ganti rugi biasanya terjadi akibat adanya ingkar janji dan perbuatan melanggar hukum. Dalam pemenuhan prestasi kewajiban terletak pada debitur, sehingga apabila debitur tidak melaksanakan kewajiban tersebut bukan karena keadaan memaksa, maka si debitur dinyatakan lalai. Adapun bentuk dari pada ingkar janji ada tiga macam yaitu:

1. Tidak memenuhi prestasi.
2. Terlambat memenuhi prestasi.
3. Memenuhi prestasi secara tidak baik.¹¹⁶

Sehubungan dengan dibedakan ingkar janji seperti diatas timbul persoalan apakah debitur yang tidak memenuhi prestasi tepat pada waktunya harus dianggap terlambat atau tidak memenuhi prestasi sama sekali. Dalam hal debitur tidak lagi mampu memenuhi prestasinya, maka debitur tidak memenuhi prestasinya sama sekali. Sedangkan jika prestasi debitur masih dapat diharapkan pemenuhannya, maka digolongkan kedalam terlambat memenuhi prestasi. Jika debitur memenuhi prestasi secara tidak baik ,ia dianggap terlambat memenuhi prestasi jika prestasinya masih dapat diperbaiki dan jika tidak, maka dianggap tidak memenuhi prestasi sama sekali.

Seorang debitur yang dinyatakan lalai dapat membawa akibat kerugian pada dirinya, karena sejak itu si debitur berkewajiban mengganti kerugian dikarenakan perbuatannya, sehingga si Kreditur dapat menuntut kepada debitur berupa:

- 1) Pemenuhan perikatan.
- 2) Pemenuhan perikatan dengan ganti rugi.
- 3) Ganti rugi.
- 4) Pembatalan persetujuan timbal balik.
- 5) Pembatalan dengan ganti rugi.¹¹⁷

¹¹⁶ 48 R. Setiawan, *Loc cit*, Hlm.18

¹¹⁷ *Ibid.*, hlm 18

Di dalam tuntutan ganti rugi karena wanprestasi ketentuan yang dipakai adalah Pasal 1365 KUH perdata, pada dasarnya untuk tuntutan karena wanprestasi harus dapat dibuktikan dahulu bahwa kreditur telah menderita kerugian dan beberapa jumlah kerugian itu.

Dalam Pasal 1246 KUH Perdata disebutkan bahwa faktor-faktor yang dapat menentukan tuntutan ganti rugi karena wanprestasi yaitu:

- a. Kerugian yang nyata diderita.
- b. Keuntungan yang harus diperoleh.

Berdasarkan uraian-uraian tersebut diatas apabila ganti rugi ditafsirkan secara luas yaitu suatu perjanjian atau perikatan yang diadakan antara debitur dan kreditur yang mengikat secara hukum dimana salah satu pihak (debitur) melakukan kelalaian atau alpa karena sesuatu hal tertentu yang karena keadaan memaksa yang menyebabkan pihak lain (kreditur) mengalami kerugian dan dengan kejadian itu pihak yang merasa dirugikan dapat menuntut pemenuhan prestasinya.

Pengertian ganti rugi berdasarkan Pasal 1 angka (10) Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 99 Tahun 2014, Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, menyebutkan bahwa “Ganti Kerugian adalah adalah penggantian yang layak dan adil kepada pihak yang berhak dalam proses pengadaan tanah”. Jadi istilah ganti rugi dimaksud dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum berbeda dengan pengertian ganti rugi sebagai akibat dari ingkar janji dan atau akibat suatu perbuatan melanggar hukum.

2. Bentuk dan Dasar Ganti Rugi dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum

Sebagaimana diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 99 Tahun 2014 tentang Perubahan Peraturan Presiden Nomor 40 Tahun 2014 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, Pasal 74, bentuk ganti rugi dapat berupa:

- a. Uang
- b. Tanah pengganti
- c. Permukiman kembali
- d. Kepemilikan saham, atau
- e. Bentuk lain yang disetujui oleh kedua belah pihak

Sedangkan Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum Yang Luasnya Kurang Dari Satu Hektar menurut Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 2007 Pasal 59 ayat:

- (1) Bentuk dan/atau besarnya ganti rugi pengadaan tanah secara langsung ditetapkan berdasarkan musyawarah antara instansi pemerintah yang memerlukan tanah dengan pemilik.
- (2) Musyawarah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berpedoman pada NJOP atau nilai nyata/sebenarnya dengan memperhatikan NJOP tahun berjalan di sekitar lokasi.

Sebagaimana mana tersebut maka penuliskan menguraikan pendapat John Salindeho mengenai pengertian harga dasar dan harga umum setempat atas tanah yang terkena pembebasan hak atas tanah.¹¹⁸

Karena dikatakan Harga dasar atau NJOP maka harus menjadi dasar untuk menentukan harga tanah/uang ganti rugi untuk tanah. Sedangkan harga umum setempat diartikan suatu harga tanah yang terdapat secara umum dalam rangka transaksi tanah di suatu tempat.¹¹⁹ Boleh dikata harga umum yaitu setempat atau harga pasaran adalah hasil rata-rata harga penjualan pada suatu waktu tertentu, sedangkan tempat berarti suatu wilayah/lokasi di dalam suatu kabupaten/kota dapat saja bervariasi menurut keadaan tanah, harga dasar yang tumbuh dari dan berakar pada harga umum setempat, ditinjau harga umum tahun berjalan.

Sehubungan dengan hal tersebut, maka perlu kiranya dikemukakan pendapat Boedi Harsono yaitu bahwa hak milik atas tanah yang diperlukan itu dilepaskan oleh pemiliknya setelah ia menerima uang ganti kerugian dari

¹¹⁸ John Salindeho, *Op cit.* Hlm 61

¹¹⁹ Ten Haar, dikutip dari John Salindeho, *Masalah Tanah Dalam Pembangunan* (Jakarta, Sinar Grafika 1987), hlm 62

pihak yang mengadakan pembebasan, ganti rugi tersebut sudah barang tentu sama dengan harga tanah sebenarnya.¹²⁰ Jadi jelas bahwa pengertian uang ganti itu sama dengan harga tanah.

Dari uraian tersebut yang menjadi substansi ganti rugi harus didasarkan diantaranya;

- i. didasarkan pada produk hukum putusan yang bersifat mengatur
- ii. ganti rugi baru dapat dibayarkan setelah diperoleh hasil keputusan final musyawarah
- iii. mencakup bidang tanah, bangunan serta tanaman yang dihitung berdasarkan tolok- ukur yang telah disepakati
- iv. wujud ganti rugi: uang dan/atau tanah pengganti dan/atau pemukiman kembali, gabungan atau bentuk lain yang disepakati para pihak

I. Kerangka Pikir Buku

Teori yang digunakan sebagai dasar penelitian ini adalah Teori Keadilan, dan konsep Tanah Dalam Hukum Adat dan Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum sebagai *grand theory*, teori Negara Hukum, dan Konsep Pelepasan Hak Atas Tanah Untuk Kepentingan Umum sebagai *middle theory* dan Teori Kepastian Hukum, dan Teori Perlindungan Hukum dan Konsep Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah, Konsep Ganti Rugi Hak Atas Tanah Untuk Kepentingan Umum digunakan sebagai *applied theory*.

Teori Keadilan digunakan sebagai teori dasar untuk menganalisis landasan filosofis terkait dengan perlindungan hukum negara terhadap tanah masyarakat hukum adat. Hal ini penting karena sebelum terbentuknya hukum negara, masyarakat hukum adat sudah mempunyai hukumnya sendiri yaitu hukum kebiasaan yang hidup dalam masyarakat hukum adat. Teori dan konsep ini juga digunakan sebagai pisau analisis untuk menjawab permasalahan yang pertama yaitu filosofis perlindungan hak milik masyarakat hukum adat.

Teori Negara Hukum dijadikan sebagai dasar analisis untuk melihat bagaimana tindakan pemerintah dalam melaksanakan wewenangnya terkait dengan pemanfaatan/pengadaan tanah masyarakat hukum adat bagi pemba-

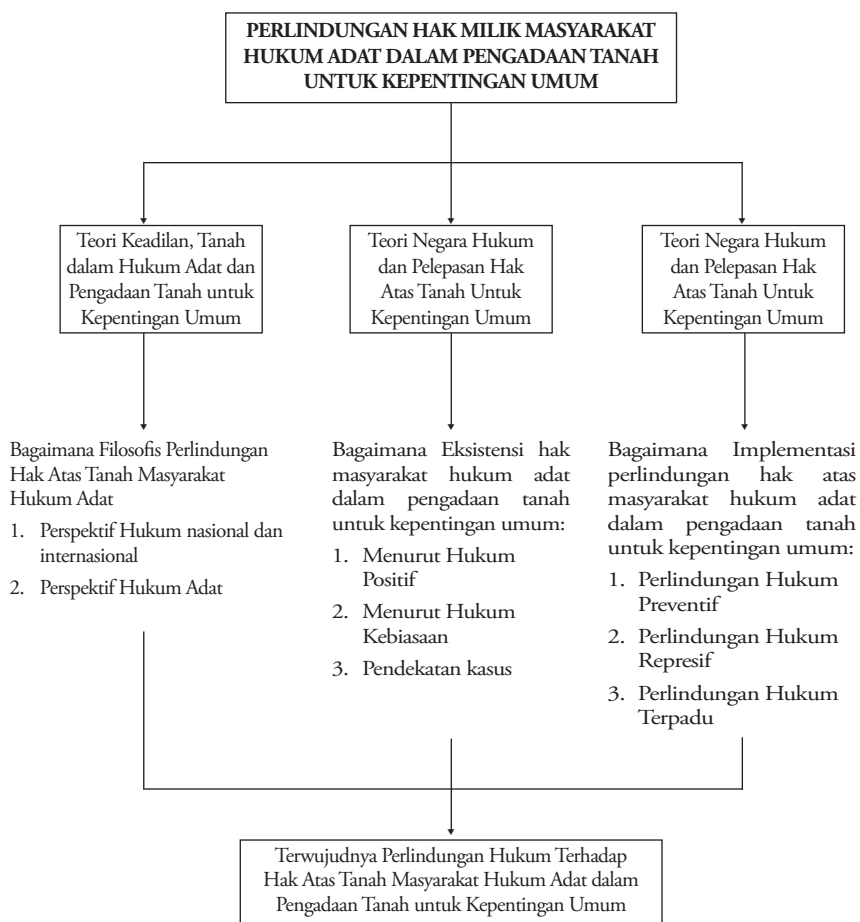
¹²⁰ Boedi Harsono, dikutip dari John Salindeho, *op cit*, hlm 66

ngunan untuk kepentingan umum. Teori dan konsep ini juga digunakan sebagai pisau analisis untuk menjawab permasalahan yang kedua yaitu eksistensi hak milik masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

Teori Kepastian Hukum dan Perlindungan Hukum digunakan sebagai landasan teoritis untuk mengkaji permasalahan penelitian yang berkaitan dengan tanggung jawab negara dalam rangka memberikan perlindungan kepada seluruh masyarakat dan masyarakat hukum adat. Teori dan konsep ini juga digunakan sebagai pisau analisis untuk menjawab permasalahan yang ketiga yaitu implementasi perlindungan hak milik masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

Dengan demikian, diharapkan dengan 3 (tiga) pendekatan teori dan konsep tersebut negara dapat memberikan jaminan perlindungan hukum kepada masyarakat dan masyarakat hukum adat dalam kaitan dengan pengadaan tanah masyarakat hukum adat bagi pembangunan untuk kepentingan umum.

J. Skema Kerangka Pikir



K. Definisi Operasional

1. Hukum adat adalah hukum asli bangsa Indonesia. Sumbernya adalah peraturan-peraturan hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dan dipertahankan dengan kesadaran hukum masyarakatnya. Karena peraturan-peraturan ini tidak tertulis dan tumbuh kembang, maka hukum adat memiliki kemampuan menyesuaikan diri dan elastis.
2. Masyarakat hukum adat yaitu sekelompok orang yang terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum karena kesamaan tempat tinggal ataupun atas dasar keturunan.

3. Tanah Adat atau ulayat adalah bidang tanah yang di atasnya terdapat hak ulayat dari suatu masyarakat hukum adat tertentu.
4. Hak ulayat adalah kewenangan, yang menurut hukum adat, dimiliki oleh masyarakat hukum adat atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan warganya, di mana kewenangan ini memperbolehkan masyarakat untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah, dalam wilayah tersebut bagi kelangsungan hidupnya. Masyarakat dan sumber daya yang dimaksud memiliki hubungan secara lahiriah dan batiniah turun temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan.
5. Negara hukum adalah sebuah negara yang melindungi hak asasi manusia, menghormati hak-hak individu, memberikan perlindungan dan jaminan hukum atas martabat kemanusiaannya.
6. Perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum
7. Pengadaan Tanah adalah kegiatan menyediakan tanah dengan cara mengganti kerugian yang layak dan adil kepada pihak yang berhak
8. Kepentingan umum adalah kepentingan masyarakat sebagai keseluruhan yang memiliki ciri tertentu, antara lain menyangkut semua sarana umum bagi berjalannya kehidupan yang beradab.

Sesuai dengan permasalahan dan tujuan penelitian dari penelitian ini, maka tipe penelitian yang akan digunakan adalah penelitian hukum normatif, yakni suatu penelitian yang terutama mengkaji ketentuan-ketentuan hukum positif, asas-asas hukum, prinsip-prinsip hukum maupun doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.¹²¹

Penelitian di bidang pertanahan dalam hal ini perlindungan hak atas tanah masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum dilakukan dalam rangka menganalisis dan menemukan jawaban

¹²¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media, Cet. I, Jakarta, 2005. h. 35.

apakah dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, hak atas tanah masyarakat hukum adat mendapat perlindungan hukum berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. secara yuridis formal sebagaimana telah ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 dalam penelitian ini penulis mengkaji pelaksanaan pengadaan tanah untuk kepentingan umum terhadap hak atas tanah masyarakat hukum adat dan pendekatan masalah yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) serta pendekatan kasus (*case approach*).¹²²

Pendekatan yang utama dalam penelitian ini adalah pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konsep (*conceptual approach*), serta pendekatan kasus (*case approach*), hal tersebut mengingat pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*) sebagai dasar hukum dalam menganalisis permasalahan dalam penelitian ini yang dikuatkan dengan pendekatan konsep (*conceptual approach*) untuk memperoleh argumentasi hukum dalam menjawab permasalahan. Sedangkan pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus berkaitan dengan isu/permasalahan yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.

Bahwa yang menjadi kajian pokok di dalam pendekatan kasus adalah *ratio decidendi* atau *reasoning* yaitu pertimbangan pengadilan untuk sampai kepada suatu putusan.

L. Sumber dan Olah Data

Buku ini merupakan kajian hukum normatif yang didasarkan pada bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer yang dimaksud dalam bentuk: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor IX/MPR/2001 Tentang Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan

¹²² Peter Mahmud Marzuki, *Ibid.* h. 93

Sumber Daya Alam, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 104, Tambahan Lembaran Republik Indonesia Nomor 2171), Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961 tentang Pencabutan Hak-Hak Atas Tanah dan Benda-Benda di Atasnya (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1961 Nomor 104, Tambahan Lembaran Republik Indonesia Nomor 2171), Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3886), Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan (*International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*) (Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya), (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 118, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4557), Undang-Undang Republik Indonesia Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 5, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4959), Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 140, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5059), Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5495), Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 18, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6414), Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 156), Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 40 tahun 2014 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun

2014 Nomor 94), Peraturan Kepala Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 2012 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Pengadaan Tanah. Bahan hukum sekunder meliputi bahan-bahan yang mendukung bahan hukum primer seperti buku-buku teks, artikel dalam berbagai majalah ilmiah atau jurnal hasil penelitian di bidang hukum, makalah-makalah yang disampaikan dalam berbagai bentuk pertemuan seperti diskusi, seminar, lokakarya, dan lain-lain.

Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan dikumpulkan dengan melakukan kode inventarisasi dan kategorisasi. Bahan hukum sekunder dikumpulkan dengan sistem kartu catatan (*card system*), baik dengan kartu ikhtisar (memuat ringkasan tulisan sesuai aslinya, secara garis besar dan pokok karangan yang memuat pendapat asli penulis); kartu kutipan digunakan untuk memuat catatan pokok permasalahan), serta kartu ulasan (berisi analisis dan catatan khusus penulis).

Bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang telah dikumpulkan (inventarisasi) kemudian dikelompokkan. Hal ini kemudian dikaji dengan pendekatan perundang-undangan untuk memperoleh gambaran taraf sinkronisasi dari semua bahan hukum.

Bahan hukum yang telah diklasifikasi dan disistematisasi tersebut dipelajari, dikaji dan dibandingkan dengan teori dan prinsip hukum yang dikemukakan oleh para ahli, untuk akhirnya dianalisis secara normatif.

Dalam pengolahan dan analisa bahan hukum, penggunaan tipe penelitian hukum normatif digunakan untuk berupaya menjawab permasalahan filosofis perlindungan hak atas tanah masyarakat hukum adat, maupun untuk menjawab permasalahan eksistensi hak atas tanah masyarakat hukum adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, dan Implementasi Perindungan Hak Atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

Analisis bahan hukum dengan menggunakan tipe penelitian hukum normatif dimaksudkan untuk mendapatkan gambaran yang lebih optimal berkaitan dengan perlindungan hukum atas hak masyarakat hukum adat jika dilakukan pengadaan tanah untuk kepentingan umum.

BAB III

PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT ATAS TANAH

A. Landasan Filosofi Perlindungan Hak Atas Tanah dalam Perspektif Hukum Nasional

Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan terhadap subyek hukum dalam bentuk perangkat hukum baik yang bersifat preventif maupun yang bersifat represif, baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Dengan kata lain perlindungan hukum sebagai suatu gambaran dari fungsi hukum, yaitu konsep dimana hukum dapat memberikan suatu keadilan, ketertiban, kepastian, kemanfaatan dan kedamaian.

Dalam Perundang-undangan telah dirumuskan arti perlindungan hukum sebagaimana Penjelasan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 40 tahun 1999 tentang Pers, perlindungan hukum adalah jaminan perlindungan pemerintah dan atau masyarakat kepada warga negara dalam melaksanakan fungsi, hak, kewajiban, dan peranannya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, juga dalam Pasal 1 angka 4 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga, disebutkan perlindungan adalah segala upaya yang ditujukan untuk memberikan rasa aman kepada korban yang dilakukan oleh pihak keluarga, advokat, lembaga sosial, kepolisian, kejaksaan, pengadilan, atau pihak lainnya baik sementara maupun berdasarkan penetapan pengadilan.

Berdasarkan pengertian dalam perundang-undangan sebagaimana disebutkan di atas, maka suatu perlindungan dapat dikatakan sebagai perlindungan hukum apabila mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

1. adanya pengayoman dari pemerintah terhadap warganya.
2. adanya Jaminan kepastian hukum.
3. berkaitan dengan hak-hak warganegara.
4. adanya sanksi hukuman bagi pihak yang melanggarnya.

Dalam hubungannya dengan filosofi perlindungan hak masyarakat hukum adat atas tanah, akan diawali dengan menjelaskan bagaimana pentingnya hak masyarakat hukum adat atas tanah. Hak Masyarakat Hukum Adat atas tanah menjadi penting bagi setiap masyarakat hukum adat. Oleh karena argumentasi politik dan moral masyarakat saat ini menuntut adanya peran masyarakat hukum adat dalam menguasai dan memanfaatkan tanah-tanah yang di kenal sebagai tanah adat.

Filosofi tentang Tanah Adat mengedepankan nilai dari pola-pola pikir tentang Hak Adat. Ada sejumlah nilai dan keyakinan yang membentuk makna dari Hak Adat tersebut. Nilai-nilai dalam masyarakat hukum adat perlu dipahami dengan baik sehingga penerapan nilai-nilai ke dalam substansi hak tertentu seperti hak ulayat di samping hak-hak lainnya dapat dikenali.¹²³

Konsep tanah secara filosofis menurut Hukum Adat adalah benda berjiwa yang tidak boleh dipisahkan persekutuannya dengan manusia. Tanah dan manusia walaupun berbeda wujud dan jati diri namun merupakan satu kesatuan yang saling mempengaruhi dalam jalinan susunan keabadian tata alam besar (*macro cosmos*) dan tata alam kecil (*micro cosmos*). Menurut Herman Soesangobeng,¹²⁴ filosofi adat tentang tanah adalah asas-asas pokok yang merupakan pandangan hidup masyarakat Indonesia tentang tanah. Pandangan hidup (filosofi) itu bila didefinisikan dapat menjadi dasar-dasar pokok pandangan hidup yang bersumber pada tradisi dan kebiasaan yang masih dipatuhi masyarakat tentang apa yang patut dan adil dalam hubungan penguasaan serta pemilikan tanah. Dalam rumusan ini tampak bahwa hakekat dari pandangan hidup ini adalah pada arti dan makna “hubungan” antara manusia dengan tanahnya. Dalam hal ini, hubungan antara manusia dengan tanahnya merupakan sesuatu yang tetap bahkan dipandang abadi sedangkan penggunaan, pemanfaatan, penguasaan dan pemilikan atas tanah adalah hal yang dapat berubah-ubah dan bisa dilembagakan sesuai dengan tuntutan perkembangan masyarakat.

¹²³ Adonia I Laturette, *Hak Ulayat Dalam Hukum Tanah Nasional*, Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2011, hal 37.

¹²⁴ Herman Soesangobeng, *Konteksualisasi Filosofi Adat Tentang Tanah Dan Penerapannya Setelah UU No. 5/1960 Serta Advokasi Pertahanan Di Indonesia*, makalah, aktatiga, bandung, tanggal 21 Februari 1998, hal 4.

Kehidupan masyarakat di Maluku sebagiannya tergantung dengan tanah. Tanah dengan segala sumber dayanya adalah bagian yang tidak terlepas pisahkan dari kehidupan manusia sehari-hari. Ikatan spiritual dan kultural antara masyarakat hukum adat dengan tanah inilah yang kemudian menjadi ciri yang paling menonjol yang membedakan antara masyarakat hukum adat dengan masyarakat yang lain. Masyarakat adat tidak hanya memandang tanah hanya sebatas sebagai barang ekonomi saja.

Sebagian besar tanah-tanah di Maluku adalah tanah adat yang tunduk atau dikuasai oleh hak pertuanan dari desa atau negeri dimaksud. Batas-batas pertuanan suatu negeri/desa adat di Maluku biasanya bukan hanya dalam ruang lingkup tanah tempat tinggal atau kebun tempat berusaha saja melainkan juga meliputi hutan, sungai dan segala hasil yang terdapat di dalamnya. Pada umumnya batas-batas dari suatu wilayah pertuanan sebuah desa adat ditandai dengan tanda alam misalnya tanda batas alam berupa aliran sungai, gunung atau bukit, bebatuan, hutan, dan lain-lain.

Dalam kenyataan antara masyarakat hukum adat dengan tanah yang didudukinya mempunyai hubungan yang erat sekali dan tidak dapat lepas-pisahkan. Hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah melahirkan Hak Adat, hubungan hukum antara negara dengan tanah melahirkan hak menguasai tanah oleh negara sedangkan hubungan antara perorangan dengan tanah melahirkan hak-hak perorangan atas tanah. Hubungan ketiga hak tersebut terjalin secara harmonis dan seimbang, artinya ketiga hak itu mempunyai kedudukan dan kekuasaan yang sama dan tidak saling merugikan. Dapat dikemukakan bahwa makna hubungan antara manusia dengan tanah adalah sesuatu yang tetap dan abadi sedangkan penggunaan, pemanfaatan, penguasaan dan kepemilikan dapat saja berubah-ubah sesuai dengan perkembangan dalam masyarakat. Hubungan manusia dengan tanah sangatlah kuat, harus di ingat bahwa hukum agrarian nasional Indonesia didasarkan pada Hukum Adat, jadi filsafat Hukum Adat digunakan. Pandangan filsafat tanah mempunyai hubungan dengan manusia itu sangat penting artinya. Sebab apabila manusia tidak mempunyai tanah maka dia dianggap tidak sempurna, manusia itu berasal dari tanah dan akan kembali ke tanah. Tingkah laku dan peri kehidupan manusia harus bercorak tanah, yakni penuh kesabaran.

Paham filsafat tanah sebagaimana disebutkan di atas yang menyebabkan bangsa Indonesia memberontak terhadap Belanda zaman penjajahan dan hal ini dapat berlaku terhadap siapa saja yang ingin mendominasi tanah akan dimusuhi.

Hubungan manusia dengan tanah merupakan tonggak demokrasi Indonesia. Seseorang tidak mempunyai tanah biasanya tidak dapat memberikan suara dalam rapat kelompok atau desa karena dianggap tidak sempurna. Itulah sebabnya Hukum Adat sangat kuat pengaruhnya dalam hal tanah di Indonesia.

Koesnoe¹²⁵, menggambarkan suatu mitos rakyat tentang manusia dan tanah lingkungannya, yaitu dimulai dari adanya dua fenomena, yang satu sama lain berlainan secara prinsipil. Kedua fenomena tersebut yaitu, pertama adalah langit, dan yang kedua adalah bumi atau tanah, langit merupakan bapak alam semesta dan bumi adalah merupakan ibunya. Perkawinan langit dan bumi, sama artinya dengan perkawinan bapak dengan ibu, dari perkawinan itu menghasilkan anak-anak. Anak-anak adalah segala apa yang ada di atas bumi antara lain benda-benda mati, tumbuh-tumbuhan, segala macam jenis binatang yang diantaranya ialah yang berjenis manusia.

Dalam mitos itu dapat dijumpai adanya pandangan tentang bagaimana hubungan manusia dengan tanah lingkungannya dimana dia hidup dan menjalani kehidupannya serta apa dan bagaimana hubungan manusia dengan segala apa yang ada di dalam lingkungan dimana manusia hidup dan menjalani hidupnya. Dalam mitos ini jelas tergambar bahwa bumi atau tanah dimana dia dilahirkan dan hidup serta menjalani kehidupannya dipandang sebagai ibunya, segala apa yang ada di sekelilingnya adalah anak-anaknya dari ibu dan bapaknya.

Berdasarkan gambaran di atas dapat dijumpai adanya pandangan tentang bagaimana hubungan manusia dengan tanah dan lingkungan dimana dia hidup dan menjalani kehidupannya. Jelas terlihat Koesnoe dalam pandangannya ingin menggambarkan lewat mitos tersebut tentang hubungan tanah dengan manusia, ialah bagaimana pandangan rakyat kita terhadap tanah dimana

¹²⁵ Moh. Koesnoe, *Kapita Selekta Hukum Adat Suatu Pemikiran Baru*, Varia Peradilan Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2002, hal 110

mereka dilahirkan, dibesarkan dan menjalani kehidupannya, bagaimana mereka memandang tanah dan artinya bagi mereka. Adanya suatu sikap batin yang menunjukkan tentang kemesraan hubungan antara rakyat dengan tanah lingkungan dimana mereka tinggal dan hidup atasnya tanah dipahami secara luas meliputi semua unsur, bumi, air, udara, kekayaan alam serta manusia, maupun roh-roh yang di anggap mempunyai kekuatan supranatural terjalin secara utuh dan mencakup keseluruhannya, sehingga dapat dipahami bahwa ada hubungan antara tanah dengan unsur-unsur yang telah dikemukakan.

Dengan demikian konsep tanah dalam Hukum Adat mencakup unsur-unsur seperti dalam konsep sumber daya alam yaitu meliputi :

1. Hubungan dengan permukaan bumi termasuk air
2. Hubungan dengan udara dan ruang angkasa
3. Hubungan dengan kekayaan alam dan tubuh bumi
4. Hubungan dengan roh-roh (supranatural)
5. Hubungan antara sesama manusia sebagai pusat

Hubungan pertalian seperti dikemukakan di atas dirasakan dan berakar dalam alam pikirannya serba berpasangan (*participerend denken*) dan seharusnya dianggap sebagai pertalian hukum (*rechts betrekking*) umat manusia terhadap tanah.¹²⁶ Maksudnya, suatu cara pandang dimana orang melihat tanah dan alam sekitarnya termasuk roh-roh, sebagai sama dan serupa dengan dirinya sendiri sehingga saling bertaut erat satu dengan lainnya. Dengan demikian tanah dan masyarakat hukum adat yang berada di atasnya mempunyai ketertarikan antara satu dengan yang lainnya, walaupun keduanya dapat dibedakan secara nyata. Apabila terjadi pemisahan antara manusia dengan tanah dapat merusak hubungan magis antara keduanya. Manusia mampu dan mau menjadikan tanah untuk mendapatkan kehidupan baik secara material (makan dan minum) maupun secara immaterial (spiritual) karena itu tanah juga bersifat sakral sehingga setiap tindakan di atasnya membutuhkan tindakan magis-religius. Oleh sebab itu tanah dalam pandangan masyarakat hukum adat dilihat sebagai suatu hubungan antara manusia dengan tanah

¹²⁶ B. Ter Haar- K.Ng. Soebekti Poesponoto (penterjemah) *Asas-Asas Dan Susunan Hukum Adat*. Pradnya Paramita, Jakarta, 1999, hal 49

yang bersifat magis dan tidak dapat dilenyapkan. Hubungan dan keterikatan seperti ini dalam konteks filosofi adat di kenal dengan istilah hak milik dan istilah hak lain dalam hukum adat berdasarkan istilah hukum adat di daerah tersebut.

Dalam literatur ilmu hukum, Istilah Hukum Adat merupakan terjemahan dari istilah Belanda : “Adat-*Recht*”, yang pertama kali dikemukakan oleh Snouck Hurgronje yang kemudian dipakai dalam bukunya : “De Atjehers” (orang-orang Aceh). Istilah “Adat-Recht” ini kemudian dipakai pula oleh: Cornelis van Vollenhoven yang menulis buku-buku dan memberikan pandangan tentang Hukum Adat dalam 3 jilid yaitu: “Het Adat-Recht van Nederlandsch Indie” (Hukum Adat Hindia-Belanda).¹²⁷

Menurut Cornelis van Vollenhoven, Hukum adat adalah “himpunan peraturan tentang perilaku yang berlaku bagi orang pribumi dan Timur Asing pada satu pihak mempunyai sanksi (karena bersifat hukum), dan pada pihak lain berada dalam keadaan tidak dikodifikasikan (karena adat)”.¹²⁸

Menurut B. Ter Haar Bzn, Hukum adat adalah “keseluruhan aturan yang menjelma dari keputusan-keputusan para fungsionaris hukum (dalam arti luas) yang memiliki kewibawaan serta pengaruh dan yang dalam pelaksanaannya berlaku serta merta dan ditaati dengan sepenuh hati”.

Menurut Soekanto, hukum adat adalah “kompleks adat-adat yang kebanyakan tidak dicitakan, tidak dikodifikasikan dan bersifat paksaan memiliki sanksi (dari hukum itu)”.

Menurut Bushar Muhammad, hukum adat adalah : hukum yang mengatur tingkah laku manusia Indonesia dalam hubungan satu sama lain baik yang merupakan keseluruhan kelaziman, kebiasaan dan kesusilaan yang benar-benar hidup di masyarakat adat karena dianut dan dipertahankan oleh anggota masyarakat itu, maupun yang merupakan keseluruhan peraturan-peraturan yang menguasai sanksi atas pelanggaran yang ditetapkan dalam keputusan para penguasa adat mereka yang mempunyai kewibawaan dan berkuasa memberi keputusan dalam masyarakat adat itu yaitu dalam keputusan

¹²⁷ Iman Sudiyat, *Asas-Asas Hukum Adat*, Liberty, Yogyakarta, 2000, hlm. 1.

¹²⁸ Cornelis van Vollenhoven, *Orientasi dalam Hukum Adat Indonesia*, Jembatan kerjasama dengan Inkultra Foudation inc., Jakarta, 1983, hlm.14.

lurah, penghulu, wali tanah, kepala adat dan hakim. Tanah adalah suatu hak yang tidak lepas dari kehidupan manusia.

Bagi masyarakat hukum adat, tanah merupakan tempat untuk mencari nafkah, mendirikan rumah atau tempat kediaman, dan juga menjadi tempat dikuburnya orang pada waktu meninggal. Makna tanah bagi manusia adalah hal yang sangat diperlukan manusia. Supaya ada kejelasan hak antara satu sama lain pihak, maka diperlukanlah aturan-aturan yang mengatur hubungan antara manusia dengan tanah. Aturan-aturan atau kaidah-kaidah yang menghubungkan manusia dengan tanah ini, selanjutnya disebut hukum tanah.

Menurut hukum adat di Indonesia, ada 2 (dua) macam hak yang timbul atas tanah, antara lain yaitu :

- a. Hak persekutuan, yaitu hak yang dimiliki, dikuasai, dimanfaatkan, dinikmati, diusahai oleh sekelompok manusia yang hidup dalam suatu wilayah tertentu yang disebut dengan masyarakat hukum (persekutuan hukum). Lebih lanjut, hak persekutuan ini sering disebut dengan hak ulayat, hak purba, hak komunal, atau *beschikingsrecht*.
- b. Hak perseorangan, yaitu hak yang dimiliki, dikuasai, dimanfaatkan, dinikmati, diusahai oleh seseorang anggota dari persekutuan tertentu. Secara umum, Prof. Ter Haar Bzn mengatakan bahwa hubungan antara hak persekutuan dengan hak perseorangan adalah dengan hak perseorangan adalah seperti "teori balon" Artinya, semakin besar hak persekutuan, maka semakin kecil hak perseorangan. Dan sebaliknya, semakin kecil hak persekutuan, maka semakin besarlah hak perseorangan. Hubungan diantara keduanya bersifat kembang kempis.

Ter Haar Bzn mengatakan bahwa : ¹²⁹

"Hukum tanah adat dalam hal hak persekutuan atau hak pertuanan dapat dilihat dengan jelas bahwa umat manusia itu ada yang berdiam di suatu pusat tempat kediaman yang selanjutnya disebut masyarakat desa atau mereka ada yang berdiam secara tersebar di pusat - pusat kediaman

¹²⁹ Mr. B. Terhaar Bzn, *Asasa-asas dan Susunan Hukum Adat*, Pradya Paramita, Jakarta, 1981, hlm. 71.

yang sama nilainya satu sama lain, di suatu wilayah yang terbatas, maka dalam hal ini merupakan suatu masyarakat wilayah”

Selain Hak perseorangan yang dikenal dalam hukum adat, ada juga Asas-Asas Hukum Adat yang mengatur tentang hak Masyarakat Hukum Adat, antara lain:

a. Asas kenasionalan.

Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria mengatakan bahwa “seluruh wilayah Indonesia adalah kesatuan tanah-air dari seluruh rakyat Indonesia, yang bersatu sebagai bangsa Indonesia”.

b. Asas pada tingkat tertinggi, bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara.

Asas ini didasari pada Pasal 2 ayat (1) UUPA. Sesuai dengan pendirian tersebut, perkataan “dikuasai” di sini bukan berarti dimiliki, akan tetapi adalah pengertian yang memberikan wewenang kepada Negara sebagai organisasi kekuasaan bangsa Indonesia pada tingkatan yang tertinggi untuk:

- 1) Mengatur dan menyelenggarakan peruntukkan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air, ruang angkasa dan kekayaan alam.
- 2) Menentukan dan mengatur hak dan kewajiban yang dapat dipunyai atas bumi, air, ruang angkasa dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya yang ditimbulkan dari hubungan kepentingan orang dan unsur agraria itu.
- 3) Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum terkait bumi, air, ruang angkasa dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya.

c. Asas mengutamakan kepentingan nasional dan negara yang berdasarkan atas persatuan bangsa dari pada kepentingan perseorangan atau golongan. Dapat dilihat dalam Pasal 3 UUPA, sekalipun hak ulayat atau hak masyarakat hukum adat (tanah bersama menurut hukum adat) masih diakui keberadaannya dalam sistem Hukum Agraria Nasional,

akan tetapi karena pelaksanaannya berdasarkan asas ini, maka untuk kepentingan pembangunan, masyarakat hukum adat tidak dibenarkan untuk menolak penggunaan tanah untuk pembangunan dengan dasar hak ulayatnya. Sehingga Negara memiliki hak untuk membuka tanah secara besar-besaran, misalnya untuk kepentingan transmigrasi, area pertanian baru dan alasan lain yang merupakan kepentingan Nasional.

- d. Asas semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial.

Asas ini tertulis dalam Pasal 6 UUPA, berarti bahwa hak atas tanah apapun yang ada pada seseorang, tidak dapat dibenarkan bila digunakan (atau tidak dipergunakan) semata-mata untuk kepentingan pribadinya, terutama apabila hal tersebut menimbulkan kerugian bagi masyarakat.

- e. Asas hanya Negara Indonesia yang mempunyai hak milik atas tanah.

Asas ini dapat ditemui dalam Pasal 21 ayat (1) UUPA. Hak milik adalah hak tertinggi yang dapat dimiliki individu dan berlaku selamanya. Hak milik tidak dapat dipunyai oleh orang asing. Asas ini tidak mencakup warga Negara Indonesia yang menikah dengan orang asing. Karena saat menikah terjadi percampuran harta, sehingga pasangan warga Negara Indonesia yang memiliki hak milik akan kehilangan haknya. Untuk mengatasi hal tersebut dapat dibuat perjanjian pra-nikah yang menyatakan pemisahan harta.

- f. Asas persamaan bagi setiap Warga Negara Indonesia.

Sesuai dengan Pasal 9 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria mengatakan bahwa “tiap warga negara Indonesia, baik laki-laki maupun perempuan mempunyai kesempatan yang sama untuk memperoleh suatu hak atas tanah serta untuk mendapat manfaat dan hasilnya, baik bagi diri sendiri maupun keluarganya”.

- g. Asas tanah pertanian harus dikerjakan atau diusahakan secara aktif oleh pemiliknya sendiri dan mencegah cara-cara yang bersifat pemerasan.

Asas ini terdapat pada Pasal 10 ayat (1) UUPA. Munculnya kegiatan *land reform* atau *agrarian reform*, yaitu perombakan mengenai pemilikan dan penguasaan tanah. Sehingga tanah yang dimiliki atau dikuasai seseorang

tetapi tidak digunakan sebagaimana mestinya dapat digunakan untuk hal-hal yang bermanfaat.

- h. Asas tata guna tanah/penggunaan tanah secara berencana.

Hal ini tertulis dalam Pasal 14 ayat (1) UUPA. Untuk mencapai apa yang menjadi cita-cita bangsa dan Negara Indonesia dalam bidang agraria, perlu adanya suatu rencana mengenai peruntukkan, penggunaan dan persediaan bumi, air, dan ruang angkasa untuk berbagai kepentingan hidup rakyat dan Negara. Rencana ini dibuat dalam bentuk Rencana Umum yang meliputi seluruh wilayah Indonesia, yang kemudian dirinci lebih lanjut menjadi rencana-rencana khusus tiap daerah.

Selain asas-asas di atas, terdapat juga unsur-unsur Hukum Adat di dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria yang menyebutkan bahwa:

“Hukum Agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan Nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam Undang-Undang ini dan dengan peraturan perundangan-undangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama”.

Ketentuan ini mengandung makna, bahwa unsur-unsur hukum adat di bidang pertanahan yang ada di dalam suatu masyarakat hukum adat selama tidak bertentangan dengan ketentuan dan peraturan yang ada dapat dipergunakan dalam rangka pelaksanaan ketentuan-ketentuan Undang-Undang Pokok Agraria tersebut. Unsur-unsur yang penting dalam UUPA yang perlu diperhatikan dan mempunyai kaitan dengan uraian ini lebih lanjut adalah :

- a. Bahwa tidak ada perbedaan tiap-tiap WNI baik laki-laki maupun wanita dalam memperoleh kesempatan untuk mendapatkan sesuatu hak dan manfaat atas tanah
- b. Bahwa UUPA No.5 1960 mengharuskan adanya pendaftaran tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia dalam rangka memberikan jaminan kepastian hukum atas tanah

- c. Bahwa UUPA No.5 1960 membenarkan adanya sistem pemilikan bersama
- d. Perintah penegasan hak-hak atas tanah adat yang telah ada sebelum UUPA No.5 1960 diundangkan (pasal-pasal ketentuan Konversi)

Boedi Harsono mengatakan bahwa:¹³⁰

“Penguasaan tanah dapat dibagi menjadi dua aspek, yaitu aspek yuridis dan aspek fisik. Penguasaan tanah secara yuridis dilandasi oleh suatu hak yang dilindungi oleh hukum dan umumnya memberikan kewenangan kepada pemegang hak untuk menguasai tanah tersebut secara fisik. Meskipun demikian, penguasaan fisik tidak selalu melekat pada pihak yang menguasai secara yuridis. Contohnya adalah tanah yang disewakan. Penguasaan yuridis ada pada pemilik tanah, sedangkan penguasaan fisik ada pada penyewa tanah.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) memuat beberapa tingkatan atau jenjang hak penguasaan atas tanah, yaitu :

- a. Hak Bangsa Indonesia

Mengenai hak Bangsa Indonesia diatur dalam Pasal 1 ayat (1) sampai ayat (3) UUPA. Hak Bangsa Indonesia merupakan hak penguasaan atas tanah yang tertinggi dalam Hukum Tanah Nasional. Hak ini juga menjadi sumber bagi hak-hak penguasaan atas tanah yang lain. Hak Bangsa Indonesia mengandung 2 unsur, yaitu unsur kepunyaan dan unsur tugas kewenangan. Unsur kepunyaan berarti subyek atas hak Bangsa Indonesia ada pada seluruh rakyat Indonesia dan meliputi seluruh wilayah Indonesia.

- b. Hak Menguasai dari Negara

Unsur tugas kewenangan berarti tugas kewenangan untuk mengatur penguasaan dan memimpin pengurusan tanah dilaksanakan oleh Negara. Hak Bangsa Indonesia merupakan sebuah hubungan hukum yang bersifat abadi. Ini berarti selama rakyat Indonesia yang bersatu sebagai

¹³⁰ Boedi Harsono, *Pengusaan Tanah Dalam Hukum Adat*, Pradya Paramita, Jakarta, 1981, hlm. 71

Bangsa Indonesia masih ada dan selama bumi, air dan ruang angkasa Indonesia masih ada pula. Dalam keadaan yang bagaimanapun, tidak ada sesuatu kekuasaan yang akan dapat memutuskan atau meniadakan hubungan tersebut.

Hak menguasai dari Negara diatur dalam Pasal 2 UUPA. Hak ini bersumber dari hak Bangsa Indonesia yang telah diuraikan di atas. Kewenangan yang terdapat di hak menguasai dari Negara merupakan kewenangan yang bersifat publik, sehingga hak ini tidak sama dengan konsep domein yang diberlakukan oleh kolonial Belanda.

Menurut ketentuan Pasal 2 ayat (2) UUPA, hak menguasai dari Negara diberi wewenang untuk:

- 1) Mengatur dan menyelenggarakan peruntukkan, 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. Subyek dari hak menguasai dari Negara adalah Negara Republik Indonesia sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat Indonesia dan meliputi semua tanah yang berada di wilayah Republik Indonesia. Tanah yang belum dihaki dengan hak perorangan disebut tanah yang dikuasai langsung oleh Negara (dalam praktik administrasi disebut tanah Negara), sedangkan tanah yang sudah dihaki hak perorangan disebut tanah hak dengan nama sebutan haknya, misalnya tanah hak milik.

Lebih lanjut tanah Negara dapat dibagi menjadi:

- a) Tanah wakaf;
- b) Tanah hak pengelolaan;
- c) Tanah hak ulayat;
- d) Tanah kaum;
- e) Tanah kawasan hutan;
- f) Tanah-tanah sisanya

c. Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat.

Hak ulayat masyarakat hukum adat diatur dalam Pasal 3 UUPA. Menurut Boedi Harsono, hak ulayat merupakan serangkaian wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat yang berhubungan dengan tanah yang terletak dalam lingkungan wilayahnya. Subyek dari hak ulayat adalah masyarakat hukum adat, baik yang bersifat teritorial (warganya tinggal di wilayah yang sama) maupun yang bersifat genealogik (warganya terikat dengan hubungan darah).

d. Hak-hak Perorangan/Individu.

Hak-hak perorangan terbagi menjadi :

1) Hak-hak Tanah, meliputi :

- a) Hak atas tanah primer, yaitu hak atas tanah yang diberikan oleh negara. Beberapa bentuk dari hak tanah primer adalah Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, yang diberikan oleh negara dan hak pakai yang diberikan oleh negara.
- b) Hak atas tanah sekunder, adalah hak atas tanah yang bersumber dari pihak lain. Beberapa bentuknya adalah Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai yang diberikan oleh pemilik tanah, Hak Gadai, Hak Usaha Bagi Hasil, Hak Menumpang, Hak Sewa dan lain-lain.

Wakaf, Hak jaminan atas tanah, hak tanggungan.

B. Landasan Filosofi Perlindungan Hak Atas Tanah dalam Prespektif Hukum Adat

Philipus M. Hadjon¹³¹ mengemukakan bahwa istilah perlindungan hukum dalam kepustakaan hukum berbahasa Belanda dikenal dengan sebutan "*rechbescherming van de burgers*". Berdasarkan pendapat tersebut dapat disimpulkan bahwa perlindungan hukum berasal dari bahasa Belanda, yakni "*rechbescherming*" dengan mengandung pengertian bahwa dalam kata

¹³¹ (1987)

perlindungan terdapat suatu usaha untuk memberikan hak-hak pihak yang dilindungi sesuai dengan kewajiban yang dilakukan.

Perlindungan hukum merupakan konsep yang universal dari suatu negara hukum. Perlindungan hukum diberikan apabila terjadi pelanggaran maupun tindakan yang bertentangan dengan hukum yang dilakukan oleh pemerintah, baik perbuatan penguasa yang melanggar undang-undang maupun masyarakat yang harus diperhatikannya. Pengertiannya dalam kata perlindungan hukum terdapat suatu usaha untuk memberikan hak-hak yang dilindungi sesuai dengan kewajiban yang harus dilakukan.

Boedi Harsono¹³² mengemukakan bahwa salah satu tujuan UUPA sebenarnya bukan menambah pembatasan atau mengurangi kebebasan individu dalam menentukan peruntukan dan penggunaan tanah yang dipunyainya dan karena itu perlindungan hukum bagi pemegang hak karena hal itu sudah terkandung dalam sifat hakikat hak yang ada padanya. Tujuan UUPA justru akan memperkuat kedudukan individu dalam hubungan dengan masyarakatnya dan anggota masyarakat yang lain yakni dengan menyediakan perangkat peraturan hukum yang tertulis dan memberikan surat tanda bukti pemilikan tanah, melalui penyelenggaraan pendaftaran tanah.

Hukum tanah nasional memberikan perlindungan hukum kepada pemegang hak atas tanah bahwa penggunaan dan pengawasan tanah oleh siapapun dan untuk apapun harus dilandasi dengan hak atas tanah yang disediakan oleh hukum pertanahan nasional. Penguasaan dan penggunaan tanah dilindungi hukum terhadap gangguan-gangguan pihak manapun, baik sesama anggota masyarakat maupun pihak penguasa sekalipun, jika gangguan tersebut tidak berdasarkan landasan hukum. Dengan kata lain, apabila tanah dikuasai oleh pemegang hak secara sah, jika diperlukan untuk pembangunan harus didahului dengan musyawarah terlebih dahulu.

Perlindungan hukum dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, secara garis besar dapat diartikan sebagai penghormatan terhadap hak-hak perorangan atas tanah. Hal ini berkaitan dengan konsekuensi pengakuan negara terhadap tanah seseorang atau suatu masyarakat hukum adat, maka

¹³² Boedi Harsono, *Hukum Agrarian Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi, Dan Pelaksanaanya*, (Jakarta: Djembatan, 2003)hal.302.

negara wajib untuk memberi jaminan kepastian hukum terhadap hak atas tanah tersebut sehingga lebih mudah bagi seseorang untuk mempertahankan haknya terhadap gangguan-gangguan dari pihak lain¹³³.

Berkaitan dengan Hak masyarakat adat atas wilayah tertentu atau yang biasa di sebut sebagai Hak Ulayat, maka pembicaraan itu merujuk pada satuan geografis. Sedangkan jika berbicara tentang hak, maka yang tercakup wewenang-wewenang atau otoritas yang didasarkan pada kemauan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu di atas wilayah Ulayat.¹³⁴ Dengan demikian Hak Ulayat merujuk kepada suatu hubungan antara masyarakat adat dengan wilayah tertentu. Hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah ulayatnya melahirkan Hak Ulayat, dan hubungan antara perorangan atas tanah.¹³⁵ Mengenai hubungan tersebut, Ter Haar¹³⁶ menyatakan :

“hubungan hidup antar umat manusia yang teratur susunannya dan bertalian satu sama lain di satu pihak dan tanah di lain pihak yaitu tanah di mana mereka berdiam, tanah yang memberikan makan mereka, tanah di mana mereka dimakamkan dan yang menjadi tempat kediaman orang-orang halus pelindungnya beserta arwah leluhurnya tanah dimana meresap daya-daya hidup, termasuk hidupnya umat itu dan karenanya tergantung dari padanya, maka pertalian demikian itu yang dirasakan dan berakar dalam alam pikirannya “serba berpasangan” (*participerend denken*) itu dengan seharusnya dianggap sebagai pertalian hukum (*rechtssbetrekking*) umat manusia terhadap tanah.”

Hubungan yang terjalin antara masyarakat hukum adat dengan tanah sebagai suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan sebagai persekutuan hukum. Persekutuan-persekutuan hukum (*rectsgemeenschappen*) yaitu “gerombolan yang teratur bersifat tetap dengan mempunyai kekuasaan sendiri, pula kekayaan sendiri berupa benda yang kelihatan hak dan tidak kelihatan”.¹³⁷ Jelas terlihat bahwa untuk dapat disebut sebagai persekutuan hukum harus

¹³³ (Maria S.W. Sumardjono, 2006: 159).

¹³⁴ Ronald.Z. Titahelu, *Asas-Asas Penguasaan Tanah Ulayat Dalam Sistem Hukum Nasional*, Disampaikan Dalam Kerangka Mempersiapkan Naskah Akademik Peraturan Daerah Kabupaten Halmahera Utara, Provinsi Maluku Utara, Juni 2008

¹³⁵ *Ibid.*, hal.234

¹³⁶ Ter Haar Bzn-K. Ng.Soebakti Poespono, *op.cit*, hal 49.

¹³⁷ *Ibid.*, hal 89.

memenuhi beberapa unsur yakni: 1) adanya keteraturan; 2) mempunyai wilayah tetap; 3) mempunyai kekuasaan sendiri; 4) mempunyai kekayaan sendiri. Berupa benda yang kelihatan maupun tidak.

Hak Ulayat pada dasarnya adalah suatu hak dari persekutuan atas tanah yang didiami, sedangkan pelaksanaannya dilakukan baik oleh persekutuan itu sendiri maupun oleh kepala persekutuan atas nama persekutuan. Pada umumnya wilayah ulayat merupakan suatu wilayah yang di dalamnya terdapat bagian-bagian yang secara alami terwujud dalam satu kesatuan yang saling terkait dan tidak dapat dipisahkan. Dengan kondisi geografis yang terbentuk alami ini, maka yang menjadi objek dari Hak Ulayat ini terdiri dari ruang daratan, perairan yang meliputi danau, sungai dan perairan pesisir maupun laut, tumbuh-tumbuhan yang hidup secara liar (pohon-pohon yang dapat dipergunakan baik untuk kayu bakar atau untuk kebutuhan pertukangan).

Willayah ulayat di satuan-satuan masyarakat hukum adat di Indonesia pada umumnya berada di bentengan darat baik di Kolonial Belanda. Terhadap hal ini ada yang menguntungkan namun juga ada yang merugikan. Pengaruh yang menguntungkan tentunya memberikan perlindungan bagi Hak Ulayat terhadap wilayahnya. Contohnya surat-surat piagam yang dikeluarkan oleh kerajaan-kerajaan yang maksudnya menegaskan batas-batas wilayah persekutuan yang bersangkutan. Hal semacam ini juga terdapat pada pemerintahan kolonial belanda, yaitu dengan diumumkankannya “ordonansi-ordonansi”: seperti desa *ordonantie staatblaad* 1941 No.356 dan marga-*ordonantie staatblaad* 1931 No.6

Hak ulayat masyarakat Hukum Adat diatur dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria, yaitu :

Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan Pasal 2 pelaksanaan hak ulayat dan pelaksanaan hak-hak serupa itu dari masyarakat-masyarakat Hukum Adat, sepanjang menurut kenyataan masih ada, harus sedemikian rupa sehingga 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.

Namun meskipun di dalam Pasal 3 UUPA terdapat istilah “hak ulayat dan hak-hak yang serupa dengan itu”, namun pada dasarnya keberadaan UUPA tidak terperinci mendefinisikan apa yang dimaksud dengan tanah ulayat. Selanjutnya, oleh Van Vollenhoven menamakan hak ulayat sebagai *beschikkingsrecht* yang kemudian diterima oleh umum dan dipakai sampai sekarang. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Van Vollenhoven bahwa yang dimaksud dengan hak ulayat adalah *beschikkingsrecht*, menggambarkan hubungan antara masyarakat hukum dengan tanahnya tersebut. Terdapat dua hal yang menyebabkan sehingga tanah memiliki kedudukan sangat penting dalam hukum adat, yaitu:¹³⁸

- a. karena sifatnya tanah merupakan satu-satunya benda kekayaan yang bersifat tetap dalam keadaannya sebagai benda yang nyata.
- b. karena faktanya bahwa tanah merupakan tempat tinggal dan memberikan penghidupan bagi masyarakat hukum adat, tempat pemakaman leluhurnya, serta tempat roh leluhur masyarakat hukum adat tersebut.

Pengertian terhadap istilah hak ulayat ditegaskan oleh G. Kartasapoetra dan kawan-kawan dalam bukunya Hukum Tanah, Jaminan UUPA Bagi Keberhasilan Pendayagunaan Tanah, menyatakan bahwa:¹³⁹

“Hak ulayat merupakan hak tertinggi atas tanah yang dimiliki oleh sesuatu persekutuan hukum (desa, suku) untuk menjamin ketertiban pemanfaatan/pendayagunaan tanah. Hak ulayat adalah hak yang dimiliki oleh suatu persekutuan hukum (desa, suku), dimana para warga masyarakat (persekutuan hukum) tersebut mempunyai hak untuk menguasai tanah, yang pelaksanaannya diatur oleh ketua persekutuan (kepala suku/kepala desa yang bersangkutan).

Boedi Harsono mengatakan bahwa :¹⁴⁰

“Hak Ulayat merupakan serangkaian wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat, yang berhubungan dengan tanah yang terletak

¹³⁸ Suriyaman Mustari Pide, *Hukum Adat*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2014, hlm.119-120.

¹³⁹ G.Kertasapoetra, R.G Kartasapoetra, AG.Kartasapoetra, A. Setiady, *Hukum Tanah, Jaminan Undang- Undang Pokok Agraria Bagi Keberhasilan Pendayagunaan Tanah*, Bina aksara, Jakarta, 1985, hlm. 88.

¹⁴⁰ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria Isi dan Pelaksanaannya*, Djambatan, Jakarta, 2005, hlm. 190.

dalam lingkungan wilayahnya, yang telah diuraikan di atas merupakan pendukung utama penghidupan dan kehidupan masyarakat yang bersangkutan sepanjang masa. Kewenangan dan kewajiban tersebut masuk dalam bidang hukum perdata dan ada yang masuk dalam bidang hukum publik. Kewenangan dan kewajiban dalam bidang hukum perdata berhubungan dengan hak bersama kepunyaan atas tanah tersebut. Sedangkan dalam hukum publik, berupa tugas kewenangan untuk mengelola, mengatur dan memimpin peruntukan, penguasaan, penggunaan, dan pemeliharannya ada pada Kepala Adat/Ketua Adat.

Konsepsi hak ulayat menurut hukum adat terdapat nilai-nilai komunalistik religius magis yang memberi peluang penguasaan tanah secara individual, serta hak-hak yang bersifat pribadi, namun demikian hak ulayat bukan hak orang-seorang. Sehingga dapat dikatakan hak ulayat bersifat komunal karena hak itu merupakan hak bersama anggota masyarakat hukum adat atas tanah yang bersangkutan. Sifat magis-religius menunjuk kepada hak ulayat tersebut merupakan tanah milik bersama, yang diyakini sebagai sesuatu yang memiliki sifat gaib dan merupakan peninggalan nenek moyang dan para leluhur pada kelompok masyarakat adat itu sebagai unsur terpenting bagi kehidupan dan penghidupan mereka sepanjang masa dan sepanjang kehidupan itu berlangsung.

Dilihat dari sistem hukum tanah adat tersebut, maka hak ulayat dapat mempunyai kekuatan berlaku ke dalam dan ke luar. Ke dalam berhubungan dengan para warganya, sedang kekuatan berlaku ke luar dalam hubungannya dengan bukan anggota masyarakat hukum adatnya, yang disebut orang asing atau orang luar.

Kewajiban utama penguasa adat yang bersumber pada hak ulayat ialah memelihara kesejahteraan dan kepentingan anggota-anggota masyarakat hukumnya, menjaga jangan sampai timbul perselisihan mengenai penguasaan dan pemakaian tanah dan kalau terjadi sengketa ia wajib menyelesaikan. Sedangkan untuk hak ulayat mempunyai kekuatan berlaku ke luar hak ulayat dipertahankan dan dilaksanakan oleh penguasa adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Orang-orang asing, artinya orang-orang yang bukan warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan yang bermaksud mengambil hasil hutan, berburu atau membuka tanah, dilarang masuk lingkungan tanah

wilayah suatu masyarakat hukum adat tanpa ijin penguasa adatnya.

Hak ulayat menunjukkan hubungan hukum antara masyarakat hukum (subjek hak) dan tanah/wilayah (objek hak). Hak ulayat tersebut berisi wewenang untuk :¹⁴¹

- 1) Mengatur dan menyelenggarakan penggunaan tanah (untuk pemukiman, bercocok tanam, dan lain-lain) persediaan (pembuatan pemukiman/persawahan baru dan lain-lain) dan pemeliharaan tanah.
- 2) Mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah (memberikan hak tertentu pada subjek tertentu).
- 3) Mengatur dan menetapkan hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang berkenaan dengan tanah (jual-beli, warisan dan lain-lain).

Isi wewenang hak ulayat tersebut menyatakan, bahwa hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah/wilayahnya adalah hubungan menguasai, bukan hubungan milik sebagaimana halnya dalam konsep hubungan antara negara dengan tanah menurut Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Di dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria nampaknya memberikan pengakuan bersyarat terhadap hak ulayat, yaitu Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak-ulyat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga 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.

Di samping itu, UUPA tidak memberikan kriteria mengenai eksistensi hak ulayat. Namun, dengan mengacu pada pengertian-pengertian fundamental seperti yang di atas, dapat dikatakan bahwa kriteria penentu masih ada atau tidaknya hak ulayat harus dilihat pada tiga hal yakni:

¹⁴¹ Rosmidah. 2010. *Pengakuan Hukum Terhadap Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Hambatan Implementasinya*. Jurnal Ilmu Hukum Vol. 2 No. 4. Diakses : <http://online-journal.unja.ac.id/index.php/jimih/article/view/370>. Tanggal 09 Agustus 2018. 33

- 1) Adanya masyarakat hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu sebagai subyek hak ulayat.
- 2) Adanya tanah/wilayah dengan batas-batas tertentu, sebagai *lebensraum* yang merupakan obyek hak ulayat.
- 3) Adanya kewenangan masyarakat hukum adat untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu.

Dipenuhinya ketiga persyaratan tersebut secara kumulatif, kiranya cukup objektif 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.

Boedi Harsono mengatakan : “Hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah ulayatnya melahirkan hak ulayat, dan hubungan antara perorangan dengan tanah melahirkan hak-hak perorangan atas tanah”.¹⁴² Idealnya hubungan hak menguasai tanah oleh negara, hak ulayat dan hak perorangan atas tanah terjalin secara harmonis dan seimbang. Artinya, ketiga hak itu sama kedudukan dan kekuatannya, dan tidak saling merugikan, namun peraturan perundang-undangan di Indonesia, memberi kekuasaan yang besar dan tidak jelas batas-batasnya kepada negara untuk menguasai semua tanah yang ada di wilayah Indonesia. Akibatnya, terjadi dominasi hak menguasai tanah oleh negara terhadap hak ulayat dan hak perorangan atas tanah, sehingga memberi peluang kepada negara untuk bertindak sewenang-wenang dan berpotensi melanggar hak ulayat dan hak perorangan atas tanah.

Salah satu wewenang negara yang bersumber pada hak menguasai tanah oleh negara yakni memberikan suatu hak atas tanah atau hak-hak lainnya kepada orang, baik sendiri maupun bersama orang-orang lain, serta badan-badan hukum. Pemberian hak ini dapat melanggar hak ulayat masyarakat hukum adat yang diakui, dihormati dan sekaligus juga diingkari oleh peraturan perundang-undangan yang mengingkari hak ulayat.

¹⁴² Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid 1, (Jakarta: Djambatan, 2005) hlm. 235.

Hak ulayat sendiri tidak dapat terpisahkan dari masyarakat hukum adat. Hukum adat dan termasuk di dalamnya ada hak ulayat merupakan dasar hukum Tanah Nasional. Sejarah hukum pertnahan di Indonesia tidak terlepas dari hak ulayat. Jauh sebelum lahirnya UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA), masyarakat hukum kita telah mengenal hak ulayat.

Dilain pihak ada juga yang memandang bahwa Masyarakat Hukum Adat hanya mereduksi masyarakat adat dalam dimensi hukum saja. Padahal masyarakat adat juga bergantung pada dimensi lainnya, seperti dimensi sosial-budaya, politik, agama, ekologi dan ekonomi. Dengan kata lain, tidak semua masyarakat adat memiliki instrumen yang bisa dikualifikasikan sebagai hukum tetapi mereka tetap memiliki hak-hak tradisional atau hak-hak adat yang didasarkan pada hubungan kesejarahan dan norma-norma lokal yang luhur dari interaksi yang panjang. Sehingga seharusnya konstitusi negara tidak membedakan antara Masyarakat Adat dengan Masyarakat Hukum Adat.

Dalam Pasal 3 UUPA, menyebutkan tentang Masyarakat Hukum Adat tanpa memberikan mengenai pengertiannya secara utuh. Sementara dalam berbagai kesempatan sering digunakan istilah Masyarakat Hukum, yang dimaksud adalah Masyarakat Hukum Adat yang disebut secara eksplisit dalam Pasal 3 UUPA.

Secara teoritis, pengertian Masyarakat Hukum dan Masyarakat Hukum Adat memang berbeda. Masyarakat hukum sebagai suatu masyarakat yang menetap, terikat dan tunduk pada tata hukumnya sendiri. Sedangkan Masyarakat Hukum Adat adalah masyarakat yang timbul secara spontan di wilayah tertentu yang berdirinya tidak ditetapkan atau diperintahkan oleh penguasa yang lebih tinggi atau penguasa lainnya, dengan atau solidaritas yang sangat besar diantara para anggotanya, yang memandang bukan anggota masyarakat sebagai orang luar dan menggunakan wilayahnya sebagai sumber kekayaan yang hanya dapat dimanfaatkan sepenuhnya oleh anggotanya.

Pemanfaatan oleh orang luar harus dengan izin dan pemberian imbalan tertentu berupa rekognisi dan lain-lain. Biasanya masyarakat yang mengembangkan hukum adat dicirikan dengan sifatnya yang komunal ikatan

batin yang kuat antar anggota baik dikarenakan faktor geneologis, teritorial maupun geneologis teritorial.

Dalam tatanan masyarakat hukum adat memiliki aspek hukum yang berkaitan dengan tanah atau hak atas penguasaan tanah yang sering disebut dengan istilah Hak Ulayat. Istilah ini awalnya berasal dari masyarakat hukum adat di Minangkabau, tetapi oleh UUPA diangkat ke atas secara nasional untuk mengacu kepada, atau mewakili hak-hak yang sejenis dalam berbagai masyarakat hukum adat yang ada di seluruh Indonesia.

Gunawan Wiradi mengatakan bahwa :¹⁴³

“Adapun yang dimaksud dengan hak ulayat ini adalah hak suatu komunitas secara keseluruhan (persekutuan hidup atau masyarakat hukum adat) atas tanah-tanah yang diduduki, atas pohon-pohon, kolam-kolam, dan benda-benda yang berada di bawah maupun di atas permukaan tanah, dalam suatu wilayah yang dikuasainya.

Bushar Muhammad mengatakan bahwa”¹⁴⁴

“Hak ulayat memiliki sifat berlaku ke luar dan ke dalam. Berlaku keluar, karena bukan warga masyarakat hukum pada prinsipnya tidak diperbolehkan turut mengenyam/menggarap tanah yang merupakan wilayah persekutuan yang bersangkutan. Hanya dengan seijin persekutuan serta membayar ganti rugi orang luar dapat memperoleh kesempatan untuk ikut serta menggunakan hak ulayat tersebut. Berlaku ke dalam, karena hanya persekutuan dalam arti seluruh warganya yang dapat memetik hasil dari tanah serta segala tumbuhan dan binatang yang hidup dalam wilayah persekutuan. Hak persekutuan itu pada hakekatnya membatasi kebebasan usaha para warga sebagai perorangan, demi kepentingan persekutuan”

Sebagaimana diketahui, hukum agraria nasional yang sah dan berlaku secara formal adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960. Konsep hukum tanah yang melandasi UUPA adalah konsep hukum adat. Dalam Pasal 3 Undang-Undang Pokok Agraria, menyebutkan secara eksplisit “hak ulayat”,

¹⁴³ Wiradi, Gunawan, *Seluk Beluk Masalah Agraria*, (Yogyakarta: STPN Press, 2009), hlm. 98.

¹⁴⁴ Bushar Muhammad, *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2000, hlm 104.

yang menentukan bahwa :

Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak-ulyat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga 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.

Pengakuan bersyarat terhadap masyarakat adat dalam sejarah Republik Indonesia dimulai pada UUPA, UU Kehutanan Lama, UU Pengairan, UU Kehutanan Baru dan beberapa Peraturan Departemen dan Lembaga Pemerintahan. Setelah UUD 1945 diamandemen, lahir beberapa UU antara lain UU Sumberdaya Air, UU Perikanan dan UU Perkebunan.

Rosalina mengatakan bahwa:¹⁴⁵ Pengakuan bersyarat ini mengindikasikan bahwa pemerintah masih belum bersungguh-sungguh membuat ketentuan yang jelas untuk menghormati dan mengakui hak ulayat masyarakat hukum adat. Pengaturan tentang masyarakat adat dan hak ulayatnya sampai hari ini masih bersifat tidak jelas dan tidak tegas. Tidak jelas karena belum ada aturan yang konkret tentang apa saja hak-hak yang terkait dengan keberadaan masyarakat yang dapat dinikmatinya. Dikatakan tidak tegas karena belum ada mekanisme penegakan yang dapat ditempuh dalam pemenuhan hak masyarakat adat, yang dapat dituntut dimuka pengadilan. Ketidakseriusan pemerintah dalam menghormati dan mengakui hak ulayat masyarakat hukum adat, menjadi pertanda bahwa pemerintah lebih mengutamakan kepentingan modal besar tanpa membedakan asing atau domestik.

Kondisi yang demikian memberikan kecenderungan bahwa pembentukan berbagai peraturan perundang-undangan keagrariaan sesungguhnya hanya untuk menguatkan kapitalisme agraria. Demikianlah, tanah, barang tambang, air, hutan, kebun, dan sebagainya, tetap diperlakukan sebagai barang dagangan (komoditas). Usep Setiawan mengatakan bahwa “Dalam konteks pembangunan yang kapitalistik, mestilah tidak akan pernah ada keutamaan

¹⁴⁵ Rosalina. 2010. *Eksistensi Hak Ulayat Di Indonesia*. Jurnal Sasi Vol.16 No. 3. Diakses : http://paparisa.unpatti.ac.id/paperrepo/ppr_iteminfo_lnk.php?id=84. Tanggal 9 Juni 2019.

bagi rasa keadilan sosial, dan pastilah nihil dari usaha mengedepankan hak-hak rakyat atas sumber-sumber agraria”.¹⁴⁶

Dalam kapitalisme terjadi komersialisasi hubungan-hubungan agraris dan pemusatan penguasaan produksi yang memotong langsung kulit pembungkus adat kebiasaan subsistensi dan hak-hak sosial tradisional dan menggantikannya dengan kontrak-kontrak, pasar dan hukum yang seragam. Tidaklah heran jika konflik agraria struktural menjadi realitas yang rutin kita hadapi. Konflik agraria struktural melibatkan penduduk berhadapan dengan kekuatan modal dan/atau instrumen negara. Posisi negara yang direpresentasikan lembaga pemerintah, badan-badan usaha milik negara/daerah, maupun institusi militer dan perusahaan swasta kerap kali muncul sebagai “lawan” rakyat pada berbagai jenis sengketa.

R. Roestandi Ardiwilaga mengatakan bahwa :¹⁴⁷

“Hak milik itu dapat dipandang sebagai hak benda tanah, hak dimana memberi kekuasaan kepada yang memegang untuk memperoleh (merasakan) hasil sepenuhnya dari tanah itu dan untuk mempergunakan tanah itu seolah-olah sebagai *eigenaar*, dengan memperhatikan peraturan-peraturan hukum adat setempat dan peraturan-peraturan pemerintah”

Perseorangan yang mempunyai hak milik dapat bertindak menurut kehendak sendiri asal tidak melanggar hukum adat setempat dan tidak melampaui batas-batas yang diadakan pemerintah. Ia berkuasa menjual tanahnya menggadaikan, memberikan sebagai hadiah kepada orang lain dan jika ia meninggal dunia tanah itu menjadi hak warisnya.

Eddy Ruchiyat mengatakan bahwa :¹⁴⁸

Hak milik adat adalah hak perorangan yang paling kuat, dimana pemegangnya mempunyai wewenang yang luas terhadap tanahnya, asal memperhatikan hak ulayat sepanjang masih ada, memperhatikan hak pemilik tanah lain, memperhatikan ketentuan yang ada dan peraturan lain. Subyek hak milik tidak hanya individu tetapi persekutuan hukum dapat pula mempunyainya seperti desa.

¹⁴⁶ R. Roestandi Ardiwilaga, *Hukum Agraria Indonesia*, (Bandung, NV. Masa Baru, 1962), hlm. 53.

¹⁴⁷ R. Roestandi Ardiwilaga, *op.cit.*, hlm. 55.

¹⁴⁸ Eddy Ruchiyat, *Politik Nasional Sampai Orde Baru*, (Bandung: Alumni Bandung, 1984) hlm. 38.

Tanah di Jawa masih terdapat tanah milik desa yang hasilnya untuk Kas desa sering disebut tanah bondo desa atau tanah titi sawa, sedangkan tanah milik adat yang berasal pembukaan tanah yang biasanya dilakukan oleh perorangan disebut tanah yasan. Pemerintah Belanda dahulu, tanah milik adat sering diterjemahkan dengan *Inland bezits recht* atau *Erfelijke individueel bezit* terjemahan mana sebenarnya kurang tepat. Sedang dalam peraturan-peraturan pemerintah dahulu yang dipakai *erfelijk individueel gebruiksrecht* perkataan itu adalah kurang tepat.

R. Roestandi Ardiwilaga mengatakan bahwa :⁴⁵

Perkataan *erfelijk* kurang tepat apabila yang mempunyai hak desa yang tidak dapat mati, perkataan *gebruiksrecht* dapat membingungkan orang, karena hak gogol atau pekulen yang hanya mempunyai izin untuk mengerjakan tanah itu, sedang hak miliknya ada pada desa, juga dinamakan *gebruiksrecht*.

Isi dari hak milik yang dimaksudkan di atas, dapat ditegaskan sebagai berikut atas "Hak milik adalah hak yang memberi kekuasaan sepenuhnya untuk tanah", dengan pembatasan-pembatasan sebagai berikut:

- 1) Hak itu dibatasi dengan peraturan dari pemerintah pusat terutama tentang larangan menjual tanah dan tentang Ordonansi Desa (*Ind. Gemeete ordonnatie*)
- 2) Hak Ulayat dari desa yang masih meliputi hak milik harus diindahkan
- 3) Kepentingan-kepentingan dari orang-orang lain yang mempunyai hak-hak tanah tersebut harus dihormati. Oleh sebab itu, hak-hak *erfdienstbaarheid* atau *servituut* menurut hukum Romania yang berdasar perseorangan (*individualistisch*) dalam Hukum Adat tidak dikenal
- 4) Peraturan-peraturan menurut hukum adat yang ternyata masih berlaku, harus diperhatikan misalnya kewajiban untuk mengizinkan hewan-hewan dari orang lain masuk tanah itu selama tanah itu tidak ditanami dan tidak dipagari. Jadi yang dapat memperoleh hak milik menurut peraturan yang berlaku ialah :
 1. Perseorangan (individu)
 2. Persekutuan hukum misalnya di Jawa, Bali dan Lombok, marga

di Sumatera, perseroan dagang Indonesia N.V. Indonesia dan sebagainya

3. *Familie* atau keluarga sedarah, seperti di Minangkabau dan Manado. Menurut pendirian pemerintah hak milik dibagi dalam 2 (dua) bagian yaitu :
 - a. Hak Milik Perseorangan yang turun temurun, atau dengan singkatan hak milik (*erfelijk individueel bezit*)
 - b. Hak Milik Komunal, atau dengan singkata komunal (*communal bezit*).

Perbedaan antara hak milik perseorangan dan hak milik komunal menurut pendapat pemerintah dahulu hanya terletak dalam pemegang hak saja, sebab isinya sama. Apabila yang memegang hak milik itu perseorangan, hak itu disebut hak milik perseorangan yang turun-temurun, sedang jika yang memegang hak itu persekutuan hukum seperti desa dan sebagainya, hak itu dinamakan hak milik komunal. Hak komunal ini dibagi lagi atas dua bagian yaitu :¹⁴⁹

1. Hak Milik Komunal dengan bagian-bagian yang tetap
2. Hak Milik Komunal dengan bagian-bagian yang pada waktu tertentu berganti-ganti.

Dalam hal ini haruslah diingat, “bahwa di suatu desa yang sawah-sawah atau ladang-ladangnya menjadi hak milik komunal, pekarangan perumahan adalah senantiasa menjadi hak milik perseorangan”. Tentang hak milik komunal ada beberapa pendapat :

- 1) Hak Komunal adalah hak milik para gogol bersama-sama (keputusan bersama), yaitu dari mereka yang mengerjakan tanah itu. Inilah pendirian pemerintah pada mulanya, hal ini ternyata dari alasan-alasan dalam *conversie besluit* (S.188-102).
- 2) Hak Komunal adalah hak milik dari desa sebagai badan hukum. Inilah pendirian pemerintah yang kemudian dan antara lain ternyata dari pasal 10 Ordonansi Desa (S.1906-83) : Residen F.A.E. Lacey yang kira-kira

¹⁴⁹ Eddy Ruchiyat, *Op. Cit*, hlm.39.

dalam tahun 1930 diberi tugas oleh pemerintah untuk menyelidiki otonomi desa di Jawa dan Madura, berpendapat bahwa tanah komunal itu menurut pendapat rakyat sesungguhnya harus dipandang, sebagai persekutuan hukum adat. Akan tetapi hak dari desa itu dalam hal ini bukanlah hak milik, yang dapat dilepaskan kepada perseorangan. Hak orang-orang gogol atas tanah komunal adalah hak pakai.

- 3) Pendapat yang sekarang dianut ialah bahwa tanah komunal itu bukan tanah milik desa, tetapi tanah dari mereka yang memakainya.

Ada beberapa cara untuk memperoleh tanah hak milik adat:

- 1) Warisan, hibah atau pembelian, atau
- 2) Membuka dan mengusahakan tanah di dalam wilayah adat.

Di daerah tertentu, membuka dan mengusahakan tanah hanya akan menimbulkan hak guna usaha, yang berubah menjadi hak milik melalui warisan. Dalam buku Perwalian, Kewarisan, dan Tanah di Aceh Pasca-Tsunami, E. Harper, IDLO, hlm.82 yang mengutip Pakar Hukum El Hakimy menyebutkan:

“Hak guna usaha tanah untuk pertanian timbul apabila mengusahakan tanah secara terus-menerus selama sekurang-kurangnya enam bulan. Dalam keadaan tertentu, anggota komunitas memerlukan persetujuan *geuchik* (pemimpin) untuk memulai mengusahakan tanah”

Dikatakan juga “hak guna usaha ini cenderung digabungkan dengan hak milik atau dianggap sebagai hak milik”. Kebanyakan kasus di Aceh, anggota komunitas tidak memerlukan izin dari *geuchik* untuk membuka dan mengusahakan tanah adat. Komunitas akan mengakui hak miliknya setelah periode tertentu, sepanjang tanah itu digunakan terus menerus dalam jangka waktu yang lama. Dalam keadaan tertentu, orang luar juga dapat menerima izin dari *geuchik* untuk membuka dan mengusahakan tanah adat.

Perlu diketahui salah satu hak atas tanah yang termasuk dalam kategori bersifat primer adalah Hak Milik. Sebab Hak Milik adalah hak yang paling terkuat, tersempurna dan terpenuhi dari pada hak-hak primer lainnya. Hak ini sesuai dengan apa yang tertuang dalam Pasal 20 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

yang menyatakan bahwa : Hak Milik adalah hak turun-temurun, terkuat dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atas tanah, dengan mengingat ketentuan dalam Pasal 6.

Hak Milik dapat beralih dan dialihkan kepada pihak lain. Pasal 6 UUPA menegaskan, semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial, artinya bahwa semua hak atas tanah pemilik tidak boleh menggunakan semua hak atas tanahnya secara bebas dan sesuka hatinya, namun di sini pemilik tanah harus melihat aspek sosial dalam penggunaan tanahnya sehingga dapat bermanfaat bagi masyarakat sekitar khususnya dan bermanfaat bagi Negara secara umum. Abdurrahman Soejono mengatakan bahwa:¹⁵⁰

Seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya Hak Milik bersifat turun-temurun maksudnya bahwa Hak Milik atas tanah tersebut tidak hanya berlangsung selama hidup pemegang Hak Milik atas tanah, tetapi dapat juga dilanjutkan oleh ahli warisnya ketika pemegang Hak Milik meninggal dunia, oleh karena itu Hak Milik jangka waktunya tidak terbatas.

Mohammad Najih mengatakan bahwa “Hak Milik bersifat terkuat maksudnya bahwa Hak Milik merupakan induk dari macam-macam hak atas tanah lainnya dan dapat dibebani oleh hak atas tanah lainnya, seperti Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai”.¹⁵¹

Mohammad Hatta mengatakan bahwa:¹⁵²

“Hak Milik bersifat terpenuh maksudnya Hak Milik menunjuk luas wewenang yang diberikan kepada pemegang Hak Milik dalam menggunakan tanahnya baik untuk usaha pertanian maupun untuk mendirikan bangunan. Hak Milik bersifat turun-temurun, terkuat dan terpenuh bukan berarti bahwa Hak Milik merupakan hak yang mutlak, tidak terbatas dan tidak dapat diganggu gugat.

Bodi Harsono mengatakan bahwa “Hal ini dimaksudkan untuk membedakan Hak Milik dengan hak-hak atas tanah lainnya yang dimiliki oleh individu. Terlepas dari unsur-unsur Hak Milik, tetap harus ada keseimbangan

¹⁵⁰ Abdurrahman Soejono, *Pendaftaran Tanah*, PT. Asdi Mahasatya, Jakarta, 2003, hlm. 4.

¹⁵¹ Mokhammad Najih, Soimin, *Pengantar Hukum Indonesia*, Setara Press, Malang, 2012, hlm. 235.

¹⁵² Mohammad Hatta, *Hukum Tanah Nasional*, Media Abadi, Yogyakarta, 2005, hlm. 45.

antara Hak Milik atas semua tanah dan fungsi sosial”.¹⁵³

Lahirnya hak milik adat menurut hukum adat, Hak Milik atas tanah terjadi dengan jalan pembukaan tanah (pembukaan hutan). Artinya, pembukaan tanah (hutan) tersebut dilakukan secara bersama-sama dengan masyarakat hukum adat yang dipimpin oleh ketua adat melalui sistem penggarapan, yaitu *matok sirah*, *matok sirah gilir galeng*, dan sistem bluburan atau terjadi karena timbulnya “lidah tanah” (*aanslibbing*). Lidah tanah adalah tanah yang timbul/muncul karena terbeloknya arus sungai atau di pinggir pantai, biasanya terjadi dari lumpur yang makin lama makin tinggi dan mengeras. Dalam hukum adat, lidah tanah yang tidak begitu luas menjadi hak bagi pemilik tanah yang terbatas. Hak milik atas tanah dapat diperoleh dengan jalan :

- 1) Membuka tanah hutan/tanah belukur;
- 2) Mewaris tanah;
- 3) Menerima tanah pembelian, penukaran, hadiah;
- 4) Daluarsa (*verjaring*)

Secara umum, Ter Haar Bzn mengatakan bahwa hubungan antara hak persekutuan dengan hak perseorangan adalah seperti “teori balon”. Artinya “semakin besar hak persekutuan, maka semakin kecil hak perseorangan, dan sebaliknya, semakin kecil hak persekutuan, maka semakin besar hak perseorangan.

Menurut Ter Haar Bzn bahwa:¹⁵⁴

Ringkasnya, hubungan diantara keduanya bersifat kembang Kempis. Hukum tanah adat dalam hal hak persekutuan atau hak pertautan dapat dilihat dengan jelas bahwa umat manusia itu ada yang berdiam di suatu pusat tempat kediaman yang selanjutnya disebut masyarakat desa atau mereka ada yang berdiam secara tersebar di pusat-pusat kediaman yang sama nilainya satu sama lain, di suatu wilayah yang terbatas, maka dalam hal ini merupakan suatu masyarakat wilayah.

¹⁵³ Bodi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria Isi dan Pelaksanaanya*, (Jakarta: Djambatan, 2005) hlm. 243.

¹⁵⁴ E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, PT, Penerbitan dan Balai Buku Ichtiar, Jakarta, 1962, hlm. 103

Persekutuan masyarakat seperti itu, berhak atas tanah itu, mempunyai hak-hak tertentu atas tanah itu, dan melakukan hak itu baik keluar maupun ke dalam persekutuan. Berdasarkan atas berlakunya hak tersebut ke luar, maka persekutuan masyarakat hukum adat itu sebagai kesatuan yang berkuasa memungut hasil dari tanah itu dengan adanya orang-orang lain yang melakukan hal yang serupa itu. Juga, sebagai suatu masyarakat, mereka bertanggung jawab terhadap orang-orang dari luar masyarakat itu atas perbuatan-perbuatan pelanggaran di wilayah tanah masyarakat itu.

Masyarakat itu, dalam arti kata para anggotanya secara bersama-sama (kolektif), mempergunakan hak pertuanannya berupa atau dengan jalan memungut keuntungan dari tanah dan dari segala makhluk hidup yang terpelihara di situ. Masyarakat itu membatasi kebebasan berbuat anggota-anggotanya secara perseorangan berdasarkan atas haknya atas tanah itu dan untuk kepentingannya sendiri (kepentingan masyarakat).

Sehingga, sifat tanah itu benar-benar terjadi, berlaku dan dipertahankan dengan jelas. Sifat yang khusus dari hak pertuanan atau persekutuan adalah terletak pada daya timbal-balik dari pada hak itu terhadap hak-hak yang melekat pada orang perorangan atau individu. Semakin memperkuat anggota masyarakat (selaku pengolah tanah) hubungan individu tersebut dengan tanah yang tertentu itu dari pada tanah yang diliputi oleh hak persekutuan, makin memperdalam hubungannya dengan hukum perseorangan (terhadap tanah itu), maka makin kecil hak yang dimiliki masyarakat terhadap sebidang tanah itu.

Bilamana hubungan perseorangan atas tanah itu berkurang atau bila hubungan itu diabaikan secara terus-menerus, maka hak-hak masyarakat akan dikembalikan seperti sedia kala, dan hak persekutuan atas tanah itu berlaku kembali tanpa ada gangguan. Misalnya, dapat saja diatur agar tanah sedemikian itu menjadi bagian orang-orang miskin atau orang-orang baru anggota persekutuan dengan "hak pakai" (hak-hak sementara).

Pada beberapa lingkungan hukum, maka kesadaran mengenai adanya hubungan masyarakat dengan tanah itu terbukti dari adanya acara selamatan pada waktu yang tetap di tempat-tempat selamatan desa tersebut di bawah pimpinan masyarakat pada waktu akan memulai pengerjaan tanah.

Sedangkan keyakinan dari adanya pertalian yang hidup antar manusia dengan tanah itu juga dapat terlihat jelas pada waktu diadakannya acara, seperti pesta pembersihan desa pasca panen dan acara-acara semacam itu.

Anggota-anggota masyarakat sebagai perseorangan atau individu dapat memungut hasil dari tanah itu, dalam mayoritas lingkungan hukum adat pada pokoknya selama penggarapan tanah itu semata-mata hanya diperuntukkan untuk mencari nafkahnya saja, atau berikuk untuk keluarganya atau kerabatnya. Apabila anggota persekutuan melewati batas penggunaannya itu, misalnya melakukan penggarapan tanah untuk kepentingan perdagangan (*trading*) dalam artian untuk memperkaya diri sendiri, maka mereka akan diperlakukan seberapa jauh sebagai orang-orang dari luar persekutuan, yang selanjutnya hak-hak persekutuan yang bersifat ke luar akan diberlakukan terhadap mereka.

Sekali lagi di sini dapat terlihat bahwa sifat tanah itu benar-benar adalah bersifat sosial adanya. Selanjutnya, anggota persekutuan masyarakat itu juga memiliki hak untuk membuka tanah (*ontginingrecht*), yaitu adanya penyelenggaraan suatu hubungan sendiri terhadap sebidang tanah sebagai bagian dari lingkungan hak pertuanan. Hak membuka tanah itu menurut hukum adat adalah hanya salah satu dari tanda-tanda munculnya hak persekutuan atau *beschikingsrecht* dan hanya ada pada anggota-anggota masyarakat atau tanah-tanah di lingkungan hak pertuanan itu sendiri. Hubungan hukum seperti ini dapat diwariskan.

Hadikusumah Hilman mengemukakan bahwa :¹⁵⁵

“Hak membuka tanah ini tidaklah terjadi atau dilakukan begitu saja. Sering kali ini menuntut adanya dilakukan acara-acara khusus yang dihadiri oleh para tokoh adat atau masyarakat setempat dan perlunya membuat tanda-tanda tertentu yang menunjukkan bahwa lahan tersebut telah ada perseorangan yang sedang mengolahnya. Hal-hal seperti ini akan mempertegas adanya hubungan hukum perseorangan tersebut terhadap tanah yang dibukanya”

Apabila hal itu tidak ada, maka hubungan hukum antara tanah yang dibukanya dengan dirinya akan begitu lemah, sehingga membuka peluang

¹⁵⁵ Hadikusumah Hilman, *Sejarah Hukum Adat Indonesia*, Alumni Bandung, 1983, hlm. 78

bagi pihak lain (perseorangan atau individu) untuk juga mengklaim bahwa itu juga lahan yang dibukanya. Hal seperti inilah yang akan menimbulkan permasalahan tentang tanah. Seperti yang telah disebutkan oleh Hadikusumah Hilman bahwa:¹⁵⁶

“Persoalan tanah memang rawan konflik. Kadang-kadang, setelah selang beberapa waktu, lahan itu tidak lagi seproduktif sewaktu baru pertama kali dibuka. Sehingga si penggarap tanah memutuskan untuk meninggalkan lahan tersebut dan membuka lahan yang baru di daerah persekutuan itu juga”

Dalam hal ini, maka apabila kondisi tanah atau lahan menunjukkan keterlantaran, hak persekutuan akan kembali seperti sedia kala. Hak perseorangan menjadi hapus apabila kelak yang bersangkutan berkehendak untuk membuka kembali lahan tersebut, dia harus memulai hubungan hukum dari awal lagi, seperti layaknya dahulu ia melakukannya. Para pemimpin masyarakat adat juga memiliki hak untuk mencabut kembali hak pakai atas tanah karena alasan-alasan tertentu. Misalnya, apabila lahan telah lama ditinggalkan, atau si penggarap telah meninggal dunia tanpa mempunyai ahli waris, atau karena suatu perjanjian tertentu masyarakat hukum adat, atau karena si penggarap telah berkelakuan kurang baik terhadap persekutuan hukum. Penggarapan tanah atau pemakaian tanah untuk menikmati hasilnya tersebut, juga berlaku bagi kepala atau pegawai masyarakat hukum selama mereka menjabat dinas bagi kepentingan persekutuan hukum. Tanah-tanah seperti ini sering disebut “tanah bengkok”, atau di beberapa tempat lainnya, para pemimpin persekutuan dapat saja menikmati hasil dari tanah dengan jalan memiliki tenaga kerja yang diambil dari semua anggota persekutuannya.

Lebih tegasnya, “tanah bengkok” yang disebut di sini adalah sebagian dari tanah persekutuan yang diperuntukkan semacam gaji kepala desa, selepas dari mana asal ususnya yang lebih tegas, tetapi secara umum diambil dari tanah persekutuan. Hak persekutuan atau pertuanan juga dapat berlaku ke luar. Dalam hal hak persekutuan, misalnya orang-orang dari persekutuan tetangga, hanya boleh memungut hasil dari tanah tersebut, dan atau sudah

¹⁵⁶ Hadikusumah Hilman, *Hukum Perjanjian Adat*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 96.

membayar dana pengakuan di muka serta dana ganti rugi di kemudian hari. Hak sedemikian ini, hanya dapat dimiliki oleh orang tersebut dalam tempo yang terbatas, biasanya dalam praktek yaitu satu panen saja. Dengan kemungkinan untuk dilanjutkan lagi. Orang luar tersebut tidak akan pernah memiliki hak untuk memiliki tanah tersebut, bahkan hak-hak mereka dapat saja dibatasi oleh persekutuan dalam hal membuat perjanjian-perjanjian yang berhubungan dengan tanah.

Hal lain yang dapat menimbulkan konflik di bidang pertanahan adalah karena tidak jelasnya pembatasan daerah atau tanah persekutuan atau *beschikingsrecht*. Artinya, ukuran yang digunakan dalam bidang pertanahan menurut hukum adat adalah konstruksi yuridis yang abstrak. Sehingga batas-batas pertanahan antara persekutuan hukum adat yang satu dengan yang lainnya yang bertentangan sering kali tidaklah jelas adanya.

C. Pandangan Masyarakat Terhadap Hak Subjek Hukum Privat Orang Pribadi Atas Tanah dalam Hukum adat

Sebagian besar masyarakat Indonesia dalam penghidupannya tergantung pada pertanahan, artinya ketergantungan masyarakat terhadap tanah sangat tinggi. Tanah bagi masyarakat dianggap sangat penting. Dari segi filsafatnya, tanah merupakan lambang bagi martabat hidup mereka. Tanah merupakan tempat lahir, tempat hidup, tempat beribadah dan juga tempat mati. Sebagai tempat lahir, maka setiap kerabat harus memiliki sebuah rumah tempat anak cucu di lahirkan. Sebagai tempat hidup, setiap kerabat harus memiliki sawah atau ladang yang menjadi andalan untuk menjamin makan kerabat. Tanah dijadikan tempat untuk beribadah, berbakti dan untuk memuja. Sebagai tempat mati, setiap kaum harus memiliki tanah perkuburan agar jenazah dapat dimakamkan. Hubungan antara tanah dengan masyarakat yang berada di atasnya akan selalu terjalin dalam berbagai kepentingan.

Tanah merupakan sesuatu yang berhubungan dengan para leluhurnya, karena tanah bagi masyarakat adat mempunyai nilai khusus dan sangat penting dalam pengabdianya.¹⁵⁷ Hukum Adat sendiri memberi penilaian

¹⁵⁷ Djuhsendah Hasan, "*Rumah Vertikal Berdasarkan Sistem Srata Title Suatu Alternatif Dalam Penilaian Rumah Oleh Orang Asing*", Dalam Majalah Hukum Nasional,

dan penghargaan pada tanah sedemikian rupa sehingga tanah menjadi benda yang sangat istimewa dan mendapat perlakuan khusus dalam pengaturan hukumnya.

Kepentingan-kepentingan ini tampak pada persekutuan-persekutuan hukum (*Rechtsgemeenschappen*) yang digambarkan oleh Iman Sudiyat sebagai berikut :

Persekutuan setempat (*dorpsgemeenschap*) atau persekutuan wilayah (*streekgemeenschap*) bukan hanya merupakan persekutuan hukum belaka, melainkan terutama persekutuan usaha, dengan tanah selaku modal; suatu perusahaan tempat pada dasarnya semua anggota persekutuan yang bersangkutan mempunyai dan memiliki kewajiban serta sumber mereka terutama memperoleh kemungkinan membina penhidupannya.

Persekutuan hukum dirumuskan pula oleh Ter Haar sebagai “gerombolan yang teratur bersifat tetap dengan mempunyai kekuasaan sendiri, pula kekayaan sendiri berupa benda yang kelihatan dan tidak kelihatan mata”.¹⁵⁸

Dari apa saja yang dikemukakan di atas diakui bahwa tidak semua keadaan di mana terdapat masyarakat yang hidup sebagai suatu kesatuan dapat di sebut sebagai persekutuan hukum. Hanya masyarakat yang memenuhi unsur:

1. Keteraturan
2. Tinggal dalam satu wilayah
3. Mempunyai kekuasaan sendiri
4. Memiliki kekayaan sendiri baik jasmaniah, maupun rohaniah, yang di pandang sebagai salah satu kesatuan masyarakat persekutuan adat.

Dari unsur-unsur yang dikemukakan jelas terlihat hubungan antara tanah dengan masyarakat hukum adat mempunyai makna yakni bahwa tanah yang merupakan kekayaan dari masyarakat yang berada dalam satu wilayah tertentu tinggal secara terus-menerus mempunyai kesatuan yang kokoh dan mempunyai keteraturan dari masyarakat hukum adat, dipertahankan oleh pemimpin atau pemuka adatnya. Keberadaan masyarakat hukum adat

BPHN, No.1 Tahun 1997, hal 23.

¹⁵⁸ B. Ter Haar-K. Ng. Soebekti Poesponoto (penterjemah), *Azaz-azaz dan susunan Hukum Adat*, Pradnya paramita, Jakarta, 1999, hal 7

telah ada sebelum adanya Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sebagai makhluk sosial tentunya mereka tidak hidup sendiri tetapi hidup secara bersama berkelompok. Dalam kehidupan bersama itu mereka mengatur diri dan anggota masyarakat yang lain menurut kebiasaan yang dianggap sebagai tatanan hukum. Kebiasaan yang dilakukan secara terus menerus pada akhirnya hukum adat yang diakui lewat lembaga-lembaga adatnya. Masyarakat hukum adat akan tunduk dan terikat pada aturan hukum adatnya. Masyarakat hukum adat sendiri adalah sekelompok orang-orang yang hidup dalam suatu ikatan persaudaraan yang sangat kuat sekali berdasarkan faktor keturunan dalam mempertahankan dirinya mereka mengangkat salah seorang dari mereka sebagai pemimpin yang mempunyai kekuasaan yang mana terbatas terhadap wilayah dan kepada masyarakat dimana pemimpin itu diangkat.

Tanah bagi suatu masyarakat hukum adat sangatlah penting, mengingat adanya hubungan yang erat antara masyarakat adat dengan tanah atau wilayah tertentu yang biasanya disebut tanah ulayat. Tanah yang disebut sebagai milik masyarakat hukum adat tersebut mempunyai pengertian adanya hak dari masyarakat hukum adat terhadap suatu wilayah tertentu yang cukup luas.

Hubungan masyarakat hukum adat dengan tanah tempat mereka berpijak mewarnai berbagai fungsi tanah bagi kehidupan manusia, yakni sebagai tempat berusaha, mendirikan tempat tinggal, tempat mereka makan, tempat mereka dimakamkan dan tempat berbagai aktifitas sosial lainnya. Hubungan masyarakat hukum adat dengan tanah seperti ini adalah hubungan menguasai, bukan memiliki yang bersifat perdata, artinya dimana mereka bisa menduduki tanah tersebut disitulah mereka bisa menguasai.

Hak masyarakat hukum adat atas wilayah tertentu itu biasanya disebut Hak Ulayat. Menurut Van Vollenhoven hak ulayat atau hak pertuanan ini disebut dengan *beschkingrecht* yang artinya menggambarkan tentang hubungan antara persekutuan dengan tanah itu sendiri. Hak persekutuan hukum adat tersebut berada dalam suatu *beschikingsgebeid* dari desa. Luasnya wilayah tidak hanya bersamaan dengan luasnya pemukiman, di tambah wilayah-wilayah pertanian tetap, tetapi juga meliputi hutan penebangan kayu maupun yang bagian-bagian tertentu menjadi ladang pertanian.

Penggunaan istilah *Beschikkingrecht* sudah dikenal sebelum Van Vollenhoven memperkenalkannya. Di barat pada zaman Romawi adalah merupakan kekuasaan romawi pada suatu daerah. Emperium Romawi adalah merupaka tuan (dia berkuasa karena merupakan tuan). Pendekatan subjek yaitu siapa yang berkuasa. Beberapa daerah seperti di Maluku terpengaruh dengan *Beschikkingrecht* oleh pendahulu adalah tanah yang bertuan (Raja) oleh sebab itu di sebut dengan tanah adat. Adapun aspek hukum pada pertuanan lebih mengutamakan penguasaan yang mengarah kepada kepemilikan yang mengeksklusifkan diri (artinya orang tidak boleh).

Tanah adat sering diartikan sebagai wilayah atau tempat dimana masyarakat hukum adat mempunyai otoritas untuk mendapat kehidupan. Wilayah dimana mereka menjadikannya sebagai tempat untuk mendapat kehidupan baik secara material (makan, minum) maupun secara immaterial (spiritual). Oleh karenanya itu wilayah-wilayah itu seperti seperti itu dijadikan wilayah yang bersifat sakral sehingga setiap tindakan atas otoritas membutuhkan tindakan magis religius. *Beschikkingrecht* atau hak ulayat menurut hukum adat ada di tangan suku/masyarakat hukum/desa. Adapun berlakunya menurut Ter Haar adalah sebagai berikut ¹⁵⁹:

a. Berlaku ke dalam

1. Masyarakat hukum/anggotanya bersama-sama dapat mengambil manfaat dari tanah serta tumbuh-tumbuhan maupun hewan liar yang hidup di atasnya.
2. Anggota suku/masyarakat hukum, untuk keperluan sendiri berhak untuk berburu, mengumpulkan hasil hutan (yang kemudian dimiliki dengan hak milik) bahkan berhak memiliki beberapa pohon yang tumbuh liar apabila pohon itu dipelihara olehnya
3. Mereka mempunyai hak untuk membuka tanah dengan pengetahuan kepala suku/masyarakat hukum. Pembukaan tanah dengan pengetahuan kepala suku/masyarakat hukum/desa, merupakan suatu perbuatan hukum yang mendapat perlindungan dalam masyarakat itu. Hubungan hak antara orang yang membuka tanah

¹⁵⁹ Imam Soetiknjonhal 45-47

dengan tanah yang dibuka, makin lama makin kuat apabila tanah tersebut terus menerus dipelihara/digarap, dan akhirnya dapat menjadi hak milik si pembuka. Sekalipun demikian hak ulayat masyarakat hukum atas tanah itu tetap ada walaupun melemah. Apabila tanah yang sudah dibuka itu kemudian dibiarkan tidak diurus/ditелantarkan, maka tanah akan kembali menjadi tanah Hak Ulayat masyarakat hukum/desa. Lain dari pada itu transaksi-transaksi penting mengenai tanah harus dengan dukungan (*medewerking*) kepala suku/ masyarakat hukum /desa-desa.

4. Oleh masyarakat hukum sendiri dapat ditentukan bagian-bagian wilayah yang akan digunakan untuk tempat pemukiman, tempat untuk makam, penggembalaan umum, sawah dan lain-lain keperluan bersama
- b. Berlaku keluar
1. Anggota suku bangsa lain (juga tetangga) tidak boleh mengambil manfaat dari tanah daerah hak ulayat, kecuali dengan izin kepala suku/masyarakat hukum, dan dengan memberi semacam hadiah kecil (uang pemasukan, Aceh; Mesi, Jawa) lebih dulu. Izin yang diberikan kepada suku bangsa lain bersifat sementara, misalnya untuk selama satu musim panen. Dalam prinsip anggota lain suku lain tidak dapat mempunyai hak milik atas tanah-tanah tersebut.
 2. Suku bangsa/masyarakat hukum yang mempunyai hak ulayat atas wilayahnya, bertanggung jawab atas hal-hal yang terjadi dalam wilayah itu. Misalnya, apabila ada anggota suku bangsa lain ditemukan meninggal atau di bunuh di dalam wilayah tersebut, maka suku/masyarakat hukum wilayah yang bersangkutan bertanggung jawab untuk mencari si pembunuh atau membayar denda.

Apabila dilihat dari daya berlakunya Hak Ulayat, maka jelas terlihat bahwa persekutuan hukum adat mempunyai ciri-ciri atau tanda-tanda terhadap Hak Adat atau Hak Ulayat yakni:

1. Merupakan hak milik perorangan atau keluarga anggota persekutuan hukum adat
2. Tidak bisa dialihkan atau pindah-tanganan
3. Berlaku hanya untuk masyarakat hukum adat setempat
4. Orang-orang luar atau orang-orang dari masyarakat tetangga tidak dapat menguasai tanah dengan hak yang bersifat pribadi, hanya boleh memungut hasil setelah mendapat izin dari masyarakat.
5. Pemanfaatan tanah ulayat setelah membayar sesuatu (*recognitie*) oleh orang luar.

Dengan demikian masyarakat hukum adat dapat menguasai dan menggunakan tanah secara bebas dan penuh sesuai dengan ketentuan yang berlaku dalam masyarakat hukum adat itu sendiri, orang asing yang mengusahakan untuk memungut hasil harus mendapat pengakuan dan izin dari pemuka-pemuka adat atau penghulu-penghulu adat.

Hubungan hak ulayat dengan masyarakat hukum adat maupun individu mempunyai hubungan timbal balik. Semakin kuat hubungan antara masyarakat dengan tanah semakin kuat hak ulayat yang berlaku, sebaliknya apabila hubungan antara individu dengan tanahnya semakin kuat, maka hak masyarakat atas tanah semakin lemah. Terhadap tanah-tanah yang telah diusahakan masyarakat hukum adat, ada beberapa cara yang dilakukan masyarakat hukum adat terhadap tanah ulayatnya:¹⁶⁰

- a. Masyarakat hukum adat berusaha meletakkan batas-batas di sekeliling wilayahnya.
- b. Masyarakat hukum adat menunjuk pejabat-pejabat tertentu yang khusus bertugas mengawasi wilayah kekuasaan persekutuan yang bersangkutan. Pejabat ini di sebut "*jarring*" (minangkabau), "*teterusan*" (minahasa), "*kepala kewang*" (ambon), "*lelapis lembukit*" (tanganan bali)

Tanah-tanah yang telah diusahakan masyarakat hukum adat, terdapat pengaruh yang berbeda-beda dari masyarakat hukum adat terhadap tanah ulayat yakni sebagai berikut:

¹⁶⁰ Surojo Wignjodipuro, *Pengatur dan asas-asas hukum adat*, PT Gunung Agung, Jakarta, 1995, hal 198

- a. Masyarakat hukum memiliki pengaruh yang kuat atas tanah, jika warga masyarakat persekutuan hukum tidak memiliki hubungan secara perseorangan dengan bagian-bagian tanah di wilayah hak ulayat atau kehilangan hubungan sama sekali.
- b. Masyarakat hukum adat tidak memiliki pengaruh yang kuat atas tanah, atau bagian-bagian tertentu dari tanah wilayah hak ulayat, jika warga masyarakat secara perseorangan atau keluarga memiliki hubungan yang terus menerus dan secara nyata dengan bagian-bagian tanah tertentu.
- c. Masyarakat hukum adat tetap memiliki pengaruh yang kuat atas bagian-bagian yang tidak diusahakan perseorangan atau keluarga, maupun atas hutan yang masuk wilayah hak ulayat (*beschikkingrecht gebied*) yang menjadi tempat penebangan kayu, lahan perladangan, kawasan perburuan.

Pada masyarakat hukum adat tunggal maupun yang berada pada ikatan persekutuan daerah (*streekgemeenschap*) yang memiliki wilayah hak ulayat, masing-masing mempunyai wewenang ulayat yakni :

- a. Hak secara bebas menggunakan tanah, termasuk hutan belukar sebagai tempat pemukiman, pertanian, pengembalaan, perburuan; untuk pesisir pantai, bagian tepi laut sampai kedalaman tertentu, sungai maupun bagian-bagian dari danau, hak untuk menangkap hasil-hasil yang ada didalamnya, dengan pengaturan ke dalam dan ke luar.
- b. Berkewajiban memikul tanggung jawab atau peristiwa kejahatan yang terjadi di wilayah tanah adat atau hak ulayat, jika pelaku kejahatan tersebut tidak diketahui.
- c. Hak untuk menuntut pembayaran sejumlah uang (*recognitie*) bagi bukan warga masyarakat persekutuan Hukum Adat yang menggunakan tanah.
- d. Berkewajiban menjaga kekayaan masyarakat persekutuan hukum adat, khususnya atas tanah, dengan cara lain melarang atau mencegah terjadinya, atau memindahkan perbuatan-perbuatan yang bermaksud mengeluarkan dari kekayaan masyarakat persekutuan adat, jadi penjualan tanah kepada orang yang tidak menjadi warga masyarakat Hukum Adat, tidak boleh terjadi.

Dengan perkembangan pembangunan yang sangat cepat saat ini di butuhkan tanah-tanah sehingga terjadi pelepasan bagian-bagian tanah dalam wilayah hak ulayat oleh pemiliknya kepada pemerintah ataupun kepada perseorangan. Namun demikian masih juga terdapat wewenang masyarakat hukum adat tersebut atas tanah-tanah yang berada dalam lingkup wilayah hak ulayatnya, terhadap ganti rugi tidak saja masyarakat hukum adat itu saja yang menerima namun diberikan kepada kepala masyarakat hukum atas mewakili masyarakat hukum adat.

Di dalam masyarakat hukum adat dijumpai wewenang untuk bertindak dengan maksud menjaga kekayaan masyarakat hukum adat, tetapi wewenang itu tidak sebegitu besar sehingga hanya menyerupai kekuasaan untuk meniadakan hak masyarakat hukum adat untuk menjual atau melepaskan hak atas tanahnya kepada orang yang bukan merupakan warga persekutuan masyarakat hukum adat. Dengan demikian hubungan masyarakat hukum adat dengan tanah mengandung berbagai makna yang strategis dalam kehidupan masyarakat seperti aspek politik.

Tanah merupakan dasar untuk memperluas wilayah kekuasaan dalam mempertahankan kelangsungan hidup dan tanah sebagai kekuatan dalam melakukan persaingan dengan kelompok yang berada pada perbatasannya. Sedangkan sebagai aspek ekonomi tanah merupakan lambang kesejahteraan dan kejayaan sehingga dianggap sebagai harta benda warisan nenek moyang yang tidak dapat dipindahtanggankan kepada siapapun kecuali anak cucunya sendiri. Dilihat dari aspek sosial budaya tanah adalah tempat berlindung dan hidupnya para arwah nenek moyang sebagai pendahulu yang menguasai wilayah tersebut dalam wujud alam gaib yang bersifat religius magis sebagai pelindung dan pemelihara kesuburan tanah leluhurnya.

Tanah yang digunakan sebagai objek yang digunakan untuk memenuhi kepentingan manusia dalam pengertian dasar bahwa bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dan ruang angkasa merupakan Karunia Tuhan bagi kehidupan manusia, yang mana kekuasaan menjalankan hubungan kepunyaan itu dilakukan dalam hak dan kewajiban yang berimbang. Hak yang diartikan sebagai kemampuan untuk melakukan apa yang secara bebas boleh dilakukannya.

Gaius¹⁶¹, seorang ahli hukum klasik Romawi yang menyamakan hukum alam (*natuurrecht*) dengan *ius gentium* (hukum sekunder yang khusus), menempatkan milik perseorangan (*eigendom privat*) sebagai hukum alam. karena itu Gaius berbicara bertolak dari pengelompokan benda-benda, di dalam nama termasuk juga tanah. Ia membagi benda-benda atas dua golongan yaitu:

- a. *Res divini iuris*, atau benda-benda yang berhubungan dengan kepentingan dewa-dewa, hal-hal yang suci, atau hal-hal yang sangat diutamakan;
- b. *Res humani iuris*, atau benda-benda yang berhubungan dengan kepentingan manusia baik perorangan maupun masyarakat.

Benda-benda yang termasuk *res vini iuris* umumnya dipandang sebagai benda-benda yang tidak dimiliki oleh siapapun, baik Negara atau maupun pribadi seperti:

- a. *Res sacrae*, yaitu benda-benda yang demi negara ditahbiskan (disucikan dengan upacara keagamaan).
- b. *Res religion*, yaitu benda-benda yang dibiarkan untuk menjadi tempat kediaman para arwah yang telah meninggal dunia.
- c. *Res sanctae*, yaitu benda khusus yang memiliki arti sangat penting bagi Negara (kota) ; dinding-dinding dan pintu-pintu yang kota merupakan benda yang sangat khusus dan penting untuk ini.

Sedangkan tanah yang termasuk *res humani iuris* ialah :

- a. *Res publica*, yaitu semua benda yang diperuntukkan bagi dinas umum.
- b. *Res privatea*, yaitu benda-benda yang diperuntukkan dan dimiliki oleh perseorangan

Pandangan yang menyatakan bahwa negara bukan pemilik tanah, jelas menunjukkan bahwa yang menjadi milik atas tanah adalah manusia alami. Seperti yang telah dikemukakan bahwa Gaius memandang sama hukum alam dengan hukum alam sekunder khusus (*ius gentium*) dalam hal ini

¹⁶¹ Seperti dikutip Ronald Z titahelu, “Penetapan Asas-Asas Hukum Umum Dalam Penguasaan Tanah Untuk Sebesar-Besarnya Kemakmuran Rakyat”, disertasi pascasarjana Unair,1993,hal 92.

milik perseorangan (*eigendom privat*) merupakan hukum alam (*natuuurrecht*). Secara alami eksistensi manusia senantiasa disertai dengan hak-hak yang secara alami mendekat padanya, termasuk hak untuk memiliki. Bagi Gaius Milik perseorangan adalah alami, dan karena itu bersifat asasi. Walaupun ada pembatasan berupa penggunaan hak milik yang merugikan orang lain maka Thomas Aquino (1225-1274) salah satu penganut aliran hukum alam dari aliran skolastis pada pertengahan (400-1500) di Eropa barat, melihat milik perseorangan sebagai hak yang tidak bertentangan dengan hukum alam :

- a. setiap orang lebih suka memperoleh sesuatu hal yang akan menjadi miliknya sendiri, dari pada sesuatu hal yang menjadi milik bersama atau milik orang banyak. Sebab setiap orang menghindarkan pekerjaan yang itu menjadi tugas orang banyak seperti apabila banyak pelayan.
- b. Sesuatu hal yang akan diperlakukan lebih teratur, apabila pemeliharaan daripada sesuatu hal itu diserahkan pada masing-masing orang itu sendiri, sebab apabila semua orang diserahi pemeliharaan semua hal tanpa diadakan perbedaan akan timbul kekacauan.
- c. Di antara orang-orang akan ada perdamaian yang disebabkan karena setiap itu puas dengan apa yang menjadi miliknya. Itu sebabnya mengapa dapat dilihat bahwa diantara mereka yang memiliki suatu hal bersama-sama lebih sering timbul pertentangan-pertentangan.¹⁶²

Hubungan yang terjalin, lahir melalui tindakan manusia atas tanah yang berkehendak menjalin pertalian dengan tanah baik secara perseorangan (individu), keluarga maupun kelompok. Hubungan dilahirkan karena adanya suasana batin yaitu rasa cocok atau tidak cocok. Sedangkan hak dilahirkan berdasarkan kenyataan penguasaan yaitu tetap atau sementara penguasaan oleh orang atau kelompok tertentu atas tanah yang diakuinya. Karena itu hubungan yang bersifat tetap dan langgeng atau abadi sedangkan hak bersifat semu karena dapat berubah-ubah.¹⁶³

¹⁶² Iman Soetiknjo, *Undang-Undang Pokok Agrari, Sekelumit Sejarah, Departemen Dalam Negeri*. Direktorat Jenderal Agraria, Jakarta, 1985, hal. 11

¹⁶³ Herman Soesangobeng, *Op Cit*, hal 16

Menurut Ter Haar, “kuat dan langgeng dinyatakan sebagai sama dengan satu hubungan hukum (*rechsbetrekking*).” Dengan demikian, upacara ritual yang lazim dilakukan pada saat orang melakukan hubungan tanah oleh Ter Haar tidak dipandang semata-mata sebagai suatu upacara mistik akan tetapi suatu dialog antara manusia dengan tanah dan alam roh dalam rangka mengadakan jalinan hubungan hukum yaitu hubungan yang melahirkan hak dan kewajiban diantara kedua belah pihak.

Hakikat dari hubungan magis itu adalah merupakan pernyataan yang bersifat menegaskan bahwa telah terjalin pertalian atau ikatan nyata antara manusia dengan tanah dalam alam roh yang menguasai tanah. Hal ini bermakna bahwa roh-roh yang menguasai tanah secara gaib berhak dan berkewajiban untuk menduduki dan mengusahakan tanah dengan sebaik-baiknya agar tanah bisa mengeluarkan hasil yang menyenangkan semua pihak yang berkepentingan. Maka arti dan makna hubungan magis itu, pertamanya adalah bahwa tanah digunakan untuk jaminan kehidupan jasmani dan rohani manusia maupun roh-roh yang menduduki dan menguasai tanah. Untuk dapat dikatakan mempunyai hubungan dan hak-hak perorangan atas tanah haruslah memenuhi tiga syarat pokok yakni tempat tinggal, kedudukan sebagai warga persekutuan dan intensitas penguasaan serta pengolahan tanah¹⁶⁴. Artinya hanya mereka yang bertempat tinggal dalam lingkungan ulayatlah yang berhak memiliki hubungan dan hak perorangan yang kuat, baik secara individu, keluarga maupun kelompok. Begitu pula hanya warga persekutuanlah yang memiliki hak serta hubungan yang kuat terhadap tanah yang berada dalam lingkungan tanah ulayat.

Selanjutnya tentang syarat ketiga yaitu intensitas penguasaan dan pengolahan tanah, artinya tanah yang secara terus menerus diusahakan dan diolah sehingga memberikan hasil dan manfaat. Syarat ini merupakan petunjuk bagi adanya sifat “menguncup mengembangnya” hubungan ulayat dengan hak perorangan. Dengan diusahakan tanah secara terus menerus dan hubungan penguasaan maupun pengolahan oleh seseorang maupun keluarga atas tanah, maka hubungan hak perorangan berkembang menjadi kuat dan penuh sedangkan hubungan kewenangan ulayat menguncup dan menjadi

¹⁶⁴ *Ibid* hal.29

bertambah lemah begitu pun sebaliknya. Karena itu, bilamana ketiga syarat tersebut diabaikan, maka hubungan hak perorangan atas tanah menjadi menguncup dan melemah atau lenyap, tetapi sebaliknya hubungan kekuasaan ulayat pun menjadi berkembang dan terpulihkan tanpa halangan apupun.¹⁶⁵

Atas dasar hubungan kewenangan dan kekuasaan ulayat maka dikembangkan hak-hak perorangan maupun masyarakat atas tanah. Hak dan kewenangan masyarakat atas tanah. Hak dan kewenangan masyarakat atas tanah dapat dipilahkan menjadi 3 (tiga) yaitu:

- (a) Untuk mengatur dan menetapkan peruntukkan serta penggunaan tanah
- (b) Untuk mengendalikan penyimpangan atas peruntukkan dan penggunaan tanah
- (c) Untuk memberikan tanah yang ditelantarkan kepada warga masyarakat lainnya yang diakui berhak

Sedangkan hak-hak perorangan yang dapat lahir ada 4 (empat) yaitu:

- (a) Hak untuk mengambil hasil hutan serta pengairan dalam lingkungan ulayat
- (b) Hak untuk menanam dan memiliki bangunan atas tanah ulayat
- (c) Hak untuk membuka tanah dan hutan
- (d) Hak untuk mengalihkan hak atas tanah serta bangunan dan tanaman diatasnya

Adapun kedudukan hak perorangan adalah merupakan hak yang diciptakan berdasarkan kekuasaan masyarakat (ulayat). Hak ini tidak bersifat abadi dan selalu diikat oleh kekuasaan masyarakat. Ikatan mana bisa menjadi kuat atau melemah bergantung pada lamanya penguasaan dan intensitas pengolahan atas tanahnya. Lamanya waktu penguasaan itu biasanya dibuktikan dengan adanya kewenangan meneruskan hak penguasaan berupa mewariskan tanah kepada generasi penerus. Ter Haar¹⁶⁶ memberikan istilah hukum atas hubungan tersebut yang disebutnya *erfelijk individueele bezitsrecht* (hak penguasaan perorangan yang diwariskan) dan diterjemahkan oleh S. Poesponoto menjadi “hak milik perorangan turun temurun” sehingga dapat

¹⁶⁵ Ter Haar, *Op Cit* hal.51

¹⁶⁶ *Ibid*, hal 55

dipersamakan dengan hak milik yang sering disebut sebagai “hak milik adat”.

Pemberian hak-hak perorangan atas tanah yang dibebankan atas Hak tanah adat atau ulayat, oleh Ter Haar dilihat sebagai suatu perbuatan hukum sepihak dari masyarakat terhadap hak ulayatnya. Perbuatan sepihak itu dilihatnya sebagai memberi hak perorangan atas tanah ulayat yang dihisap dari hak ulayat. Oleh karenanya perbuatan itu dilihat sebagai perbuatan mengalihkan hak, suatu “transaksi” hak atas tanah, yaitu hak ulayat ke hak perorangan, dengan istilahnya Ter Haar itu disebut sebagai *grondtransktie*¹⁶⁷.

Untuk melaksanakan hak memakai dan memanfaatkan tanah ulayat, hak-hak perorangan yang membebani tanah ulayat tetap tunduk pada asas hukum tanah adat yang pertama dan utama yaitu: “di dalam pemakaian dan pemanfaatan tanah ulayat atas dasar perorangan, kekuasaan masyarakat yang bersumber pada hak ulayatnya tidak hilang atau tersisihkan oleh hak-hak perorangan yang membebaniya. Segala macam hak perorangan atas tanah ulayat tetap hanya menampung di atas hak ulayat” dengan asas ini berarti bahwa setiap macam hak perorangan yang ada di atas tanah ulayat, tetap berada dalam pengaruh dan pengawasan masyarakat sebagai pelaksanaan hak ulayat. Dengan demikian setiap waktu masyarakat dapat mencampuri dalam urusan pemakaian dan pemanfaatan hak perorangan oleh yang bersangkutan ada hal-hal yang tidak sesuai atau berlawanan dengan prinsip-prinsip pemberian hak perorangan tersebut.

Dalam sistem hukum adat, hak-hak pemakai dan pemanfaatan atas tanah ulayat ada bermacam-macam. Berdasar pada pemakaian atas pemanfaatan, ada hak-hak sebagai berikut: ¹⁶⁸

- (1) Hak kampung dan halaman
- (2) Hak sawah, ladang atau empang
- (3) Hak hutan
- (4) Hak mengambil hasil
- (5) Hak tanah kuburan
- (6) Hak tanah lapang

¹⁶⁷ Moh Koesno, *Op Cit*, hal.128

¹⁶⁸ *Ibid*, hal 77

- (7) Hak tanah keramat dan tanah ibadah
- (8) Hak pasar

Di dalam hukum tanah adat ada berbagai macam hak perorangan atas tanah yang kekuatan dan isinya berbeda-beda. Macam-macam hak perorangan atas tanah dilihat dari kualitasnya masing-masing yang berlainan itu, dalam pokoknya ada 3 (tiga) macam yaitu:

1. Hak milik : menyangkut penguasaan atas tanah dengan sifatnya yang kuat dan terbanyak isi muatannya
2. Hak pakai : hak yang isinya terbatas pada pemakaian tanah saja
3. Hak ambil hasil : hak yang pada dasarnya tidak mengenai tanahnya, tetapi hanya atas apa yang ada di atasnya¹⁶⁹.

Hak ulayat masih sangat kuat dan besar pengaruhnya atas hak perseorangan. Pengaruh hak ulayat atas hak Perorangan tidak pernah lenyap sama sekali sebab hak ulayat tetap meliputi dan mempengaruhinya sehingga pada saat hak itu diabaikan, maka kekuasaan hak ulayat berlaku kembali secara penuh.

¹⁶⁹ *Ibid*, hal 89

BAB IV

EKSISTENSI HAK MASYARAKAT HUKUM ADAT ATAS TANAH DALAM PENGADAAN TANAH UNTUK KEPENTINGAN UMUM

A. Pengaturan Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah Menurut Hukum Nasional

Dalam mencermati substansi UUD yang pernah berlaku di Indonesia selain UUD 1945 yang pernah berlaku di Indonesia, seperti UUD-RIS 1949 dan UUD 1950, maka dapatlah dipastikan bahwa pengaturan yang demikian itu tidak pernah dilakukan. Amanat UUD 1945 tersebut ternyata tidak ditindaklanjuti, tetapi justru yang dilakukan adalah menyeragamkan susunan asli yang dimiliki oleh masyarakat adat itu dengan sebutan “desa”. Sementara mengenai pengakuan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat dan tanah hak adat atau hak ulayat baru dapat dirumuskan 15 (lima belas) tahun.

Secara yuridis pengaturan hak ulayat dalam perundang-undangan di Indonesia bersumber pada pengaturan hukum pertanahan Indonesia yakni Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria LN Tahun 1960 No. 104. Tanggal 24 september 1960. Dengan berlakunya UU No. 5 Tahun 1960, maka terjadilah perubahan dalam Hukum Agraria Indonesia. Dengan UUPA, Peraturan-peraturan hukum kolonial dihapus dan berakhirilah dualisme hukum agraria yang terdiri dari peraturan-peraturan yang bersumber pada hukum barat dan yang menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia. Hukum agraria kita selanjutnya didasarkan atas satu sistem hukum, yaitu hukum adat, sebagai hukum asli Indonesia,¹⁷⁰ yang mana secara jelas dirumuskan dalam pasal 3 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 sebagai landasan konstitusional yakni: “Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”

Terhadap pasal 33 ayat (3) UUD 1945 tersebut, diimplementasikan dalam Pasal 2 Undang-Undang pokok Agraria sebagai berikut:

¹⁷⁰ Boedi Harsono, *Op Cit*, hal 1-2

- (1) Atas dasar ketentuan dalam pasal 33 ayat (1) Undang-Undang Dasar dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam pasal 1, Bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya itu pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh Negara, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat, adil dan makmur.
- (2) Hak menguasai dari Negara termasuk dalam ayat (1) pasal ini memberi wewenang untuk :
 - a. Mengatur dan menyelenggarakan peruntukan dan penggunaan, pemeliharaan bumi. Air dan ruang angkasa tersebut;
 - b. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa;
 - c. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.
- (3) Wewenang yang bersumber pada hak menguasai dari Negara tersebut pada ayat (2) pasal ini digunakan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat dalam arti kebangsaan, kesejahteraan dan kemerdekaan dalam masyarakat dan Negara Hukum Indonesia yang merdeka, berdaulat, adil dan makmur.
- (4) Hak menguasai dari Negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah swatantra dan masyarakat-masyarakat Hukum Adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan peraturan pemerintah.

Pada pokok tujuan Undang-Undang pokok Agraria dalam penjelasan Umum ialah:

- a. Meletakkan dasar-dasar bagi penyusunan hukum agraria nasional, yang akan merupakan alat untuk membawa 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.

Hukum Adat sebagai dasar bagi pembentukan Hukum Tanah Nasional mempunyai dua kedudukan yaitu:

1. Hukum adat sebagai dasar utama

Penunjukan hukum adat sebagai dasar utama dalam pembentukan hukum tanah nasional dapat disimpulkan dalam Konsideran UUPA huruf (a), yaitu:

“bahwa berhubungan dengan apa yang tersebut dalam pertimbangan-pertimbangan di atas perlu adanya hukum agraria nasional, yang berdasarkan atas hukum adat tentang tanah, yang sederhana dan menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia, dengan tidak mengabaikan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama”

Selanjutnya dalam Penjelasan Umum UUPA Angka III No. 1 yaitu :

“Dengan sendirinya hukum agraria baru itu harus sesuai dengan kesadaran hukum dari pada rakyat banyak. Oleh karena itu rakyat Indonesia sebagian tersebar tunduk pada Hukum Adat, maka hukum agraria yang baru tersebut akan didasarkan pula pada ketentuan-ketentuan hukum adat itu, sebagai hukum asli, masyarakat dalam negara yang modern dan dalam hubungannya dengan dunia internasional, serta disesuaikan dengan sosialisme Indonesia. Sebagaimana dimaklumi maka Hukum Adat dalam pertumbuhannya tidak terlepas pula dari pengaruh politik dan masyarakat kolonial yang kapitalis dan masyarakat swapraja yang feodal.”

2. Dalam hubungannya dengan Hukum Tanah Nasional tertulis yang belum lengkap itulah maka norma-norma hukum adat berfungsi sebagai pelengkap. Hal ini dinyatakan dalam pasal UUPA, yaitu :

“selama undang-undang mengenai hak milik sebagai tersebut dalam Pasal 50 ayat (1) belum terbentuk, maka yang berlaku adalah ketentuan-ketentuan hukum adat setempat dan peraturan-peraturan lainnya mengenai hak-hak atas tanah yang memberi wewenang sebagaimana atau mirip dengan yang dimaksud dalam

Pasal 20, sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan-ketentuan undang-undang ini.”

Pengakuan hukum adat sebagai dasar hukum agraria nasional secara tegas dinyatakan di dalam Pasal 3 dan Pasal 5 UUPA. Dalam Pasal 3 berbunyi sebagai berikut:

Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang tinggi.

Dalam Pasal 5 dinyatakan pula sebagai berikut :

Hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam undang-undang ini dengan peraturan perundangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama.

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 5 UUPA tersebut, hukum tanah yang berlaku tersebut adalah hukum adat dengan persyaratan pembatasan tertentu. Adanya persyaratan ini mengisyaratkan bahwa hukum adat berkedudukan sebagai hukum pelengkap. Persyaratan dan pembatasan berlakunya hukum adat dan hukum tanah nasional secara tegas dimuat dalam pasal 5 UUPA, yaitu :

1. Tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara
2. Tidak bertentangan dengan sosialisme Indonesia
3. Tidak bertentangan dengan ketentuan yang ada dalam UUPA itu sendiri
4. Tidak bertentangan dengan peraturan agraria lainnya
5. Harus mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama

Dalam kaitan dengan pengakuan hak ulayat atau hak komunal masyarakat hukum adat dalam Pasal 3 UUPA dapat dikemukakan bahwa ada dua syarat yaitu:

1. Eksistensinya

Ditinjau dari segi eksistensinya tanah hak adat atau hak ulayat diakui sepanjang menurut kenyataannya masih ada. Dengan demikian apabila pada daerah-daerah yang hak ulayatnya sudah tidak ada lagi, maka tentunya hak ulayat itu tidak akan dihidupkan, dan tentunya pada daerah-daerah yang tidak pernah ada hak ulayatnya tidak akan diberikan hak ulayat baru.

2. Pelaksanaannya

Ditinjau dari segi pelaksanaannya, jika menurut kenyataannya masih ada, pelaksanaan hak ulayat masyarakat hukum adat harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa. Pelaksanaan hak adat atau hak ulayat masyarakat hukum adat juga hak adat atau tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan lain yang lebih tinggi.¹⁷¹

Namun, dengan berpegang pada konsepsi yang bersumber pada Hukum Adat, kiranya adil bila kriteria penentu eksistensi hak ulayat didasarkan pada adanya 3 (tiga) unsur yang harus dipenuhi secara simultan, yakni adanya :

1. Subyek hak ulayat, yaitu masyarakat hukum adat itu yang memenuhi karakteristik tertentu;
2. Obyek hak ulayat, yakni tanah wilayah yang merupakan *lebensraum* mereka;
3. Adanya kewenangan tertentu dari masyarakat hukum adat itu untuk mengelola tanah wilayahnya, termaksud menentukan hubungan yang berkenan dengan persedian, peruntukkan, dan pemanfaatan, serta pelestarian tanah wilayahnya itu.¹⁷²

Berkaitan dengan hukum adat tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi lainnya, menurut

¹⁷¹ Boedi Harsono, *Undang-Undang Pokok Agrarian*, (Jakarta; Djembatan, 1971)

¹⁷² Maris Sumardjono, Kompas 13/5/93 Dalam Maria Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan, Antara Regulasi Dan Implementasi*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006) hal.65.

Gautama,¹⁷³ bahwa:

“Hukum Adat tidak boleh bertentangan dengan ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam UUPA. Dalam UUPA telah diletakkan garis-garis besar dari apa yang merupakan sendi-sendi pokok dari pada perundang-undangan agraria nasional yang baru. Hukum adat yang dinyatakan berlaku untuk hak-hak atas tanah tidak boleh bertentangan dengan asas-asas yang tertera di dalam UUPA. Hal ini berarti pula bahwa bila mana di dalam UUPA diadakan perumusan-perumusan dari pada hak-hak baru mengenai tanah, maka perumusan-perumusan inilah yang berlaku, bila mana tidak terdapat persesuaian antara faham-faham hukum adat tentang hak-hak yang serupa dengan hak-hak baru dalam UUPA dan perumusan UUPA itu sendiri. Selain perumusan yang terdapat dalam UUPA inilah yang akan dijadikan pegangan bagi si pelaku hukum.”

Dalam penjelasan umum II angka 3 berkaitan dengan pasal 3 UUPA, mengemukakan bahwa 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 di dalam keputusan-keputusan hakim, belum pernah hak tersebut diakui secara resmi di dalam undang-undang, dengan akibat bahwa didalam melaksanakan peraturan-peraturan agraria hak ulayat itu pada zaman dulu seringkali diabaikan.

Berhubung dengan disebutkan hak ulayat atau hak masyarakat adat di dalam Undang-Undang Pokok Agraria, yang pada hakekatnya berarti pula pengakuan hak itu, maka pada dasarnya hak ulayat itu akan diperhatikan, sepanjang hak tersebut menurut kenyataan masih ada pada masyarakat hukum yang bersangkutan. Misalnya di dalam pemberian sesuatu hak atas tanah (umpamanya hak guna usaha) masyarakat hukum yang bersangkutan sebelumnya akan didengar pendapatnya dan akan diberikan “*recognitie*”. Yang memang ia berhak menerimanya selaku pemenang hak ulayat itu.

Keberadaan hak ulayat masyarakat adat diakui oleh UUPA, namun tidak memberikan batasan yang jelas mengenai ada tidaknya hak ulayat pada masyarakat hukum adat. UUPA membiarkan pengaturan hak ulayat

¹⁷³ Sundargo Gautama, *Tafsiran Undang-Undang Pokok Agraria*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1990), hal.20.

tetap berlangsung menurut hukum adat setempat. Ketidakjelasan tentang keberadaan hak adat atau hak ulayat dapat menimbulkan permasalahan antara masyarakat hukum adat dengan pemerintah untuk itulah perlu suatu kejelasan tentang peraturan hak adat hak ulayat berkaitan dengan kedudukan, pengertian maupun isi menurut sistem Hukum Pertahanan Nasional.

Sebagaimana ditegaskan oleh Simarmata¹⁷⁴ bahwa bentuk pengakuan terhadap hak ulayat adalah lebih bersifat “pengakuan bersyarat”. Itu berarti, hak-hak keulayatan yang dimiliki oleh masyarakat adat baru dapat dilakukan “sepanjang menurut kenyataannya masih ada, tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, dan tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi.” Konsep pengakuan bersyarat terhadap hal keulayatan masyarakat adat yang diperkenalkan oleh UUPA dan kemudian diikuti secara baku oleh peraturan perundang-undangan sesudahnya sesungguhnya sudah mempersempit ruang gerak dari apa yang diamanatkan dalam pasal 18 UUD 1945 sebelum amandemen.

Konsep pengakuan bersyarat terhadap hak adat atau hak ulayat yang dimiliki oleh masyarakat adat juga berlangsung di masa-masa awal orde baru, terutama ketika dikeluarkan sejumlah undang-undang seperti Undang-Undang Nomor 5 tahun 1967 tentang Kehutanan Pasal 17, dan Undang-Undang Nomor 11 tahun 1967 tentang Ketentuan Pokok Pertambangan yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral Dan Batubara. Kedua undang-undang ini memiliki klausul pengakuan terhadap masyarakat adat namun sepanjang masih ada dalam kenyataan dan tidak mengganggu tercapainya tujuan-tujuan undang-undang tersebut. Gaya pengakuan yang demikian itulah yang menjadikan undang-undang kehutanan tersebut tidak secara maksimal memberikan kebebasan dasar kepada masyarakat adat melainkan menentukan batasan-batasan yang semakin sulit untuk dijangkau oleh masyarakat adat.

Setelah menunggu sekitar 55 (lima puluh lima) tahun barulah pada tahun 2000 dilakukan amandemen yang kedua terhadap UUD 1945 yang

¹⁷⁴ Rikardo Simarmata, *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat; Resistensi Pengakuan Bersyarat*” Makalah Program Perkumpulan Untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat Dan Ekologis (HuMA), Jakarta, 2007.

menghasilkan klausul baru mengenai masyarakat adat. Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 hasil amandemen menegaskan, bahwa: “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip-prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.” Pengaturan dan pengakuan yang serupa juga dilakukan pula dalam ketetapan MPR Nomor XVII Tahun 1998 tentang Hak Asasi Manusia; Pasal 6 ayat (2) undang-undang No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia; dan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No 5 Tahun 1999 tentang Pedoman penyesuaian masalah hak ulayat masyarakat hukum adat.

Pengakuan dan penghormatan terhadap Hak adat terdapat dalam berbagai peraturan termasuk Peraturan Daerah (PERDA) yang menggunakan landasan hukum yang berkaitan dengan kewenangan pembuatan perda maupun landasan hukum yang berkaitan dengan materi yang diatur dalam perda tersebut. Contoh beberapa daerah yang mengatur tentang pengakuan dan penghormatan terhadap hak ulayat adalah Peraturan Daerah Kabupaten Kampar Nomor 12 tahun 1999 tentang Hak Ulayat; Peraturan Daerah Kabupaten Lebak Nomor 32 tahun 2001 tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy; Peraturan Daerah Sumatera Barat No. 6 tahun 2008 tentang Tanah Ulayat. Beberapa daerah yang sedang membuat rancangan peraturan Daerah Hak Ulayat Tobelo, Rancangan Peraturan Daerah Hak Ulayat Halmahera Utara.

Pengakuan terhadap Hak Ulayat masyarakat hukum adat, pada tahun 2001 melalui ketetapan MPR Republik Indonesia No. IX/MPR/2001 tentang pembaruan Hukum Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam.

Pasal 5 TAP MPR No. IX/MPR/2001 tersebut menentukan antara lain: dalam sub e: *“mengembangkan demokrasi, kepatuhan hukum, transparansi dan optimalisasi partisipasi rakyat; dalam mewujudkan keadilan dalam pengasaan, pemilikan, penggunaan, pemanfaatan, dan pemeliharaan sumber daya agraria dan sumber daya alam”*; dan dalam sub f: *“memelihara keberlanjutan yang dapat memberi manfaat yang optimal, baik untuk generasi sekarang maupun generasi mendatang, dengan siap memperhatikan daya tampung dan dukung lingkungan”* dan pada sub g

“melaksanakan fungsi sosial, kelestarian, dan fungsi ekologis sesuai dengan kondisi sosial budaya setempat”, dan dengan tetap “menghormati dan menjunjung tinggi hak asasi manusia” (sub c); “menghormati supremasi hukum dengan mengakomodasi keanekaragaman dalam unifikasi hukum” (sub c). Hal istimewa yang dikedepankan dalam pasal 5 TAP MPR No. IX/MPR/2001 ini adalah sebagaimana dituangkan dalam butir j yaitu : mengakui dan menghormati hak masyarakat adat dan keragaman budaya bangsa atas sumberdaya agraria dan sumberdaya alam.”

Berdasarkan pandangan di atas dapat disimpulkan bahwa keberadaan hukum sumber daya alam dan hukum lingkungan masih tetap dapat dipandang sebagai dua sisi dari satu mata uang. Kedua-duanya hanya dapat dibedakan akan tetapi tidak dapat dipisahkan.¹⁷⁵

Jika pada pemikiran terdahulu hak-hak atas sumber daya alam ditekankan sebagai hak-hak pemerintah dan pengusaha didasarkan untuk memenuhi kepentingan perolehan pendapat (devisa) negara dan prioritas pada swasta agar dapat berusaha secara leluasa, maka pada perkembangan saat ini peluang untuk berusaha juga harus diperluas secara seimbang dengan memasukkan hak-hak rakyat sebagaimana dimaksud dalam butir j ketetapan MPR No. IX/MPR/2001 di atas: “mengakui dan menghormati hak masyarakat adat dan keragaman budaya bangsa atas sumber daya agraria dan sumberdaya alam”, dan mengembangkan demokrasi, kepatuhan hukum, transparansi, dan optimalisasi partisipasi rakyat.

Gaya pengakuan bersyarat terhadap masyarakat hukum adat seperti itu kemudian secara serta merta diikuti pula oleh undang-undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang kehutanan dan berbagai peraturan lain mengenai masalah Perkebunan, Pengelolaan Sumber Daya Air, Pengelolaan Wilayah Pesisir, dan Pulau-Pulau Kecil, Pemanfaatan dan Pelestarian Sumber Daya Genetika, Pertambangan Mineral dan Batu Bara, Pengelolaan Sumber Daya Alam dan lain-lain. Sama seperti produk hukum sebelumnya, semua produk hukum dihasilkan pada era reformasi ini memang mengakui masyarakat adat dan hak ulayatnya, namun tetap memasang syarat, bahwa hak itu baru bisa diakui : (1) sepanjang menurut kenyataannya masih ada; (2) selaras dengan

¹⁷⁵ Ronald Z Titahelu, *Makalah*, Dipersiapkan Untuk Pembahasan Mengenai Hukum Sumber Daya Alam, Fakultas Hukum Universitas Pattimura, Ambon, 2005.

perkembangan zaman; (3) tidak bertentangan dengan kepentingan nasional; dan (4) harus dikukuhkan dengan peraturan daerah¹⁷⁶. Kepemilikan dan wewenang mengelola sumberdaya alam berada dalam tangan pemerintah, swasta maupun masyarakat lokal. Sebagai contoh atas hutan dikenal adanya hutan negara, hutan milik dan juga hutan masyarakat termaksud hutan adat. Sekalipun Undang-Undang No. 41 tahun 1999 tidak mengedepankan hutan masyarakat termaksud hutan adat sebagai kategori tersendiri, akan tetapi pengakuan akan adanya hutan masyarakat merupakan syarat bagi pengembangan perekonomian rakyat. Contoh lainnya adalah pengelolaan atas pesisir dan laut. Kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang No 22 Tahun 1999 tentang Pemerintah daerah (Undang-Undang tersebut telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan daerah), Kepala Pemerintah provinsi maupun kabupaten/kota maupun sampai di desa, merupakan peluang yang baik kepada masing-masing pemerintah setempat untuk mengelola sumber daya alam pesisir yang ada. Bahkan untuk wilayah-wilayah kepulauan, baik provinsi kepulauan maupun kabupaten kepulauan, kewenangan akan dapat dilakukan juga di atas wilayah laut yang berada di antara pulau-pulau.¹⁷⁷

Sebagai contoh walaupun budidaya rumput laut yang dilakukan oleh masyarakat nelayan pesisir. Begitu juga dengan pembuatan daerah perlindungan laut (semacam *Marine Protection Area* ataupun wilayah yang disebut *sanctuary*), begitu juga usaha budidaya rumput laut, pembuatan daerah perlindungan laut, dan sebagainya belum dapat dikatakan sebagai kegiatan tradisional. Walaupun dikenal bahwa di beberapa negara dikenal dengan nama *sasi* (di Maluku Tenggara dan Maluku Tengah), dan *mane's* (di Talaud) maupun *eba* (di sangir) yang bersifat tradisional, kegiatan menyelenggarakan daerah perlindungan laut dan sebagainya. Di Kalimantan dijumpai hutan

¹⁷⁶ Rikardo Simarmata, "Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat; Resistensi Pengakuan Bersyarat" Makalah Program Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMA), Jakarta, 2007.

¹⁷⁷ Hal ini penting jika batas wilayah ditentukan berdasarkan sistem penarikan garis pangkal kepulauan sebagaimana dimaksudkan UU Nomor 6 Tahun 1996 tentang perairan Indonesia. Walaupun diakui bahwa dikenal pula sistem penarikan garis pangkal normal maupun sistem penarikan garis lurus dari ujung ke ujung (*straight base line from point to point*).

rotan yang dibudidayakan oleh masyarakat setempat. Di Lampung di kenal *repong damar*. Di tempat tertentu dekat Jayapura, Papua Barat, diketahui terdapat “Hutan Kopi” yang diusahakan oleh masyarakat adat setempat. Di Maluku tengah dikenal “*dusun dati*” atau “*dusun*” di Seram. Hak-hak yang ada di atasnya dapat dijumpai dalam pengetahuan hukum adat setempat.

B. Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah Menurut Hukum Adat

Tanah mempunyai kedudukan yang sangat penting dalam kehidupan manusia terutama bagi masyarakat Hukum Adat. Hubungan antara tanah dengan masyarakat itu sendiri senantiasa terjadi dalam berbagai kepentingan, tanah dijadikan tempat pemukiman, untuk keperluan pembuatan ladang, tempat mengambil hasil, tempat berkumpul dengan sesama maupun dijadikan tempat pemujaan atau untuk beribadah. Antara masyarakat hukum adat dengan tanah yang didudukinya mempunyai hubungan yang erat dan bersifat religio-magis artinya kekayaan alam itu merupakan kekayaan yang dianugerahkan oleh Tuhan Yang Maha Esa pada masyarakat Hukum Adat.

Hubungan yang erat dan bersifat menguasai, memanfaatkan tanah, memungut hasil dari tumbuh-tumbuhan yang hidup di atas tanah serta berburu terhadap binatang-binatang yang hidup di atas tanah tersebut. Hak masyarakat hukum atas tanah ini disebut hak pertuanan atau hak ulayat.¹⁷⁸ Penggunaan istilah hak ulayat pertama kali diperkenalkan oleh Van Vollenhoven seorang ahli hukum berkebangsaan Belanda diberi nama *beschikkingsrecht* yang menggambarkan hubungan antara masyarakat hukum dan tanah itu sendiri.

Menurut Ter Haar¹⁷⁹: *beschikkingsrecht* (*beschkkingskring*) sebagai lingkungan di mana-mana praktis ada istilahnya: istilah itu adalah sebutan untuk lingkungan “*beschikkingsrecht*” baik sebagai milik-*pertuanan* (Ambon)-maupun sebagai daerah penghasil makanan-*panyampeto* (Kalimantan)-atau sebagai lapangan yang terpagar-*pawatasan* (Kalimantan), *wewengkon* (Jawa),

¹⁷⁸ Bushar Muhammad, *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta 2006, hal, 103

¹⁷⁹ Ter Haar Bzn-K. Ng Soebakti Poesponoto (Penterjemah), *Asas-Asas Dan Susunan Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, hal, 62-63

prabumian (Bali), atau sebagai tanah terlarang buat orang lain-*tatabuan* (Bolang Mongodow). Selanjutnya terdapat istilah-istilah seperti *torluk* (Angkola), *limpo* (Sulawesi selatan), *nuru* (Buru), *payar* (Bali), *paer* (Lombok), *Ulayat* (Minangkabau).

Berkaitan dengan hak masyarakat adat atas wilayah tertentu atau yang biasa di sebut sebagai hak ulayat, maka pembicaraan itu merujuk pada satuan geografis. Sedangkan jika berbicara tentang hak, maka yang tercakup wewenang-wewenang atau otoritas yang didasarkan pada kemauan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu di atas wilayah ulayat.¹⁸⁰ Dengan demikian hak ulayat merujuk kepada suatu hubungan antara masyarakat adat dengan wilayah tertentu. Hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah ulayatnya melahirkan hak ulayat, dan hubungan antara perorangan atas tanah.¹⁸¹ Mengenai hubungan tersebut, Ter Haar¹⁸² menyatakan :

“hubungan hidup antar umat manusia yang teratur susunannya dan bertalian satu sama lain di satu pihak dan tanah di lain pihak yaitu tanah di mana mereka berdiam, tanah yang memberikan makan mereka, tanah di mana mereka dimakamkan dan yang menjadi tempat kediaman orang-orang halus pelindungnya beserta arwah leluhurnya tanah dimana meresap daya-daya hidup, termasuk hidupnya umat itu dan karenanya tergantung dari padanya, maka pertalian demikian itu yang dirasakan dan berakar dalam alam pikirannya “serba berpasangan” (*participerend denken*) itu dengan seharusnya dianggap sebagai pertalian hukum (*rechtssbetrekking*) umat manusia terhadap tanah.”

Hubungan yang terjalin antara masyarakat hukum adat dengan tanah sebagai suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan sebagai persekutuan hukum. Persekutuan-persekutuan hukum (*rectsgemeenschappen*) yaitu “gerombolan yang teratur bersifat tetap dengan mempunyai kekuasaan sendiri, pula kekayaan sendiri berupa benda yang kelihatan hak dan tidak kelihatan”.¹⁸³

¹⁸⁰ Ronald .Z. Titahelu, *Asas-Asas Penguasaan Tanah Ulayat Dalam Sistem Hukum Nasional*, Disampaikan Dalam Kerangka Mempersiapkan Naskah Akademik Peraturan Daerah Kabupaten Halmahera Utara, Provinsi Maluku Utara, Juni 2008

¹⁸¹ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria*, Isi, Dan pelaksanaanya, Djembatan, 2003, hal.234

¹⁸² Ter Haar Bzn-K. Ng. Soebakti Poespono, *op cit*, hal 49

¹⁸³ *Ibid.*, hal 89

Jelas terlihat bahwa untuk dapat disebut sebagai persekutuan hukum harus memenuhi beberapa unsur yakni: 1) adanya keteraturan; 2) mempunyai wilayah tetap; 3) mempunyai kekuasaan sendiri; 4) mempunyai kekayaan sendiri. Berupa benda yang kelihatan maupun tidak.

Hak ulayat pada dasarnya adalah suatu hak dari persekutuan atas tanah yang didiami, sedangkan pelaksanaannya dilakukan baik oleh persekutuan itu sendiri maupun oleh kepala persekutuan atas nama persekutuan. Pada umumnya wilayah ulayat merupakan suatu wilayah yang di dalamnya terdapat bagian-bagian yang secara alami terwujud dalam satu kesatuan yang saling terkait dan tidak dapat dipisahkan. Dengan kondisi geografis yang terbentuk alami ini, maka yang menjadi objek dari hak ulayat ini terdiri dari ruang daratan, perairan yang meliputi danau, sungai dan perairan pesisir maupun laut, tumbuh-tumbuhan yang hidup secara liar (pohon-pohon yang dapat dipergunakan baik untuk kayu bakar atau untuk kebutuhan pertukangan). Wilayah ulayat di satuan-satuan masyarakat hukum adat di Indonesia pada umumnya berada di benteng darat baik di Kolonial Belanda. Terhadap hal ini ada yang menguntungkan namun juga ada yang merugikan. Pengaruh yang menguntungkan tentunya memberikan perlindungan bagi hak ulayat terhadap wilayahnya. Contohnya surat-surat piagam yang dikeluarkan oleh kerajaan-kerajaan yang maksudnya menegaskan batas-batas wilayah persekutuan yang bersangkutan. Hal semacam ini juga terdapat pada pemerintahan kolonial belanda, yaitu dengan diumumkannya “ordonansi-ordonansi”: seperti desa *ordonantie staatblaad* 1941 No.356 dan marga- *ordonantie staatblaad* 1931 No.6

Sebagai suatu persekutuan hukum dalam mempertahankan hak ulayatnya, pada dasarnya masyarakat hukum adat masih mempraktikkan kebiasaan-kebiasaan secara berulang-ulang yang disertai sanksi-sanksi tertentu, dalam memanfaatkan sumberdaya alam yang ada di dalamnya, baik di darat maupun di pesisir, yang diperlukan bagi kehidupan mereka. Kegiatan-kegiatan yang memanfaatkan sumber daya alam baik di darat maupun di wilayah pesisir yang ada di permukaan maupun yang berada di dalam tanah memperlihatkan kecenderungan adanya pemeliharaan lingkungan terhadap kerusakan, kebiasaan-kebiasaan yang dipraktekan secara berulang-ulang di

berbagai wilayah memperlihatkan variasi yang cenderung individualistik, sekalipun di beberapa desa masih memperlihatkan karakter komunal.

Sementara itu, kekayaan alam mineral yang ada di perut bumi yang dapat ditambang antara lain seperti emas dan nikel serta hasil, ataupun kekayaan alam berupa air di bawah tanah, dan kekayaan alam berupa energi, seluruhnya berada dalam wilayah ulayat. Di atas wilayah ulayat ini terdapat kesatuan aktivitas dari masyarakat. Kesatuan aktivitas di bidang ekonomi, sosial, budaya bahkan politik, dan tempat pemukiman di dalam wilayah ulayat pada hakekatnya didasarkan pada prinsip-prinsip yang diwariskan oleh leluhur masyarakat hukum adat setempat, warisan mana mencirikan perbedaan-perbedaan yang dipengaruhi oleh sistem pemerintahan sebelumnya, seperti kesultanan, dan juga perbedaan ciri penguasaan dan pemanfaatan lahan di antara lingkup-lingkup masyarakat.

C. Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah Dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum

Hak menguasai tanah oleh negara di Indonesia termuat dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang berbunyi : Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Sebelum amandemen UUD 1945, Pasal 33 ayat (3) tersebut dijelaskan dalam penjelasan Pasal 33 alinea 4 yang berbunyi : Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya adalah pokok-pokok kemakmuran rakyat. Sebab itu harus dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.

Penjelasan otentik tentang pengertian bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya (disebut sumber daya alam selanjutnya disingkat SDA) dikuasai oleh negara, termuat dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang “Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria” atau lebih terkenal dengan nama “Undang-Undang Pokok Agraria” selanjutnya disingkat UUPA mulai berlaku pada tanggal 24 September 1960. Pasal 2 UUPA yang merupakan aturan pelaksanaan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, menjelaskan pengertian hak menguasai SDA oleh negara.

Sesuai dengan Penjelasan Umum II/2 UUPA, perkataan “dikuasai”

dalam pasal ini bukanlah berarti “dimiliki”, akan tetapi adalah pengertian, yang memberi wewenang kepada negara, sebagai organisasi kekuasaan dari bangsa Indonesia itu, untuk pada tingkatan yang tertinggi :

- a. mengatur dan menyelenggarakan peruntukkan, penggunaan, persediaan dan pemeliharannya;
- b. menentukan dan mengatur hak-hak yang dapat dipunyai atas (bagian dari) bumi, air dan ruang angkasa itu;
- c. menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.
- d. Segala sesuatu dengan tujuan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat dalam rangka masyarakat yang adil dan makmur.

Dengan demikian, menurut konsep UUPA, pengertian “dikuasai” oleh negara bukan berarti “dimiliki”, melainkan hak yang memberi wewenang kepada negara untuk mengatur 3 hal tersebut di atas. Isi wewenang Negara yang bersumber pada hak menguasai SDA oleh negara tersebut semata-mata “bersifat publik”, yaitu wewenang untuk mengatur (wewenang regulasi) dan bukan wewenang untuk menguasai tanah secara fisik dan menggunakan tanahnya sebagaimana wewenang pemegang hak atas tanah yang “bersifat pribadi”. Hubungan hukum antara negara dengan tanah melahirkan hak menguasai tanah oleh negara.¹⁸⁴ Hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah ulayatnya melahirkan hak ulayat, dan hubungan antara perorangan dengan tanah melahirkan hak-hak perorangan atas tanah.¹⁸⁵ Idealnya hubungan hak menguasai tanah oleh negara, hak ulayat dan hak perorangan atas tanah terjalin secara harmonis dan seimbang. Artinya, ketiga hak itu sama kedudukan dan kekuatannya, dan tidak saling merugikan, namun peraturan perundang-undangan di Indonesia, memberi kekuasaan yang besar dan tidak jelas batas-batasnya kepada negara untuk menguasai semua tanah yang ada di wilayah Indonesia.

¹⁸⁴ A.P. Parlindungan. *Komentar Atas Undang-undang Pokok Agraria*, Alumni, Bandung, 1982. hlm. 11.

¹⁸⁵ B. Harsono. *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid 1, Djambatan, Jakarta, 2003. hlm. 235.

Akibatnya, terjadi dominasi hak menguasai tanah oleh negara terhadap hak ulayat dan hak perorangan atas tanah, sehingga memberi peluang kepada negara untuk bertindak sewenang-wenang dan berpotensi melanggar hak ulayat dan hak perorangan atas tanah. Salah satu wewenang negara yang bersumber pada hak menguasai tanah oleh negara yakni memberikan suatu hak atas tanah atau hak-hak lainnya kepada orang, baik sendiri maupun bersama orang-orang lain, serta badan-badan hukum. Pemberian hak ini dapat melanggar hak ulayat masyarakat hukum adat yang diakui, dihormati dan sekaligus juga diingkari oleh peraturan perundang-undangan yang mengingkari hak ulayat.

Peraturan perundang-undangan di Indonesia, di samping ada yang mengakui dan menghormati hak ulayat seperti halnya dalam UUPA, juga ada yang mengingkari hak ulayat masyarakat hukum adat. Peningkaran tersebut dilakukan dengan cara mengingkari eksistensi tanah ulayat yang dinyatakan sebagai tanah negara. Dengan dinyatakannya tanah ulayat sebagai tanah negara, menyebabkan hilangnya hak-hak masyarakat hukum adat/warga masyarakat hukum adat yang berdasar hak ulayatnya, karena hak-hak itu ada di atas tanah ulayat.

Oleh karena itu, peningkaran terhadap tanah ulayat juga berarti peningkaran terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat. Peraturan perundang-undangan yang mengingkari tanah ulayat diantaranya: Undang-undang Nomor 5 Tahun 1967 tentang “Ketentuan-ketentuan Pokok Kehutanan”; Undang-undang Nomor 41 tahun 1999 tentang “Kehutanan”; Undang-undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang “Ketentuan-ketentuan Pokok Pertambangan”; dan Undang-undang Nomor 22 tahun 2001 tentang “Minyak dan Gas Bumi”.

Terkait dengan kewenangan pemerintah untuk mengatur penggunaan, peruntukkan dan penyediaan tanah maka hak-hak privat yang terkristalisasi dalam berbagai hak sebagaimana tertuang dalam Pasal 6 UUPA harus tunduk pada peraturan-peraturan yang didasarkan pada hak menguasai dari negara atas tanah dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Termasuk dalam hal ini hak milik atas tanah warga dapat diambil alih atau dicabut haknya guna pemenuhan kebutuhan atas tanah yang diperuntukkan bagi

pelaksanaan kegiatan pembangunan untuk kepentingan umum. Mengingat pengambilalihan tanah menyangkut hak-hak individu atau masyarakat, maka pengambilalihan tanah harus memperhatikan prinsip keadilan sehingga tidak merugikan pemilik asal.

Salah satu prinsip dasar dari pengambilalihan tanah yang universal adalah *“no private property shall be taken for public use without just and fair compensation”*, artinya proses pengambilalihan tanah dilakukan dengan kompensasi yang jujur dan adil. Namun demikian dalam praktiknya prinsip-prinsip tersebut sering terabaikan dan pemerintah selaku penyelenggara negara lebih mengedepankan kekuasaannya dengan menggunakan tameng hak menguasai negara dan kepentingan umum.

Upaya menjembatani kepentingan rakyat atas tanahnya dan pemenuhan kebutuhan tanah untuk kegiatan telah dilakukan pemerintah dengan mengeluarkan Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah bagi pelaksanaan Pembangunan untuk Kepentingan Umum sebagai pengganti Keppres No.55 Tahun 1993. Pada awalnya Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 menuai kontroversi yang bersumber pada definisi kepentingan umum yang terlalu luas dan jaminan kompensasi bagi masyarakat yang tanahnya diambil alih untuk kegiatan pembangunan demi kepentingan umum.

Namun dengan dikeluarkannya Perpres No. 65 Tahun 2006 tentang Perubahan Perpres No. 36 Tahun 2005, definisi kepentingan umum relatif lebih tegas dan berkepastian hukum, yaitu dengan berkurangnya jenis kepentingan umum dari 21 (dua puluh satu) menjadi 7 (tujuh) jenis serta penegasan pembatasan pengadaan tanah untuk kepentingan umum terbatas pada kepentingan umum yang dilaksanakan oleh pemerintah atau Pemerintah Daerah yang selanjutnya dimiliki atau akan dimiliki oleh pemerintah atau Pemerintah Daerah.

Hal penting lainnya yang patut digarisbawahi, dalam Perpres tersebut tidak lagi dimungkinkan pengadaan tanah bagi pelaksanaan pembangunan untuk kepentingan umum melalui mekanisme pencabutan hak atas tanah. Artinya pemerintah memberikan perlindungan kepada masyarakat untuk tidak mengambilalih hak tanahnya secara paksa melainkan melalui mekanisme

pelepasan atau penyerahan hak atas tanah yang dilakukan melalui musyawarah dan kesepakatan para pihak yang berkepentingan.

Masyarakat pada dasarnya tidak keberatan jika tanah miliknya harus diambil alih untuk kepentingan pembangunan yang tujuannya untuk kesejahteraan bersama, namun praktik-praktik pengambilalihan tanah selama ini seringkali dimanfaatkan oleh kelompok-kelompok tertentu untuk keuntungan sendiri dengan berkedok kepentingan umum, telah menciptakan keraguan pada masyarakat setiap kali ada kegiatan pengambilalihan tanah untuk kepentingan umum. Kedepan perlu dipikirkan bahwa pengadaan tanah jangan hanya dilihat dari hasilnya, tetapi juga prosesnya. Seyogyanya untuk setiap kegiatan pembangunan, baik yang dilakukan pemerintah/Pemerintah Daerah atau pihak swasta, sepanjang hal itu berdampak terhadap penurunan kesejahteraan sosial ekonomi pemegang hak atas tanah, tata caranya harus diatur dalam undang-undang.

Mengingat Perpres ini bermasalah, baik dari segi substansi maupun adahnya serta berpeluang tidak berlaku secara sosiologis, maka perlu ditunda pemberlakuannya. Untuk mencegah kekosongan hukum, Keppres No. 55/1993 diberlakukan kembali untuk sementara waktu sampai dengan terbentuknya undang-undang tentang pengadaan tanah. Benar bahwa setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Undang-Undang tersebut telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011), penerbitan Keppres tidak lagi dimungkinkan (Pasal 7). Namun Keppres Nomor 55 Tahun 1993 yang semestinya tetap berlaku bila tidak diganti dengan Perpres yang bermasalah ini, dapat diberlakukan kembali dengan membaca Keputusan Presiden sebagai Peraturan Presiden sesuai Pasal 56 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004.

Hal lain yang perlu mendapat perhatian yaitu mengenai “ganti kerugian yang layak menurut cara yang diatur undang-undang,” pemerintah sebagai pihak yang mengambil kebijakan dengan berlandaskan kepentingan umum, kadangkala mengabaikan hak-hak rakyat pemegang hak atas tanah tersebut. Penghormatan terhadap hak-hak atas tanah tentunya juga kepada pemegang haknya. Oleh karena itu mengenai pelepasan dan pembebasan tanah yang dikuasai oleh masyarakat adat atau tanah ulayat juga harus dilakukan sesuai

dengan prosedur yang benar dan penentuan ganti kerugian yang layak. Konferensi PBB tentang Lingkungan Hidup dan Pembangunan yang diadakan di Rio de Janeiro pada Juni 1992, menghasilkan sebuah perkembangan baru bagi masyarakat adat tentang hubungan mereka dengan PBB. Konferensi tersebut mengakui bahwa masyarakat adat dan komunitasnya memiliki peran yang sangat penting dalam pengelolaan lingkungan dan pembangunan, berdasarkan ilmu yang dimiliki dan praktik-praktik tradisional mereka.

Ditekankan bahwa usaha dalam lingkup nasional dan internasional untuk menerapkan pembangunan yang berkesinambungan dan berorientasi lingkungan harus mengakui, mengakomodasi, memajukan dan memperkuat peran masyarakat adat dan komunitasnya. Pasal 26 dari Agenda 21 (program aksi yang ditetapkan dalam konferensi) diperuntukkan bagi masyarakat adat. Masyarakat adat mengadakan pertemuan dalam Pertemuan Bumi, yaitu suatu forum organisasi non pemerintah yang terbesar. Forum tersebut menetapkan Deklarasi Kari-Oka, sebuah deklarasi mengenai lingkungan dan pembangunan. Salah satu hasil dari forum tersebut adalah ditandatanganinya Konvensi Keanekaragaman Hayati yang memasukkan kondisi-kondisi yang berhubungan dengan masyarakat adat.¹⁸⁶

Pada 29 Juni 2006 disepakati Deklarasi PBB tentang Hak-Hak Masyarakat Asli/Masyarakat Adat (*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*). Deklarasi ini bersifat progresif karena mengakui landasan-landasan penting dalam perlindungan, pengakuan dan pemenuhan hak-hak masyarakat adat. Deklarasi ini berisi pengakuan baik terhadap hak individu maupun hak kolektif masyarakat adat, hak atas identitas budaya, hak atas pendidikan, kesehatan, bahasa dan hak-hak dasar lainnya. Deklarasi ini mengakui hak masyarakat adat untuk menentukan nasib sendiri (*self-determination*), dan pengakuan terhadap hak masyarakat adat atas tanah, wilayah dan sumberdaya alam dan partisipasi dalam pembangunan. Sebagai Hak Asasi Manusia, maka terhadap hak ulayat berlaku doktrin umum tentang kewajiban negara untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfill*) hak ulayat masyarakat adat.

¹⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 130

Melihat instrumen hukum HAM Internasional tentang Hak-hak Ekonomi Sosial dan Budaya banyak yang berkaitan dengan hak ulayat, maka pemerintah harus melakukan tindakan positif berupa serangkaian tindakan dalam menghormati, melindungi, memenuhi hak ulayat dan melakukan penegakan hukum terhadap pelanggaran hak yang terjadi. Indonesia sebagai salah satu negara penandatangan deklarasi tersebut mengemban amanah untuk mengadopsinya dalam hukum nasional Indonesia. Paket empat kali amandemen UUD 1945 (1999-2002) menjadi ruang di mana pertarungan ide berlangsung. Setidaknya ada dua komponen yang berkaitan dengan relasi antara masyarakat adat dengan sumberdaya alam (hak ulayat) serta relasi antara negara dengan sumberdaya alam, yang mesti dilihat sebagai suatu keterkaitan. Keterkaitan itu beranjak dari asumsi bahwa “hak” merupakan tema yang bersifat formal, relasional dan diskretif.

Kemajuan terpenting dari pengakuan hak ulayat dalam Konstitusi di Indonesia ditemukan sebagai hasil amandemen kedua Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia 1945. Pasal 18 B ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia 1945 menyebutkan:

- (1) Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.
- (2) Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

Ketentuan di atas memisahkan antara persoalan tata pemerintahan yang bersifat khusus dan istimewa yang diatur dengan undang-undang (Pasal 18B ayat (1)) dengan persoalan hak ulayat dan pembatasannya (Pasal 18B ayat (2)). Selama ini, persoalan ulayat sering dikaitkan dengan hak-hak atas sumberdaya alam yang ditarik dari sistem kerajaan pada masa lalu. Pemisahan antara Pasal 18B ayat (1) dengan Pasal 18B ayat (2) memberi arti penting untuk membedakan antara bentuk persekutuan masyarakat (hukum) adat dengan pemerintahan “kerajaan” lama yang masih hidup dan dapat bersifat istimewa.

Meskipun negara sudah mengakui dan menghormati keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak ulayatnya secara deklaratif, Pasal 18B ayat (2) merumuskan beberapa persyaratan yang harus dipenuhi suatu masyarakat untuk dapat dikategorikan sebagai masyarakat hukum adat beserta hak ulayat yang dapat dinikmatinya secara aman. Persyaratan-persyaratan itu secara kumulatif yaitu:

- a. Sepanjang masih hidup
- b. Sesuai dengan perkembangan masyarakat
- c. Sesuai dengan prinsip NKRI
- d. Diatur dalam undang-undang

Rikardo Simarmata menyebutkan bahwa persyaratan terhadap masyarakat adat dan hak ulayatnya yang dilakukan oleh UUD 1945 pasca amandemen memiliki sejarah yang dapat dirunut dari masa kolonial. *Aglemene Bepalingen* (1848), *Reglemen Regering* (1854) dan *Indische Staatregeling* (1920 dan 1929) mengatakan bahwa orang pribumi dan timur asing yang tidak mau tunduk kepada hukum Perdata Eropa, diberlakukan undang-undang agama, lembaga dan adat kebiasaan masyarakat, sepanjang tidak bertentangan dengan asas-asas yang diakui umum tentang keadilan.¹⁸⁷ Persyaratan yang demikian berifat diskriminatif karena terkait erat dengan eksistensi kebudayaan. Orientasi persyaratan yang muncul yaitu upaya untuk menundukkan hukum adat/lokal dan mencoba mengarahkannya menjadi hukum formal/ positif/nasional. Di sisi lain juga memiliki pra anggapan bahwa masyarakat adat merupakan komunitas yang akan “dihilangkan” untuk menjadi masyarakat yang modern, yang mengamalkan pola produksi, distribusi dan konsumsi ekonomi modern.

Pengakuan bersyarat terhadap masyarakat adat dalam sejarah Republik Indonesia dimulai pada UUPA, Undang-Undang Kehutanan Lama, Undang-Undang Pengairan, Undang-Undang Kehutanan Baru dan beberapa peraturan departemen dan lembaga pemerintahan. Setelah Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia 1945 mengadopsi empat persyaratan bagi masyarakat adat, kemudian berbagai undang-undang yang

¹⁸⁷ Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, UNDP, Jakarta, 2006, him. 309-310.

lahir pasca amendemen mengikuti alur tersebut, antara lain oleh Undang-Undang Sumberdaya Air, Undang-Undang Perikanan dan Undang-Undang Perkebunan. Pengakuan bersyarat ini mengindikasikan bahwa pemerintah masih belum bersungguh-sungguh membuat ketentuan yang jelas untuk menghormati dan mengakui hak ulayat masyarakat hukum adat.

Pengaturan tentang masyarakat hukum adat dan hak ulayatnya sampai hari ini masih bersifat tidak jelas dan tidak tegas. Tidak jelas karena belum ada aturan yang konkrit tentang apa saja hak, hak yang terkait dengan keberadaan masyarakat yang dapat dinikmatinya. Dikatakan tidak tegas karena belum ada mekanisme penegakan yang dapat ditempuh dalam pemenuhan hak masyarakat adat, yang dapat dituntut di muka pengadilan (*justiciable*). Ketidakjelasan dan ketidaktegasan itu terjadi dikarenakan dua hal, yaitu antara ketidakmampuan dan ketidakmauan pemerintah membuat ketentuan yang umum tentang pengakuan (hak-hak) masyarakat adat. Tidak mampu karena persekutuan masyarakat adat di Indonesia sangat beragam berdasarkan sebaran pulau, sistem sosial, antropologis dan agama. Tidak mau karena pengaturan yang kabur tentang masyarakat memberikan ruang diskresi dan hegemoni kepada pemerintah untuk dapat memanipulasi hak-hak asli masyarakat demi kepentingan eksploitasi sumberdaya alam yang berada di wilayah masyarakat adat.

Ketidakmauan ini menguntungkan penguasa dan merugikan masyarakat adat. Persyaratan dalam Pasal 18B ayat (2) berserta dengan serangkaian persyaratan yang dilanjutkan oleh beberapa undang-undang yang ada kaitannya dengan sumberdaya alam menunjukkan bahwa negara dalam hal ini pemerintah baru bisa mengakui dan menghormati hak ulayat masyarakat adat secara deklaratif, belum sampai pada tindakan hukum untuk melindungi dan memenuhi agar hak ulayat masyarakat adat dapat terpenuhi. Bahkan sama sekali belum meyentuh mekanisme penegakan hukum nasional bila terjadi pelanggaran terhadap hak ulayat yang sudah dianggap sebagai hak asasi manusia.

Seperti telah disebutkan bahwa pengakuan tentang keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak ulayatnya tertuang dalam Pasal 18 B ayat (2) juga dalam Pasal 28i ayat (3), namun dalam kenyataannya pengakuan

terhadap keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisional, yang biasa disebut hak ulayat, seringkali tidak konsisten dalam pelaksanaan pembangunan nasional. Titik berat hak ulayat yakni penguasaan atas tanah adat beserta seluruh isinya oleh masyarakat hukum adat. Penguasaan di sini bukanlah dalam arti memiliki tetapi hanya sebatas mengelola. Hal ini dapat dilihat dalam peraturan-peraturan perundangan yang diterbitkan, seperti dalam UU Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, UU Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas, UU Nomor 21 tentang Otonomi Khusus Papua, UU Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan, dan UU Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. Hal yang sama, misalnya dalam UU Nomor 41 tahun 1999 tentang Kehutanan, secara eksplisit disebutkan bahwa status hutan itu hanya ada 2 (dua) yaitu hutan negara dan hutan hak. Hutan adat disebutkan sebagai hutan negara yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat. Padahal dalam kenyataannya hutan adat telah ada sebelum Negara Republik Indonesia berdiri pada 17 Agustus 1945, mungkin disebabkan karena pengakuan terhadap eksistensi atau keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak ulayatnya sendiri masih tidak konsisten. Ketidakkonsistenan tersebut dikarenakan belum ada kriteria yang baku mengenai keberadaan masyarakat hukum adat beserta hak ulayatnya di suatu wilayah.

Terhadap eksistensi hak ulayat/pertuanan, Hermayulis¹⁸⁸, menyatakan bahwa setidaknya berkembang tiga pendapat tentang tanah ulayat, yaitu; tanah ulayat sudah tidak ada, tanah ulayat masih ada, dan pendapat ragu-ragu yaitu tanah ulayat ada dan tiada. Pendapat-pendapat tersebut umumnya berkaitan dengan kepentingan yang terkandung di dalamnya.

Untuk mengetahui apakah tanah-tanah adat yang berada dalam wilayah pertuanan di Maluku masih ada atau tidak, tentunya harus dilakukan penelitian dan penelitian menunjukkan bahwa tanah-tanah adat sebagai hak ulayat/ pertuanan beserta hak-hak lainnya yang masuk dalam lingkup wilayah pertuanan, secara faktual masih eksis dan tetap dipertahankan oleh masyarakat hukum adat di Maluku, walaupun eksistensi atas wilayah hak

¹⁸⁸ Hermayulis dalam Lokakarya “Pemberdayaan Hak Masyarakat Hukum Adat Mendukung Kegiatan Otonomi Daerah 21 Agustus 2008.

ulayat atau pertuanan itu ada yang telah berubah karena ada bagian tanah-tanah pertuanan yang telah dikeluarkan dari wilayah pertuanan disebabkan oleh berbagai hal yang berkaitan dengan pembangunan dan kebutuhan ekonomi masyarakat.

Asal mula penguasaan suatu pertuanan, menurut sejarah masyarakat setempat, adalah beragam dalam prosesnya di berbagai tempat atau pulau yang berbeda, meskipun ada satu pola umum yang sama. Kedatangan orang-orang pertama di suatu tempat tertentu, biasanya yang mengawali penguasaan atas suatu wilayah pertuanan. Untuk memenuhi kebutuhan hidupnya, orang-orang pertama ini melakukan pembukaan suatu lahan untuk rumah dan kebun, kemudian dilanjutkan dengan pembukaan hutan sekitarnya untuk perladangan daur ulang (*shifting cultivation*), berburu, dan meramu hasil hutan. Kemudian mereka meletakkan suatu tanda tertentu (biasanya tanda-tanda alam) pada titik-titik terjauh yang dapat mereka capai dari pusat pemukiman. Dengan menarik garis lurus dari yang menghubungkan semua titik tersebut, maka suatu garis batas lengkap suatu pertuanan negeri sudah tercipta.

Di Maluku Barat Daya, Maluku Tenggara Barat, Maluku Tenggara, dan Maluku Tengah dan Kota Ambon, pada umumnya penguasaan atas tanah adat hanya ada pada Negeri/Ohoi/Letha/Lekhe, Soa, dan Mata Rumah. Sementara itu tidak jauh berbeda dengan di kabupaten lainnya, penguasaan tanah adat di Maluku Tengah khususnya di Pulau Ambon dan Lease umumnya mengenal bentuk hak atas tanah, yakni;

- a. Tanah Dati, yaitu tanah milik klen (*fam*) atau milik mata rumah yang terlepas dari sesuatu yang ada di atas tanah tersebut. Dalam sistem Dati suatu kerabat atau klen (*fam*) mata rumah maupun persekutuan dapat menikmati tanah-tanah yang berada di bawah kekuasaan hak pertuanan suatu negeri. Jadi hak menikmati tanah-tanah dati tidak di berikan kepada orang seorang atau pribadi, tetapi kepada kelompok orang yang bernaung di bawah suatu kerabat *fam* atau mata rumah atau cabang kerabat ataupun suatu persekutuan.
- b. Tanah perusah adalah tanah yang dibuka atau diperusah sendiri-sendiri atau bersama-sama oleh anak negeri di atas tanah pertuanan, biasanya tanah yang masih *ewang*.

- c. Tanah Negeri/ulayat yaitu hutan yang sudah di pelihara dan dijaga, rakyat tidak lagi bebas dalam mengambil hasilnya, karena segala hasilnya adalah untuk kas Negeri. Tanah negeri biasanya mempunyai tanam-tanaman yang menghasilkan buah-buahan seperti bambu, rotan, damar, dan pohon-pohon yang menghasilkan buah-buahan seperti durian, langsung, kelapa, dan pohon-pohon lainnya yang menghasilkan buah dan pohon mayang yang dapat disadap airnya.
- d. Dati Raja (Tanah Dati Raja) adalah tanah atau dusun yang diberikan kepada seorang kepala persekutuan masyarakat hukum adat (Raja) selama ia mengaku jabatan pemerintah dari negerinya.
- e. Tanah pusaka adalah dusun yang merupakan milik bersama dari suatu kelompok ahli waris yang mereka peroleh melalui pewarisan. Pada mulanya tanah pusaka itu adalah milik seseorang secara pribadi yang biasa diperolehnya melalui beberapa cara:
 - 1. Dengan menggarap atau memperusah sepotong tanah negeri yang masih merupakan hutan atau *ewang* dengan izin pemerintah Negeri.
 - 2. Untuk mendapatkan tanah pusaka bisa juga melalui pembelian oleh seseorang yang dinamakan *dusun babalian*, jika *dusun babalian* ini kemudian sampai diwarisi oleh keturunannya, maka statusnya berubah menjadi *dusun pusaka*.
 - 3. Tanah pusaka bisa juga berasal dari suatu pemberian, misalnya seorang perempuan yang akan kawin dihadiahi oleh babaknya sepotong dusun yang disebut *dusun atitin* atau *dusun lelepele*. Jika kemudian hari sampai di warisi oleh anak-anaknya, maka *dusun atitin* ini menjadi *dusun pusaka* turun temurun bagi anak-anaknya itu.

Penentuan batas wilayah pertuanan sebuah desa/negeri pada awalnya ditetapkan oleh para leluhur atau datuk-datuk lewat *saniri negeri* atau badan pemerintahan adat sebuah persekutuan adat di masa lalu melalui suatu kesepakatan bersama antara persekutuan-persekutuan adat yang berbatasan.

Seiring dengan perkembangan jumlah jiwa anggota suatu persekutuan masyarakat hukum adat/negeri, tanah-tanah pertuanan suatu negeri dalam perkembangan selanjutnya dikelola oleh anggota persekutuan tersebut menjadi milik atau hak perorangan dimana hak penguasaan atau pengolahannya lebih kuat dari hak pertuanan.

Peranan persekutuan adat tidak hilang begitu saja walau secara perseorangan tanah tersebut telah dikuasai oleh seseorang/keluarga/kelompok, pemerintah negeri dari persekutuan adat tersebut masih memiliki peran untuk membatasi (mengatur) perbuatan hukum yang dilakukan oleh si pemilik tanah tadi guna menjaga ketertiban sebagaimana diharapkan bahwa pembukaan atau pengelolaan suatu tanah pertuanan dapat menciptakan kemakmuran atau kesejahteraan bagi anggota persekutuan tersebut.

Berdasarkan uraian tersebut di atas maka sesungguhnya masyarakat hukum adat di Maluku, memiliki suatu kewenangan terhadap tanah-tanah yang ada di dalam lingkungan dan pada persekutuan tersebut. Wewenang tersebut berpangkal pada suatu hak penguasaan tanah ulayat berdasarkan hak masyarakat hukum adat dengan mengelola tanah-tanah tersebut untuk kepentingan bersama.

Wewenang masyarakat adat atas tanah dan sumber daya yang dimaksud umumnya mencakup;

1. Mengatur dan menyelenggarakan penggunaan tanah (untuk pemukiman, bercocok tanam, dan lain-lain) persediaan (pembuatan pemukiman/perladangan baru dan lain-lain) dan pemeliharaan tanah.
2. Mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah (memberikan hak tertentu kepada subyek tertentu)
3. Mengatur dan menetapkan hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang berkenan dengan tanah (jual beli, warisan dan lain-lain).

Kewenangan masyarakat hukum adat tidak hanya terpaut pada obyek tanah, tetapi juga atas obyek-obyek sumber daya alam lainnya yaitu semua yang ada di atas tanah (pepohonan, binatang, bebatuan yang memiliki makna ekonomis); di dalam tanah (bahan-bahan galian), dan juga sepanjang pesisir

pantai, juga diatas permukaan air, di dalam air maupun bagian tanah yang berada di dalamnya.

Sebagai anggota persekutuan setiap individu mempunyai hak untuk mengumpulkan hasil-hasil hutan seperti kayu, rotan dan sebagainya, memburu hewan liar yang hidup di wilayah wewenang persekutuan, mengambil hasil dari pohon-pohon yang tumbuh liar termasuk tanaman obat, membuka tanah dan mengerjakan tanah-tanah itu terus menerus.

Pemanfaatan tanah oleh masyarakat adat di Maluku adalah untuk pemukiman, pekuburan serta untuk bercocok tanam yaitu untuk areal perkebunan dengan komoditas utamanya meliputi kelapa, cengkeh, pala, kakao dan jambu mete, untuk tanaman pangan, yang meliputi padi dan tanaman palawija seperti jagung, ubi kayu, ubi jalar, kacang tanah, kacang hijau dan lain-lain.

Setiap orang yang ingin mendapatkan manfaat atas sebidang tanah-tanah adat yang berada dalam wilayah persekutuan harus atas sepengetahuan dan seizin kepala masyarakat adat setempat.

Dengan demikian hubungan masyarakat hukum adat dengan tanah seperti ini adalah hubungan menguasai, bukan memiliki secara perdata, artinya dimana mereka dapat menduduki tanah tersebut disitulah mereka menguasai, dan memanfaatkannya secara kolektif. Konsep hak atas tanah pertuanan tidak dikenal adanya milik individual, dan walaupun ada milik individual, hak milik itu hanya atas tanah pekarangan yang sifatnya tidak mutlak. Namun demikian, dalam perkembangan pembangunan dan kebutuhan ekonomi masyarakat sekarang ini, tidak dapat dihindari terjadinya individualisasi hak atas tanah-tanah adat di Maluku, sebagai contoh tanah dati, sebagai tanah kerabat yang menurut normanya tidak boleh diasingkan atau dialihkan untuk selamanya dalam pengertian di jual atau dihibahkan kepada orang/badan hukum dari luar masyarakat hukum adat bersangkutan, ternyata kini telah banyak yang dialihkan kepemilikannya.

Masyarakat hukum adat Maluku pada umumnya sangat menghormati dan sadar pula bahwa sebidang tanah yang digarap sejak leluhur adalah tanah adat yang dari padanya mereka hidup serta tunduk pada aturan-aturan adat yang mengikat. Bagi masyarakat hukum adat Maluku, kampung halaman

atau negeri memang bukan hanya tempat berdirinya rumah, pekarangan dan ladang, tetapi juga seluruh benda yang ada di atasnya (hutan, bukit, lembah, sungai dan laut) ataupun yang ada di bawah tanah. Seluruh wilayah itu adalah pertuanan (dari kata “tuan” atau “pemilik”), sehingga kata pertuanan selalu disebutkan dengan nama pemilik, misalnya pertuanan negeri Hutumuri, suatu negeri terletak di wilayah kota Ambon. Dengan menyebut “negeri” itu berarti suatu pertuanan adalah milik bersama masyarakat hukum adat setempat.

Negeri/Ohoi/Lekhe/Leta atau istilah lainnya selalu mengandung makna komunal, dan pertuanan selalu merupakan konsep kepemilikan bersama atas suatu wilayah komunal pula. Secara singkat, konsep dasar kepemilikan tanah (dan laut) tradisional di Maluku, pada hakikatnya adalah suatu konsep kepemilikan bersama masyarakat hukum adat setempat. Berdasarkan konsep ini, maka masyarakat hukum adat Maluku, kemudian mengembang satu konsep khas tentang pengelolaan sumber daya alam dalam wilayah pertuanan mereka sesuai dengan pola-pola hubungan sosial dan kekerabatan yang juga khas setempat. Menurut Roem Topatimasang di Maluku Tengah, di mana struktur sosial relatif lebih setara (egaliter) dengan satu sistem kepemimpinan dan pemerintahan desa yang hanya terbatas pada satu negeri (desa) saja, pengelolaan sumberdaya alam setempat pun relatif lebih sederhana dibanding daerah lain di Maluku. Proses pengambilan keputusannya dapat dilakukan lebih cepat dan ringkas, misalnya cukup hanya dengan mendengarkan pendapat dan saran-saran dari semua perwakilan marga atau soa yang ada. Di Maluku Tenggara khususnya di Kepulauan Kei, prosesnya agak berbeda karena masih berlakunya pelapisan sosial atas dasar kelas (kasta) yang cukup rumit. Pengelolaan sumberdaya alam menjadi lebih rumit karena tidak hanya melibatkan satu negeri saja, tetapi juga melibatkan proses-proses politik lokal dengan struktur kekuasaan majemuk persekutuan (federasi) beberapa negeri yang disebut *Ratcshaap*. Akibatnya proses pengambilan keputusan tersebut menjadi lebih lama, dan seringkali menghasilkan ketegangan dan ketidakmerataan bahkan ketidakadilan pembagian hasil diantara mereka sendiri.

Satu ciri yang sama di Maluku adalah dalam sistem pengelolaan sumberdaya alam yang didasarkan atas dasar prinsip manfaat bersama dan

saling timbal-balik (resiprositas) untuk menjaga keseimbangan alam sekitar yang disebut sasi. Sasi adalah suatu ketentuan hukum adat yang melarang keras siapapun untuk mengambil sesuatu di alam sekitar, darat maupun laut, pada suatu masa tertentu dalam rangka menjamin kelestariannya. Contoh-contoh sasi dalam bentangan wilayah darat misalnya sasi ewang (hutan), sasi dusun sagu, sasi kelapa (untuk menjaga kelestarian bahan pangan setempat). Di beberapa tempat juga diberlakukan semacam “sasi abadi” untuk kawasan hutan primer yang dikeramatkan (*sacred forests, ancestral sites*), termasuk “sasi abadi” hutan bakau, bahkan termasuk “sasi abadi” untuk jenis satwa liar yang dikeramatkan, seperti semua jenis ular, biawak, dan tikus hutan di Pulau Ta, Tanimbar Kei, Maluku Tenggara.

Masyarakat hukum adat di Maluku beserta hak-hak atas tanah-tanah adatnya atau hak ulayat atau *hak petunana* terbentuk dalam suatu proses sejarah yang panjang, hingga sampai sekarang masih tetap eksis dan dipertahankan. Mereka juga pada umumnya sangat menghormati dan sadar pula bahwa sebidang tanah yang digarap sejak leluhur adalah tanah adat yang dari padanya mereka hidup serta tunduk pada aturan-aturan adat yang mengikat. Tanah-tanah adat yang dikenal sebagai tanah pertuanan pada hakikatnya adalah suatu konsep pemilikan bersama masyarakat hukum adat setempat. Berdasarkan konsep ini, maka masyarakat hukum adat Maluku, kemudian mengembangkan satu konsep khas tentang pengelolaan sumber daya alam dalam wilayah pertuanan mereka sesuai dengan pola-pola hubungan sosial dan kekerabatan yang juga khas setempat yang disebut sasi.

Keberadaan hak ulayat/hak pertuanan serta hak pengeloannya, di berbagai daerah di Maluku, sering berhadapan atau berbenturan dengan kebijakan pembangunan, khususnya terkait dengan kebijakan daerah di bidang investasi (kehutanan, pertambangan, pariwisata dan sebagainya) yang akhirnya menimbulkan konflik antara masyarakat hukum adat dengan institusi pemerintah maupun dengan investor. Konflik dan sengketa dimaksud semakin mudah terjadi ketika politik hukum dari pemerintah khususnya pemerintah daerah untuk melindungi hak-hak masyarakat hukum adat atas tanah masih belum memadai. Oleh karenanya dibutuhkan politik hukum daerah yang memadai untuk mengatur hak-hak pengelolaan dan pemanfaatan

sumber daya alam yang berbasis kepentingan masyarakat, sebagai proteksi terhadap sumberdaya alam yang ada di wilayah pertuanan, serta upaya-upaya mempertahankan hak-hak tradisional mereka atas sumberdaya alam tersebut. Untuk itu, Peraturan Daerah Provinsi Maluku Nomor 3 Tahun 2008 tentang Pertuanan Negeri, perlu di ikuti oleh perda-perda yang sama pada kabupaten/kota di Maluku.

D. Implementasi Perundang-Undangan Tentang Hak Masyarakat Hukum Adat Atas tanah

1. Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah dalam Peraturan Perundang-Undangan Nasional dan Internasional

a. Undang-Undang Dasar Negara 1945

Sebelum amandemen kedua UUD 1945 tahun 2000, tidak ada pengaturan yang mengatur secara jelas tentang Hukum Adat. Walaupun di dalam penjelasan Pasal 18 UUD 1945 sebelum amandemen, memuat pernyataan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat dan pemerintahan adatnya sebagai berikut :

Dalam teritorial Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 *Zelfbesturende Landschappen* dan *Volksgemeenschappen* seperti desa di Jawa dan Bali, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli, dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan Negara yang mengenai daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan Negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingati hak-hak usul daerah tersebut.

Dalam Amandemen kedua, terdapat 2 Pasal yang mengakui dan mengormati Hak Ulayat masyarakat hukum adat yaitu Pasal 18B Ayat (2) :

“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang”

Serta dilindungi dalam Pasal 28 I ayat (3) yang berbunyi :

Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman peradaban” dari kedua pasal ini terlihat bahwa:

1. Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya yang masih hidup termasuk hak ulayat serta eksistensinya
2. Pengakuan dan penghormatan kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya yakni : sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia
3. Selaras dengan perkembangan Zaman dan peradaban
4. Terhadap pengakuan dan penghormatan diatur oleh undang-undang.

Terkait dengan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat dan Negara atas tanah terutama ketika kita meneliti ketentuan Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 ada ketegangan antara kedua Pasal ini dalam mengontrol dan memanfaatkan tanah. Ketegangan ini terjadi karena kekuasaan negara maupun adanya hak komunal masyarakat hukum adat atas tanah ulayatnya.

Dalam hubungan disertasi ini, akan divisualisasikan tujuan akhir dari konstitusi yang ideal dalam beberapa istilah seperti “keadilan sosial dan manfaat sebesar-besar bagi kemakmuran rakyat” sehingga melalui istilah berpasangan ini kekuasaan Negara dan hak komunal masyarakat hukum adat untuk tanah harus menyatuh dan berubah untuk sebesar - besar kemakmuran rakyat.

Hukum itu sendiri menyatakan bahwa ada hubungan yang erat antara kepentingan yang berbeda dari keduanya yakni negara dan masyarakat hukum adat. Negara harus menemukan keseimbangan yang tepat. Hal ini sangat mungkin bahwa manfaat yang sebesar-besarnya” adalah satunya untuk menghormati hak masyarakat hukum adat. Oleh karena itu dalam setiap situasi tertentu, negara harus memutuskan manfaat sebesar-besarnya dan harus mempertimbangkan masyarakat

hukum adat dan melibatkan mereka dalam membuat keputusan. Salah satu cara untuk mencapai manfaat sebesar-besar adalah perlunya negara berkolaborasi dengan masyarakat hukum adat dan menghormati hak-hak mereka.

Sebesar-besar kemakmuran rakyat merupakan tujuan dalam setiap penggunaan tanah. Tujuan ini dipandang merupakan kepentingan yang diperlukan oleh siapa saja dan tidak dapat diabaikan begitu saja. Untuk itu setiap penggunaan dan pemanfaatan tanah harus tepat guna dan hal ini baru akan mempunyai arti jika ditetapkan sebagai suatu kebijaksanaan hukum yang tidak ditetapkan begitu saja tetapi secara menurut hukum sehingga ada keseimbangan kepentingan yang menjadi tujuan dari suatu keadilan.

b. Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA)

Pengaturan Hak Ulayat dalam perundang-undangan di Indonesia bersumber pada pengaturan hukum Pertanahan Indonesia yakni Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria LN Tahun 1960 No. 104. TLN. 2043, tanggal 24 September 1960. Dengan berlakunya Undang-Undang Nomor.5 Tahun 1960, maka terjadilah perubahan mendasar dalam hukum agraria Indonesia. Dengan UUPA peraturan-peraturan hukum kolonial dihapus dan berakhirilah dualisme Hukum Agraria.

Salah satu tujuan diundangkannya UUPA adalah meletakkan dasar-dasar untuk mengadakan kesatuan dan kesederhanaan dalam hukum pertanahan. Dalam rangka mewujudkan kesatuan hukum tersebut. Hukum Adat dijadikan dasar, hal ini disebabkan karena Hukum Adat ini digunakan oleh sebagian besar rakyat Indonesia, sehingga Hukum Adat tentang tanah mempunyai kedudukan yang istimewa dalam pembentukan Hukum Tanah Nasional. Hukum Agraria kita selanjutnya didasarkan oleh satu sistem hukum, yaitu Hukum Adat, hukum Asli Indonesia,¹⁸⁹ yang mana secara jelas dirumuskan dalam pasal 33 ayat (3) Undang-undang Dasar 1945 sebagai landasan konstitusional yakni :

¹⁸⁹ Boedi Harson, *Hukum Agrarian Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanannya*, Djembatan,2003,hal. 1 dan 2

“Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”

Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 ini menunjukkan bahwa ada 2 (dua) penting yaitu bahwa:

- a. Negara menguasai bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya
- b. Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat tentunya memiliki wewenang untuk mengatur penggunaan, peruntukkan, pemeliharaan terhadap bumi, air dan ruang angkasa, maupun dalam penentuan dan pengaturan hukum yang berhubungan dengan bumi, air, dan ruang angkasa.

Terhadap Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 tersebut, diimplementasikan dalam Pasal 2 Undang-undang Pokok Agraria sebagai berikut :

- (1) Atas dasar ketentuan dalam pasal 33 ayat (1) Undang-undang Dasar dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam pasal 1, bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya itu pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh negara, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat, adil dan makmur.
- (2) Hak menguasai dari negara termasuk dalam ayat (1) pasal ini memberi wewenang untuk :
 - a. Mengatur dan menyelenggarakan peruntukkan dan 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;
 - c. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.
- (3) Wewenang yang bersumber pada hak menguasai dari negara tersebut pada ayat (2) pasal ini digunakan untuk

mencapai sebesar-besar kemakmuran dalam rakyat dalam arti kebangsaan, kesejahteraan dan kemerdekaan dalam masyarakat dan Negara Hukum Indonesia yang merdeka, berdaulat, adil dan makmur;

- (4) Hak menguasai dari negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat Hukum Adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan peraturan pemerintah.

Pada pokoknya tujuan Undang-Undang Pokok Agraria dalam Penjelasan Umum ialah:

- a. Meletakkan dasar-dasar bagi penyusunan bagi Hukum Agraria Nasional, yang akan merupakan alat untuk membawa kemakmuran, kebahagiaan dan keadilan bagi Negara dan rakyat, terutama rakyat tan, 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.

Hukum Adat sebagai dasar bagi pembentukan Hukum Tanah Nasional mempunyai dua kedudukan yaitu :

1. Hukum Adat sebagai dasar utama

Penunjukan Hukum Adat sebagai dasar utama dalam pembentukan hukum Tanah Nasional dapat disimpulkan dalam konsideran UUPA huruf (a), yaitu :

“bahwa berhubungan dengan apa yang tersebut dalam pertimbangan-pertimbangan di atas perlu adanya hukum agraria nasional, yang berdasarkan atas Hukum Adat tentang tanah, yang sederhana dan menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia, dengan tidak mengabaikan unsur-unsur yang berdasar pada hukum agama”

Selanjutnya dalam penjelasan Umum UUPA Angka III No.1 yaitu:

“dengan sendirinya hukum agraria baru itu harus sesuai dengan rakyat kesadaran hukum dari pada rakyat banyak. Oleh karena rakyat Indonesia sebagian tersebar tunduk pada Hukum Adat, maka hukum agraria yang baru tersebut akan didasarkan pula pada ketentuan-ketentuan Hukum Adat itu, sebagai hukum asli, yang disempurnakan dan disesuaikan dengan kepentingan dalam masyarakat dalam Negara modern dan dalam hubungannya dengan dunia Internasional, serta disesuaikan dengan sosialisme Indonesia. Sebagaimana dimaklumi bahwa Hukum Adat dalam pertumbuhannya tidak terlepas pula dari pengaruh politik dan masyarakat colonial yang kapitalitis dan masyarakat swapraja yang feodal”.

2. Dalam hubungannya dengan hukum tanah Nasional tertulis yang belum lengkap itulah maka norma-norma Hukum Adat berfungsi sebagai pelengkap. Hal ini dinyatakan dalam Pasal 56 UUPA yaitu:

“selama Undang-undang mengenai hak milik sebagai tersebut dalam Pasal 50 ayat (1) belum terbentuk, maka yang berlaku adalah ketentuan-ketentuan Hukum Adat setempat dan peraturan-peraturan lainnya mengenai hak-hak atas tanah yang memberi wewenang sebagaimana atau mirip dengan yang dimaksud dalam pasal 20, sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan-ketentuan Undang-undang ini.”

Pengakuan Hukum Adat sebagai dasar hukum agraria Nasional secara tegas dinyatakan di dalam Pasal 3 dan Pasal 5 UUPA. Dalam Pasal 3 berbunyi sebagai berikut:

“Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 pelaksanaan Hak Ulayat dan hak-hak serupa itu dari masyarakat Hukum Adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasar atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan Undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang tinggi.”

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 5 UUPA tersebut, hukum tanah yang berlaku tersebut adalah hukum adat dengan persyaratan

pembatasan tertentu (pelengkap bukan karena persyaratan tapi karena materi belum diatur dalam hukum tertulis).

Persyaratan dan pembatasan berlakunya Hukum Adat dalam Hukum Tanah Nasional secara tegas dimuat dalam Pasal 5 UUPA, yaitu:

1. Tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan Negara.
2. Tidak bertentangan dengan sosialisme Indonesia.
3. Tidak bertentangan dengan ketentuan yang ada dalam UUPA itu sendiri
4. Tidak bertentangan dengan peraturan agraria lainnya.
5. Harus mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama.

Dalam kaitan dengan pengakuan hak ulayat masyarakat adat dalam Pasal 3 UUPA dapat dikemukakan bahwa ada dua syarat yaitu:

1. Eksistensinya.
Ditinjau dari segi eksistensinya hak ulayat diakui sepanjang menurut kenyataannya masih ada. Dengan demikian apabila pada daerah-daerah yang hak ulayatnya sudah tidak ada lagi, maka tentunya hak ulayat itu tidak akan dihidupkan, dan tentunya pada daerah-daerah yang tidak pernah ada hak ulayatnya tidak akan diberikan hak ulayat baru.
2. Pelaksanaannya.
Ditinjau dari segi pelaksanaannya, jika menurut kenyataan masih ada, pelaksanaan hak ulayat masyarakat hukum adat harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa. Pelaksanaan hak ulayat masyarakat hukum adat juga tidak boleh bertentangan dengan Undang-undang dan peraturan lain yang lebih tinggi.¹⁹⁰

Namun, dengan berpegang pada konsepsi yang bersumber pada hukum adat, kiranya adil bila kriteria penentu eksistensi hak ulayat didasarkan pada adanya tiga unsur yang harus dipenuhi secara simultan,

¹⁹⁰ Boedi Harsono, *Undang-Undang Pokok Agraria*, Djambatan, Jakarta, 1971

yakni adanya :¹⁹¹

1. Subjek hak ulayat, yaitu masyarakat hukum adat itu yang memenuhi karakteristik tertentu;
2. Objek hak ulayat, yakni tanah wilayah yang merupakan *lebensraum* mereka;
3. Adanya kewenangan tertentu dari masyarakat hukum adat itu untuk mengelola tanah wilayahnya, termasuk menentukan hubungan yang berkenaan dengan persediaan, peruntukkan, dan pemanfaatan, serta pelestarian tanah wilayahnya itu.

Berkaitan dengan hukum adat tidak boleh bertentangan dengan Undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi lainnya, menurut Gautama,¹⁹² bahwa:

“Hukum Adat yang tidak boleh bertentangan dengan ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam UUPA. Dalam UUPA telah diletakkan garis-garis besar dari apa yang merupakan sendi-sendi pokok dari pada perundang-undangan agraria nasional yang baru. Hukum Adat yang dinyatakan berlaku untuk hak-hak atas tanah tidak boleh bertentangan dengan asas-asas yang tertera dalam UUPA diadakan perumusan-perumusan dari pada hak-hak baru mengenai tanah, maka perumusan-perumusan inilah yang berlaku, bilamana tidak dapat persesuaian antara paham-paham Hukum Adat tentang hak-hak yang serupa dengan hak-hak baru dalam UUPA dan perumusan UUPA itu sendiri. Selain perumusan yang terdapat dalam UUPA inilah yang akan dijadikan pegangan bagi si pelaku hukum.”

Dalam penjelasan umum II angka 3 berkaitan dengan Pasal 3 UUPA, mengemukakan bahwa ketentuan ini pertama-tama berpangkal pada pangkuan adanya hak ulayat itu dalam hukum agraria yang baru. Sebagaimana diketahui biarpun menurut kenyataannya hak ulayat itu ada dan berlaku serta diperhatikan pula dalam keputusan-keputusan hakim, belum pernah hak tersebut diakui secara resmi di dalam undang-

¹⁹¹ Maria Sumardjono, *kompas* 13/5/03 dalam Maria Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan, Antara Regulasi dan Implementasi*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta 2006, hal 65.

¹⁹² Gautama, sudargo, *Tafsiran Undang-Undang Pokok Agraria*, Citra Aditya Bakti, Bandung 1990, hal 20

undang, dengan akibat bahwa di dalam melaksanakan peraturan-peraturan agraria hak ulayat itu pada zaman dulu seringkali diabaikan. Berhubung dengan disebutkan hak ulayat di dalam Undang-undang Pokok Agraria, yang pada hakikatnya berarti pula pengakuan hak itu, maka pada dasarnya hak ulayat itu akan diperhatikan, sepanjang hak tersebut menurut kenyataan masih ada pada masyarakat hukum yang bersangkutan. Misalnya di dalam pemberian sesuatu hak atas tanah (umpamanya hak huna usaha) masyarakat hukum yang bersangkutan sebelumnya akan didengar pendapatnya dan akan diberikan "*recognitie*". Yang memang ia berhak menerimanya selaku pemegang Hak Ulayat itu.

Berkaitan dengan "*recognitie*", hak ulayat mempunyai kekuatan yang berlaku ke dalam dan ke luar. Kedalam berkaitan dengan anggota masyarakat hukum adat sedang kekuatan yang berlaku ke luar adalah orang lain bukan anggota masyarakat hukum adat tetapi yang memperoleh izin untuk memakai atau menggunakan tanah dengan sebelumnya memenuhi syarat-syarat yakni membayar sesuatu atau upeti sebagai tanda pengakuan.

Mereka yang datang dari luar harus berhubungan dengan penghulu-penghulu rakyat untuk mendapat izin. Permohonan izin itu menurut cara Indonesia patutnya disertai dengan sekedar pemberian untuk membuka jalan ke arah jawaban (yang baik). Selanjutnya maka di beberapa lingkungan hukum terdapat tanda yang kelihatan mata sebagai pendahuluan, *wang pemasuqan* (Aceh), *mesi* (Jawa), dibayarkan pada permulaan mempergunakan tanah oleh porang asing, yaitu suatu tanda dari pada kenyataan bahwa ia dengan kesadarannya pendatang di tanah milik orang lain untuk memungut hasilnya. Mereka yang buka golongan marga yang "meraja" (*heersende* marga) misalnya di Angkola, dapat memperoleh izin mendirikan dusun dalam daerah *beschikkingrecht*-nya satu kuria (dusun itu lantas disebut; *huta na ro*); penghulu (si pembangun dusun, raja *sioban ripe*) harus membayar dengan enam ekor kerbau yang diperuntukkan buat masyarakat seluruhnya di induk dusun dan dusun-dusun lainnya, yang merupakan se kuria dan arena demikianlah maka di Bali seluruh penduduk padukuhan imigran-imigran kastala (termasuk

juga pegawai-pegawai raja yang dipekerjakan buat sementara di sana) di tanah *tnganam* (Bali) tak lain dan tak bukan hanya pamaroh-pamaroh (*deelbouwers*) atas tanah-tanah pertaniannya orang-orang tnganam.¹⁹³

Menurut Hukum Adat apabila tanah ulayat yang dipakai oleh orang lain bukan anggota masyarakat hukum adat telah habis penggunaannya, maka tanah ulayat itu harus kembali kepada masyarakat Hukum Adat. *Recognitie* yang diberikan tidak berupa tanah ulayat menjadi milik orang lain bukan anggota masyarakat Hukum Adat. Tanah Ulayat tersebut akan dimiliki oleh masyarakat hukum adat untuk dimanfaatkan.

Terkait dengan pemberian *recognitie*, dalam KEPPRES Nomor 55 Tahun 1993 Tentang Pengadaan tanah bagi pelaksanaan pembangunan Untuk Kepentingan Umum kemudian diatur dalam Peraturan Presiden nomor 36 Tahun 2005 Tentang pengadaan tanah bagi pelaksanaan pembangunan untuk Kepentingan Umum sebagaimana telah diubah peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. Pengaturannya diatur dalam Pasal 1 dan Pasal 9 yang mana pengadaan tanah bagi pelaksanaan pembangunan untuk kepentingan umum harus melalui suatu musyawarah. Pasal 1 ayat (5) mempertegas bahwa :

“Musyawarah adalah proses atau kegiatan saling menerima pendapat dan keinginan yang didasarkan atas kesukarelaan pihak pemegang hak atas tanah dan pihak yang memerlukan tanah, untuk memperoleh kesepakatan mengenai bentuk dan besarnya ganti kerugian.”

Selanjutnya dalam Pasal 14 menyatakan bahwa :

“penggantian terhadap bidang tanah yang dikuasai dengan hak ulayat diberikan dalam bentuk pembangunan fasilitas umum atau bentuk lain yang bermanfaat bagi masyarakat setempat.”

Jelasnya terlihat bahwa musyawarah tersebut tidak saja menyangkut ganti rugi kepada pemegang Hak Ulayat masyarakat hukum adat tetapi

¹⁹³ Ter Haar. *Op Cit*, hal 57

adanya kesepakatan untuk memberikan atau melepaskan tanah ulayat kepada pihak-pihak yang memerlukannya baik pemerintah maupun pihak swasta.

Dalam Penjelasan Umum UUPA, *recognitie* tidak diberikan dalam bentuk uang tetapi dalam bentuk pembangunan fasilitas umum yang bermanfaat bagi masyarakat. Pemberian *recognitie* dilakukan oleh pihak pemerintah maupun pihak swasta yang menggunakan tanah ulayat masyarakat hukum adat.

Berkaitan dengan *recogniti* atau ganti rugi, dijumpai dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Dalam UUPA, Undang-undang 20 Tahun 1961 tentang pencabutan Hak-Hak Atas Tanah dan Benda-Benda yang ada Diatasnya, Peraturan Pemerintah Nomor 39 Tahun 1973 tentang Acara Penetapan Ganti Kerugian oleh Pengadilan Tinggi sehubungan Pencabutan Hak-hak atas Tanah dan Benda-benda yang ada di atasnya, Keppres Nomor 5 Tahun 1993 Tentang Pengadaan Tanah bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, Keputusan Menteri Negara / Kepala BPN Nomor 21 Tahun 1994 Tentang Ketentuan-ketentuan Mengenai Tata cara Pembebasan Tanah, dan Perpres Nomor 36 Tahun 2005 Tentang sebagaimana telah diubah dengan Perpres 65 Tahun 2006. Tentang Ketentuan-ketentuan Mengenai Tata cara Pembahasan Tanah yang telah diubah dengan Perpres 65 Tahun 2006 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan, menggunakan istilah ganti rugi.

Ganti kerugian menurut peraturan tersebut adalah penggantian atas nilai bangunan, tanaman dan atau benda-benda lain yang terkait dengan tanah sebagai akibat pelepasan atau penyerahan hak atas tanah. Sedangkan yang dimaksud dengan ganti rugi adalah penggantian terhadap kerugian baik bersifat dan atau/ non fisik sebagai akibat pengadaan tanah kepada yang mempunyai tanah, bangunan, tanaman, dan/atau benda-benda lain yang berkaitan dengan tanah yang dapat memberikan kelangsungan hidup yang lebih baik dari tingkat kehidupan sosial ekonomi sebelum pengadaan tanah.

Dari apa yang dikemukakan jelas harus adanya keharusan penggantian terhadap tanah yang dipakai sesuai peruntukannya dengan memberikan suatu kewajiban terhadap yang memerlukan atau menggunakan tanah tersebut untuk memberikan ganti rugi yang sesuai dan tentunya bahwa penggantian tanah tersebut dapat memberikan suatu perubahan yang lebih baik dibandingkan sebelum adanya pengadaan tanah, sehingga terjadi peningkatan dalam kehidupan masyarakat dan bukannya menjadi tidak baik tingkat kehidupan sosial ekonomi mereka.

Prinsip kehormatan terhadap hak atas tanah juga diakui di Belanda dalam hal terjadinya kegiatan perolehan hak atas tanah. Belanda sangat memperhatikan hak-hak kekayaan, seperti yang termuat dalam *Protocol No. 1 The European Convention on Human Rights (ECHR)*, dimana Belanda merupakan salah satu Negara yang turut meratifikasinya.

Protocol 1 Art.1 of the European Convention on Human Rights Provides :

- (1) *Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.*
- (2) *The preceding provisions shall not, however, in anyway impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.*¹⁹⁴

Dari ketentuan diatas jelas terlihat adanya prinsip penghormatan terhadap hak-hak serta harta kekayaan dan setiap pengambilan atas hak atas tanah seseorang harus tunduk pada kondisi tertentu dalam pengertian dapat dicabut dan kepadanya wajib diberikan ganti rugi dengan tetap Negara berhak untuk mengontrol penggunaan hak-hak atas kekayaan seseorang sesuai dengan kepentingan.

- 1) Prinsip umum dari kenyamanan harta kekayaan (kalimat pertama paragraf pertama);

¹⁹⁴ UK Human Rights Blog.Com, *Rights To Peaceful Enjoyment of Property*, rights.../articles.../Protocol.1. article.1

- 2) Aturan bahwa setiap pengambilan harta harus tunduk pada kondisi tertentu (kalimat kedua, paragraf kedua);
- 3) Prinsip bahwa negara-negara berhak untuk mengontrol penggunaan harta sesuai dengan kepentingan umum, dengan menegakkan hukum seperti yang mereka anggap diperlukan untuk tujuan (paragraf kedua).

Apa yang dikemukakan di atas sebagaimana diatur dalam Pasal 14 Konstitusi Belanda yang menyatakan bahwa :

1. *Expropriation may take place only in the public interest and on prior assurance of full compensation, in accordance with regulation laid down by or pursuant to Act of Parliament.*
2. *Prior assurance of full compensation shall not be required if in an emergency mediate expropriation is called for.*
3. *In the cases laid down by or pursuant to Act of Parliament there shall be a right to full or partial compensation if in the public interest the competent authority or renders it unusable or restricts the exercise of the owner's rights to.*¹⁹⁵

Berdasarkan ketentuan Pasal 14 Konstitusi Belanda di atas, maka setiap pengadaan untuk kepentingan umum harus mendapat ganti kerugian. Keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat diakui oleh UUPA, namun tidak memberikan batasan yang jelas mengenai ada tidaknya hak ulayat pada masyarakat hukum adat. UUPA membiarkan pengaturan hak ulayat tetap berlangsung menurut hukum adat setempat. Ketidakjelasan tentang keberadaan hak ulayat dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dalam pelaksanaannya dapat menimbulkan permasalahan antara masyarakat hukum adat dengan pemerintah akan timbul permasalahan adanya perbedaan pandangan ada tidaknya hak ulayat, yang mana masyarakat hukum adat menganggap masih ada hak ulayat sebaliknya pemerintah menganggap hak ulayat itu ada sepanjang

¹⁹⁵ *The influence of article protocol no. 1 on the dutch legislation concerning expropriation.*
Author, Loof, J.P. Wijmen, P.C.E. Issue Date, 2000 ... <https://opennaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12694>

masih ada dan diakui keberadaannya. Untuk itulah perlu suatu kejelasan tentang pengaturan hak ulayat berkaitan dengan kedudukan, pengertian maupun isi menurut Hukum Pertanahan Nasional.

Sebagaimana ditegaskan oleh Simarmata¹⁹⁶ bahwa untuk pengakuan terhadap hak ulayat adalah lebih bersifat “pengakuan bersyarat”. Itu berarti, hak-hak keulayatan yang dimiliki oleh masyarakat hukum adat baru dapat dilakukan “sepanjang menurut kenyataan masih ada, tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, dan tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi.” Konsep pengakuan bersyarat terhadap hak ulayat masyarakat adat yang diperkenalkan oleh UUPA dan kemudian diikuti secara baku oleh peraturan perundang-undangan sesudahnya sesungguhnya sudah mempersempit ruang gerak dari apa yang diamanatkan dalam Pasal 18 UUD 1945 sebelum amandemen.

c. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (TAP MPR)

Ketentuan dalam TAP MPR No. IX/MPR/2001 tentang “Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam”, Pasal 4 TAP MPR No. XI/MPR/2001. memuat prinsip-prinsip pembaharuan agraria dan pengelolaan sumber daya alam yang berbunyi sebagai berikut:

Pembaharuan agraria dan pengelolaan sumber daya alam dilaksanakan sesuai dengan prinsip-prinsip;

- a. Memelihara dan mempertahankan Keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- b. Menghormati dan menjunjung tinggi hak asasi manusia;
- c. Mengormati supermasi hukum dengan mengakomodasi keanekaragaman dalam unifikasi hukum;
- d. Mensejahterakan rakyat, terutama melalui peningkatan kualitas sumber daya manusia Indonesia;

¹⁹⁶ Simarmata, Rikardo, *Menyongsong berakhirnya abad masyarakat adat; resistensi pengakuan bersyarat*” Makalah Program Perkumpulan Untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat Dan Ekologis (HuMA), Jakarta, 2007

- e. Mengembangkan demokrasi, kepatuhan hukum, transparansi dan optimalisasi partisipasi rakyat;
- f. Mewujudkan keadilan termasuk kesetaraan gender dalam penguasaan, pemilikan, penggunaan, pemanfaatan, dan pemeliharaan sumberdaya agraria/ sumber daya alam;
- g. Memelihara keberlanjutan yang dapat memberi manfaat optimal, baik untuk generasi sekarang maupun untuk generasi mendatang dengan tetap memperhatikan daya tampung dan daya dukung lingkungan;
- h. Melaksanakan fungsi sosial, kelestarian, dan fungsi ekologis sesuai kondisi sosial budaya setempat;
- i. Meningkatkan keterpaduan dan koordinasi antara sektor pembangunan dan antar daerah dalam pelaksanaan pembaharuan agraria dan pengelolaan sumberdaya alam;
- j. Mengakui menghormati, dan melindungi hak masyarakat hukum adat dan keanekaragaman budaya bangsa atas sumber daya alam agraria/sumberdaya alam;
- k. Mengupayakan keseimbangan hak dan kewajiban Negara, pemerintah (pusat, daerah provinsi, kabupaten/kota, dan desa atau yang setingkat), masyarakat dan individu;
- l. Melaksanakan desentralisasi berupa pembagian kewenangan di tingkat nasional, daerah provinsi, kabupaten/kota, dan desa atau yang setingkat, berdekatan dengan alokasi dan pengelolaan sumber daya alam.

Sesuai dengan huruf j maka pembaharuan agraria dan pengelolaan sumber daya alam harus memakai prinsip mengakui, menghormati dan melindungi hak masyarakat hukum adat dan keragaman budaya bangsa atas sumber daya agraria/sumberdaya alam.

d. Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia
 Dasar pertimbangan diundangkannya Undang-undang Hak Asasi Manusia adalah:

- a. Manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan Yang Maha Esa dianugerahi hak asasi untuk menjamin keberadaan harkat dan martabat kemuliaan dirinya serta keharmonisan lingkungannya;
- b. HAM merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng, sehingga harus dilindungi, dihormati, dipertahankan dan tidak boleh diabaikan, dikurangi atau dirampas oleh siapapun;
- c. Untuk melaksanakan Deklarasi Universal tentang HAM dan Instrumen internasional lainnya mengenai HAM yang telah diratifikasi Indonesia.

Berdasarkan ketentuan menimbang pada butir b Undang-undang HAM, sudah sangat jelas bahwa hak asasi manusia termasuk masyarakat hukum adat harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, tidak boleh diabaikan dirampas oleh siapapun termasuk Negara. Hak Milik masyarakat Hukum Adat secara tegas dilindungi dan dijamin dalam Undang-Undang HAM Pasal 6 ayat (1) dan (2) yang menyatakan:

- (1) Dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh masyarakat, dan pemerintah.
- (2) Identitas budaya masyarakat Hukum Adat, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.

Dalam penjelasan pasal 6 ayat (1) dan (2) secara nyata dikemukakan bahwa hak adat yang masih berlaku dan dijunjung tinggi dalam masyarakat hukum adat harus dihormati dan dilindungi dengan tetap memperhatikan hukum dan peraturan perundang-undangan serta tidak bertentangan dengan keadilan dan kesejahteraan rakyat. Konsep pengakuan bersyarat terhadap Hak Ulayat yang dimiliki oleh masyarakat adat juga berlangsung di masa-masa awal Orde Baru, terutama ketika dikeluarkan sejumlah Undang-Undang seperti :

e. Undang-Undang Pokok Kehutanan

Pesan konstitusional Pasal 33 UUD 1945 telah diterjemahkan juga ke dalam Undang-undang Pokok Kehutanan Nomor 5 Tahun 1967,

yang kemudian dalam masa reformasi diganti dengan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) Nomor 1 Tahun 2004 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (selanjutnya disebut Perpu Kehutanan). Sekalipun telah mengalami perubahan, nama baik Undang-undang Kehutanan yang lama maupun undang-undang yang baru masih memiliki kerancuan logika yang secara sengaja atau tidak telah menempatkan pengelolaan sumber daya hutan menjadi bagian dari hegemoni Negara. Hal itu nampak jelas pada Pasal 5 ayat (1) UUPK 1967 dan Pasal 4 ayat (1) UUPK 1999 Yang menegaskan bahwa : “semua hutan dalam wilayah Republik Indonesia termasuk kekayaan yang terkandung di dalamnya, dikuasai oleh Negara”.

Di dalam Undang-Undang Kehutanan itu memang terdapat aturan yang memberikan penegasan pengakuan terhadap hak-hak Masyarakat Adat maupun hak-hak perorangan, namun hegemoni dan sentralitas kewenangan penguasaan sumber daya kehutanan oleh Negara sebagaimana diatur itu justru mengaburkan hak-hak adat dan semacamnya. Bahkan, dalam beberapa Pasal UUPK 1999, Pasal 4 ayat (3) tentang Penguasaan Hutan, Pasal 5 ayat (3) status dan fungsi hutan, dan Pasal 67 ayat (1) tentang Masyarakat Hukum Adat, justru semakin menimbulkan kekaburan hak-hak penguasaan hutan di luar kewenangan Negara. Pasal-Pasal UUPK 1999 tersebut masih menetapkan syarat, bahwa hak-hak masyarakat adat dan hak-hak perorangan untuk mendapatkan keuntungan dari hutan “sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya”.

Pengaturan yang bersifat dualitas semacam itu sekaligus mempertegas dugaan bahwa Negara masih secara “setengah hati” memberikan pengakuan terhadap hak-hak masyarakat hukum adat dan hak-hak perorangan. Akan tetapi, dalam pasal 1 ayat (6) UUPK 1999, hutan adat dimasukkan dalam kategori “hutan negara”. Hal ini berkonsekuensi sangat besar akan keamanan dan terjaminnya hutan adat sebagai milik masyarakat hukum adat.

Pola kebijakan kehutanan yang demikian itu menurut Malik¹⁹⁷ mengakibatkan pengelolaan hutan di Indonesia lebih menguntungkan tiga *stakeholders*, yakni : (1) perusahaan komersial yang menguasai produksi dan pengolahan kayu, yang diuntungkan oleh kebijakan pemerintah, (2) kapitalis birokratik dalam tubuh pemerintah yang menjalin hubungan bisnis saling menguntungkan dengan perusahaan swasta yang bergerak di sektor, (3) birokrat di Departemen kehutanan itu sendiri, yang memiliki otoritas terhadap tiga perempat kawasan hutan negara.

Pengakuan yang demikian itulah yang menjadikan Undang-Undang Kehutanan tersebut tidak secara maksimal memberikan kebebasan dasar kepada masyarakat hukum adat melainkan menentukan batasan-batasan yang semakin sulit untuk dijangkau oleh masyarakat adat.

f. Undang-Undang Pokok-Pokok Pertambangan

Dalam bidang pertambangan melalui Undang-Undang No. 11 Tahun 1967 tentang Pokok-Pokok Pertambangan yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, secara tegas memberikan ruang bagi negara untuk menguasai sumber-sumber daya pertambangan dengan rumusan sebagai berikut:

“... semua bahan galian yang terdapat dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia merupakan endapan-endapan alam sebagai Karunia Tuhan Yang Maha Esa, adalah Kekayaan Nasional Bangsa Indonesia dan oleh karenanya dikuasai dan dipergunakan oleh negara dan oleh karenanya dikuasai dan dipergunakan oleh negara untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.

Arahan yuridis tentang Hak Menguasai Negara (HMN) terhadap sumber daya pertambangan tersebut telah menyebabkan distribusi hak pengasuhan dan pemanfaatan bahan-bahan tambang dilakukan oleh pemerintah yang bertindak mewakili negara. Bahkan, Undang-Undang pokok pertambangan tersebut secara tegas menyatakan bahwa

¹⁹⁷ Malik, Ichsan, dkk.,... *Menyeimbangkan kekuatan: Pilihan Strategi Menyelesaikan konflik Atas Sumberdaya Alam*, Jakarta: yayasan kamala, hal 236 jakarta 2003

“pelaksanaan penguasaan negara dan pengaturan usaha pertambangan bahan galian dilakukan oleh menteri... oleh pemerintah Daerah Tingkat I...”. dengan demikian, pihak pemerintah dengan leluasa menggandeng perusahaan-perusahaan swasta, baik dalam negeri maupun perusahaan asing untuk menanamkan modal dalam rangka pengusahaan dan pemanfaatan bahan-bahan pertambangan di Indonesia.

g. Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Hukum Internasional

Salah satu instrumen internasional yang secara jelas dan khusus memuat tentang hak-hak kesatuan masyarakat Hukum Adat adalah Konvensi ILO Tahun 1989 tentang masyarakat adat, yaitu : *C169 Indigenous and tribal peoples convention, 1989*. Dalam konvensi ILO 169 tahun 1989 dijelaskan mengenai rumusan kesatuan masyarakat hukum adat sebagai masyarakat yang berdiam di Negara-negara yang merdeka dimana kondisi sosial, kultural dan ekonominya membedakan mereka dari bagian-bagian masyarakat lain di negara tersebut, dan statusnya diatur, baik seluruhnya maupun sebagian oleh adat dan tradisi masyarakat hukum adat tersebut atau dengan hukum dan peraturan khusus.

Pasal 6 dari Konvensi ILO Tahun 1989 menyebutkan tentang prinsip partisipasi dan konsultasi dalam keseluruhan proses pengambilan keputusan yang menimbulkan dampak terhadap kelompok masyarakat hukum adat pada tingkat nasional. Selanjutnya dalam pasal 8 ayat (1) disebutkan bahwa dalam penyusunan peraturan perundang-undangan yang menyangkut tentang masyarakat adat, maka mereka harus dilibatkan dengan mengindahkan adat istiadat dan Hukum Adat mereka. Sedangkan pasal 13 memuat pengaturan tentang “Hak-Hak atas tanah adat” seperti disebutkan di bawah ini :

1. *In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship*

2. *The use of the term lands in articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use.*

Dalam Pasal 19 dijelaskan tentang status tanah adat dalam peraturan perundang-undangan nasional, seperti berikut :

“National agrarian programmes shall secure to the peoples concerned treatment equivalent to that accorded to other sectors of the population with regard to :

- a. *The provision of more land for these peoples when they have not the area necessary for providing the essentials of a normal existence, or for any possible increase in their numbers;*
- b. *The provision of the means required to promote the development of the lands which these peoples already possess.”*

Dengan demikian pengaturan mengenai tanah dalam masyarakat adat diakui oleh masyarakat Internasional, dan di setiap negara di harapkan mempunyai pengaturan yang jelas dan pengakuan tentang hak-hak masyarakat adat dalam hukum nasionalnya.

2. Hak Masyarakat Hukum Adat atas Tanah dalam Pengadaan Tanah untuk Kepentingan Umum

1) Konflik Hak Ulayat di Kota Ambon Provinsi Maluku

Berbagai konflik antara masyarakat hukum adat dan pemerintah maupun antara kelompok masyarakat hukum adat yang terjadi di Maluku pada umumnya dapat kita jumpai dalam berbagai putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dan telah menjadi referensi bagi keberadaan masyarakat hukum adat di Maluku adalah sebagai berikut:

a) Putusan Pengadilan Negeri Ambon, Nomor Putusan Nomor: 74/Pdt.G/1989/Pn.Ab

Perkara ini merupakan perkara perdata yang berkaitan dengan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah, sehingga layak dijadikan sebagai pendekatan ilmiah berkaitan dengan masalah yang ada dalam penelitian disertasi saya,

Adapun pertimbangan hukum Hakim dalam Putusan Nomor: 74/Pdt.G/1989/PN.AB, yang dijadikan sebagai dasar dalam memutuskan perkara quo adalah sebagai berikut:

1. Menimbang, bahwa keterangan saksi-saksi penggugat masing-masing : Samuel Tentua, Riber Rehatta, Hein Patty, Elsinus Pattiasina, Josias Muskitta, Dominggus Maulany dan Philipus Soplanit, telah menerangkan bahwa tanah sengketa adalah dusun yang bernama dusun Hurunguang, yang terletak dalam pertuanan Negeri Soya, dimana saksi-saksi tersebut mengetahui secara jelas pasti tentang letak maupun batas-batas dusun sengketa, keterangan mana diperoleh karena sepengetahuan saksi-saksi sendiri yang menjabat sebagai suatu jabatan dalam sistim Pemerintahan Negeri/Desa Soya dan Desa Hative Kecil, lagi pula keterangan saksi-saksi tersebut bersesuaian satu dengan yang lainnya dan sesuai pula dengan alat bukti surat-surat P-1,P-8,P-9,P-10,P-11, dan P-12, maka apabila dihubungkan keterangan-keterangan saksi-saksi tersebut dengan alat bukti surat lainnya, maka Pengadilan telah memperoleh fakta bahwa tanah yang disengketakan adalah dusun Hurunguang;
2. Menimbang, bahwa surat-surat bukti yang diajukan oleh tergugat (bukti TI-1 sampai dengan TI-11 dan T9-1 sampai dengan T9-2) semuanya menyangkut sengketa antara antara tergugat I sampai dengan tergugat 8, sendiri mengenai Dusun Dati Warasia dan Waehakila, sehingga tidak secara pasti dapat menentukan bahwa dusun yang kini jadi sengketa adalah Dusun Warasia dan Waehakila;
3. Menimbang, bahwa atas dasar-dasar pertimbangan di atas, maka ternyata penggugat telah berhasil membuktikan dalil gugatannya bahwa tanah yang jadi sengketa adalah Dusun Dati Hurunguang, dan sebaliknya dalil tergugat untuk melumpuhkan dalil gugatan penggugat tidak terbukti, maka dengan demikian tuntutan penggugat pada petitum butir-1 yang menuntut agar ditetapkan Dusun Hurunguang adalah termasuk dalam pertuanan Negeri Soya telah terbukti berdasarkan hukum sehingga dapat dikabulkan;

4. Menimbang, bahwa oleh karena ternyata terbukti bahwa Dusun Harunguang adalah Hak Penggugat, maka tindakan tergugat-tergugat 1 sampai 9 menguasai dusun tersebut tanpa izin dari yang berhak (penggugat) adalah suatu perbuatan melawan hukum, sehingga dengan demikian tuntutan penggugat pada petitum butir-4 adalah beralasan menurut hukum, maka oleh karenanya dapat pula dikabulkan;
5. Menimbang, bahwa dalam petitum butir-5 penggugat telah menuntut agar tindakan tergugat I sampai 8 untuk mengalihkan dusun tersebut kepada pihak ketiga adalah batal karena hukum;
6. Menimbang, bahwa oleh karena para tergugat bukanlah orang yang berhak atas tanah sengketa, maka segala tindakan hukum yang dilakukan atas tanah sengketa adalah merupakan suatu tindakan melawan hukum;
7. Menimbang, bahwa sebagai suatu perbuatan melawan hukum, maka setiap tindakan yang telah dilakukan atas dusun sengketa harus dibatalkan, maka oleh karenanya tuntutan penggugat pada petitum butir-6 adalah terbukti beralasan hukum, maka oleh karenanya dapat dikabulkan;
8. Menimbang, bahwa oleh karena ternyata dusun/tanah sengketa menjadi hak penggugat, sedangkan tergugat-tergugat tidak mempunyai hak atas tanah sengketa, dimana ternyata bahwa tergugat-tergugat kini menguasai dusun/tanah sengketa maka penguasaan tergugat-tergugat tersebut merupakan penguasaan tanpa hak, maka dengan demikian tergugat-tergugat 1 sampai dengan 8 harus keluar dari dusun sengketa tersebut dan menyerahkannya kepada penggugat sebagai orang yang berhak;
9. Menimbang, bahwa oleh karena ternyata dusun sengketa telah ditetapkan sebagai hak penggugat dan ternyata bahwa kini dusun tersebut dikuasai hak penggugat dan ternyata bahwa kini dusun tersebut dikuasai oleh tergugat-tergugat, maka untuk mencegah timbulnya kerugian bagi pihak penggugat maka pengadilan merasa perlu untuk mengambil suatu tindakan sementara, yaitu melarang tergugat-tergugat untuk memindahtangankan tanah sengketa kepada pihak ketiga;

Berdasarkan Pertimbangan Hukum Hakim sebagaimana disebutkan di atas, maka Majelis Hakim mengeluarkan putusan, dengan Amar Putusan Sebagai Berikut:

DALAM PROVISI:

- Sebelum adanya putusan pengadilan yang berkekuatan tetap atas pokok perkara ini;
- Melarang para tergugat untuk memindahtangankan dusun sengketa maupun tindakan-tindakan lainnya diatas dusun sengketa;

DALAM POKOK PERKARA

- Mengabulkan gugatan penggugat untuk sebagian;
- Menetapkan Dusun Hurunguang adalah termasuk dalam penentuan Negeri Soya;
- Menetapkan penggugat sebagai orang yang berhak atas dusun Hurunguang dengan batas-batas tersebut dalam gugatan;
- Menyatakan tindakan penguasaan para tergugat atas dusun Hurunguang adalah suatu perbuatan melawan hukum;
- Menyatakan batal segala tindakan hukum yang dilakukan oleh tergugat-tergugat atas tanah sengketa termasuk penerbitan segala surat-surat atas tanah sengketa;
- Memerintahkan tergugat 1 sampai 8 untuk keluar meninggalkan dusun sengketa dan menyerahkannya kepada penggugat;
- Menyatakan tergugat 5,7 dan 8 tidak hadir;
- Menghukum tergugat 5,7 dan 8 untuk tunduk dan taat kepada putusan ini;
- Menyatakan sah putusan provisi di atas;
- Menyatakan tuntutan selebihnya tidak dapat diterima;
- Membebani para tergugat untuk membayar biaya – biaya perkara yang hingga kini dianggarkan sebesar Rp.200.000.- (dua ratus ribu rupiah).-

Demikian diambil putusan ini pada hari: senin, tanggal 21 mei 1990.

Selanjutnya Putusan Pengadilan Tinggi dengan Putusan tertanggal 23 Maret 1991 No Reg: 115/Pdt/1990/PT.Mal dan Putusan Mahkamah Agung Republik Indoensia dengan Putusan Reg. Nomor: 3493 K/Pdt/1991, dengan pertimbangan hukum Mahkamah Agung Republik Indoensia sebagai berikut:

Menimbang bahwa berdasarkan apa yang dipertimbangkan diatas, lagi pula dari sebab tidak ternyata bahwa putusan Judex Facti dalam perkara ini bertentangan dengan hukum dan atau undang-undang, maka permohonan kasasi yang diajukan oleh para pemohon kasasi 1. Ismail Masawoy, 2. Abdul Rahim Masawoy, 3. Achmad Masawoy, 4. Hasan Masawoy, 5. Muhamad Masawoy tersebut ditolak;

Menimbang, bahwa oleh karena para pemohon kasasi berada di pihak yang kalah Berpekara, maka harus dihukum untuk membayar biaya perkara yang jumlahnya akan disebutkan pada amar putusan di bawah ini;

Memperhatikan pasal-pasal dari Undang-Undang No. 14 tahun 1970 dan Undang-Undang No. 14 tahun 1985 yang bersangkutan;

Bersasarkan Pertimbangan Hukum Majelis Hakim Agung memutuskan dalam Amar Putusan antara lain sebagai berikut:

“Menolak permohonan kasasi dari para pemohon kasasi 1. Ismail Masawoy, 2. Abdul Rahim Masawoy, 3. Achmad Masawoy, 4. Hasan Masawoy, 5. Muhamad Masawoy tersebut;

b) Putusan Pengadilan Negeri Ambon Perkara Perdata Nomor: 36/Pdg.G/2005/Pn.Ab

Bahwa oleh karena Putusan terkait perkara tersebut telah Incracht Van Gewijsde, maka dilakukan perlawanan terhadap Putusan tersebut dengan perkara Perdata nomor: 36/PDG.G/2005/PN.AB Tanggal 27 Maret 2006 Dalam pertimbangan hukum Hakim Tunggal Pengadilan Negeri Ambon yang memeriksa dan mengadili

perkara tersebut, disebutkan sebagai berikut:

1. Menimbang bahwa setelah pengadilan mempelajari keseluruhan eksepsi kuasa Terlawan dengan seksama maka ditemukan fakta-fakta hukum ternyata terhadap perkara yang diajukan para Pelawan telah ada putusan yang mempunyai kekuatan hukum tetap;
2. Menimbang bahwa sesuai dengan bukti T-1 yaitu putusan Pengadilan Negeri Ambon No.74/Pdt.G/1989/PN.AB. dimana yang menjadi para pihak adalah, Terlawan sebagai Penggugat sedangkan yang menjadi Tergugat I adalah 1. Ismail Masawoy. 2. Abdul Rahim Masawoy. 3. Ahmad Masawoy. 4. Hasan Masawoy. 5. Said Masawoy. 6. Muhamad Masawoy. 7. Husei Masawoy. 8. Mahyudi Masawoy. Dan yang menjadi Tergugat II adalah Pemerintah RI, cq Presiden RI, cq Menteri Sekretaris Negara Cq Kepada Kantor Pertanahan Kotamadya Ambon;
3. Menimbang bahwa oleh karena para Pelawanan adalah keturunan dari Masawoy yang juga adalah sebagai pihak dalam perkara No.74/Pdt.G/1989/PN.AB dengan demikian para Pelawan adalah mewakili keturunan dari Masawoy;
4. Menimbang bahwa terhadap objek sengketa dalam perkara No.74/Pdt.G/1989/PN.AB, sudah ditentukan status kepemilikannya dan yang berhak adalah Penggugat/ dalam perkara ini sebagai Terlawan;
5. Menimbang bahwa sesuai dengan bukti T-2 dan T-3 ternyata putusan Pengadilan Negeri Ambon telah dikuatkan oleh Pengadilan tinggi Maluku dan dalam putusan kasasi permohonan kasasi telah ditolak, sehingga dengan demikian putusan tersebut telah mempunyai kekuatan hukum yang pasti;
6. Menimbang bahwa sesuai dengan bukti T-8 dan bukti T-10, ternyata sebelum para Pelawan mengajukan perlawanan telah ada perkara perlawanan dan telah pula diputus oleh Pengadilan Negeri Ambon dimana kedua perlawanan tersebut tidak dapat diterima dan ditolak;
7. Menimbang bahwa sesuai bukti T-IV untuk proses pelaksanaan putusan Pengadilan Negeri Ambon telah meletakkan sita eksekusi terhadap objek sengketa perkara No.74/Pdt.G/1989/

PNAB, pada tanggal 6 Agustus 1998, sehingga tenggang waktunya sudah cukup lama yaitu 7 (tujuh) tahun lebih baru kemudian para Pelawan mengajukan perlawanan;

8. Menimbang bahwa berdasarkan pasal 230 Rbg yang menyebutkan dalam waktu delapan hari setelah pembritahuan, maka orang yang mengalami tindakan pelaksanaan dapat mengajukan perlawanan jika ia beranggapan mempunyai alasan untuk itu;
9. Menimbang bahwa oleh karena tenggang waktu pengajuan perlawanan para Pelawan telah melewati tenggang waktu yang ditentukan oleh Undang-undang maka Pengadilan berpendapat perlawanan para Pelawan sudah tidak dapat diterima sebab sudah kadaluarsa;
10. Menimbang bahwa untuk menjamin kepastian hukum maka untuk suatu perkara yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang pasti tidak dimungkinkan lagi diperiksa untuk kedua kalinya, agar tidak melanggar asas nebis in idem, hal ini sesuai dengan pasal 1917 KUHP(Kitab Undang-Undang Hukum Perdata);
11. Menimbang bahwa dari seluruh rangkaian uraian tersebut di atas pengadilan berpendapat bahwa tenggang waktu pengajuan perlawanan sudah kadaluarsa dan lagi pula terhadap objek sengketa sudah ada status kepemilikannya berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang pasti dengan demikian maka eksepsi Terlawan haruslah diterima;
12. Menimbang bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut di atas maka pengadilan berpendapat bahwa perlawanan Pelawan haruslah dinyatakan tidak dapat diterima;
13. Menimbang bahwa oleh karena perlawanan para Pelawan tidak dapat diterima maka sudah selayaknya para Pelawan dihukum untuk membayar biaya perkara yang besarnya akan ditentukan dalam awal putusan dibawah ini:

Bahwa dengan pertimbangan hukum sebagaimana disebutkan di atas, maka Pengadilan memutuskan dengan Amar Putusan antara lain Sebagai Berikut:

- Dalam eksepsi :
- Mengabulkan Eksepsi terlawan;
- Dalam Pokok Perkara
- Menyatakan perlawanan para Pelawan tidak dapat diterima;
- Menghukum para Pelawan untuk membayar biaya secara tanggung renteng sebesar Rp.650.000,- (enam ratus lima puluh ribu rupiah);

Bahwa atas Putusan Pengadilan Negeri tersebut, maka Putusan Banding Perdata Reg. No. 26/PDT/2006/PT.MAL tanggal 17 juli 2006 perkara banding perdata sebelum memutuskan Perkara tersebut membuat Pertimbangan Hukum sebagai berikut:

1. Menimbang, bahwa permohonan banding dari Para Pelawan/ Para Pemanding telah diajukan dalam tenggang waktu dan menurut tata cara serta memenuhi persyaratan yang ditentukan oleh undang-undang, oleh karena itu permohonan banding tersebut secara formil dapat diterima;
2. Menimbang, bahwa Pengadilan Tinggi setelah memeriksa dan meneliti serta mencermati dengan seksama bahwa berkas perkara beserta turunan resmi Putusan Pengadilan Negeri Ambon tanggal 27 maret 2006 Nomor: 36/Pdt.Plw/2005/PN.AB. dan telah pula membaca serta memperhatikan dengan seksama surat memori banding yang diajukan oleh pihak Para Pelawan/Pemanding, yang ternyata tidak ada hal-hal yang baru perlu dipertimbangkan;
3. Menimbang, bahwa oleh karena putusan Hakim Tingkat Pertama dalam pertimbangan-pertimbangan hukumnya telah memuat dan menguraikan dengan tepat dan benar semua keadaan serta alasan-alasan yang menjadi dasar dalam putusan banding, maka Pengadilan Tinggi dalam menyetujui dan membenarkan Putusan Hakim tingkat pertama;
4. Menimbang, bahwa dengan demikian halnya, maka pertimbangan-pertimbangan hukum Hakim Tingkat Pertama tersebut diambil alih dan dijadikan dasar didalam pertimbangan putusan Pengadilan Tinggi sendiri, sehingga putusan Pengadilan Negeri Ambon tanggal 27 Maret 2006

Nomor: 36/Pdt.Plw/2005/PN.AB dapat dipertahankan dalam peradilan Tingkat Banding dan oleh karenanya haruslah dikuatkan;

5. Menimbang, bahwa oleh karena Para Pelawan/Para Pemanding dipihak yang dikalahkan, maka biaya perkara dalam peradilan tingkat banding dibebankan kepadanya;
6. Mengingat peraturan hukum dari perundang-undangan yang berlaku, khususnya Undang-undang Nomor: 04 Tahun 2004 Jo. Undang-undang Nomor 8 Tahun 2004 dan Rbg;

Berdasarkan pertimbangan hukum Hakim, maka Amar Putusannya adalah:

- Menerima Permohonan Banding dari para Pemanding;
- Menguatkan Putusan Pengadilan Negeri Ambon tanggal 27 Maret 2006 Nomor: 36/Pdt.Plw/2005/PN.AB yang dimohonkan banding tersebut;
- Menghukum para-para Pelawan/Pemanding untuk membayar biaya perkara ditingkat banding sebesar Rp.150.000,- (seratus lima puluh ribu);

Mahkamah Agung dalam Putusan No.954 K/PDT/2007, dengan Amar Putusan

- Menyatakan perlawanan para Pelawan tidak dapat diterima;
- Menghukum para Pelawan untuk membayar biaya secara tanggung renteng sebesar Rp.650.000,- (enam ratus lima puluh ribu rupiah);

Putusan Majelis Hakim Agung dalam Perkara tersebut didasarkan pada Pertimbangan Hukum sebagai berikut:

Menimbang, bahwa alasan-alasan tersebut Mahkamah Agung berpendapat: bahwa alasan-alasan tersebut tidak dapat dibenarkan oleh karena Judex facti tidak salah menerapkan hukum, lagi pula alasan-alasan tersebut mengenai penilaian hasil pembuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, hal mana tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan pada tingkat kasasi, karena pemeriksaan dalam

tingkat kasasi hanya berkenaan dengan adanya kesalahan penerapan hukum, adanya pelanggaran hukum yang berlaku, adanya kelalaian dalam memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian dalam memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang bersangkutan atau bila pengadilan tidak berwenang atau melampaui batas wewenangnya sebagaimana yang di maksud dalam pasal 30 Undang-Undang No.14 Tahun 1985 jo Undang-Undang No.5 Tahun 2004;

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan diatas, lagi pula ternyata bahwa putusan judex facti dalam perkara ini tidak bertentangan dengan hukum dan/atau undang-undang, maka permohonan kasasi yang diajukan oleh pemohon kasasi: Abdullah Masawoy dan kawan-kawan tersebut harus ditolak;

Menimbang, bahwa oleh karena permohonan kasasi dari para Pemohon Kasasi ditolak, maka para pemohon kasasi dihukum untuk membayar biaya perkara dalam tingkat kasasi ini;

c) Putusan Pengadilan Negeri Ambon Nomor: 94/Pdt. /1998/ Pn.Ab

Perkara perdata putusan Nomor: 94/Pdt.PLW/1998/PN.AB sebelum memutuskan Perkara Tersebut membuat pertimbangan hukum sebagai berikut:

1. Menimbang, bahwa terhadap Perlawanan tersebut, pihak Terlawan telah mengajukan jawaban yang pada pokoknya telah membantah perlawanan pelawan seraya menyatakan bahwa objek sengketa dengan batas-batasnya adalah Dusun HURUNGUANG dan bukan Dusun Dati WELEHAKILA;
2. Menimbang, bahwa dengan demikian, maka Pelawan diwajibkan membuktikan dalil perlawanannya bahwa obyek sengketa yang telah diletakkan Sita Eksekusi sesuai Penetapan Pengadilan Negeri Ambon tanggal 27 Juli 1998 No: 74/Pdt.G/1989/PN.AB. adalah Dusun Dati Welehakila, dan demikian pula kewajiban Terlawan untuk

membuktikan bahwa obyek sengketa tersebut adalah Dusun HURUNGUANG;

3. Menimbang, bahwa untuk membuktikan kebenaran dalil perlawanannya, Pelawan telah mengajukan bukti-bukti surat bertanda P.I sampai dengan P.V dan 2 (dua) orang saksi, masing-masing 1. EDY OENTORO, dan 2. JAFAR TUANANY; sedang pihak Terlawan telah mengajukan bukti surat bertanda T.I sampai dengan T.VII dan 2 (dua) orang saksi masing-masing 1. CHRISTOFFEL JOHANIS SOPLANIT, dan 2. JOPY MUSKITTA;
4. Menimbang, bahwa mengenai bukti surat bertanda P.III adalah salinan dari salinan register Dusun Dati yang dimakan oleh orang Batu Merah dalam hutan Soya atas nama kepala dati wahidi tajima Masawoy yang dibuat tanggal 11 mei 1814, sedang bukti surat bertanda P.IV adalah bukti surat menyangkut berita acara eksekusi lanjutan terhadap putusan Mahkamah Agung R.I tanggal 7 Oktober 1983 No:2242 K/SIP/1980 Jo Putusan Pengadilan Tinggi Maluku tanggal 11 Agustus 1979 No: 65/1979/Pdt/PT.MAL. Jo Putusan Pengadilan Negeri Ambon tanggal 29 Juni 1978 Nomor: 437/L//-Pdt,G dalam perkara antara Hassan Masawoy dkk sebagai para penggugat lawan Ismail Masawoy dkk sebagai TERGUGAT terhadap Dusun Welehakila dan dusun warasia yang terletak di gunung Batu Merah Atas;
5. Menimbang, bahwa menyangkut bukti surat bertanda P.V adalah surat izin dari Ismail Masawoy kepada Jafar Tuanany untuk menanam tanaman umur panjang (cengkih) dalam Dusun Waehakila;
6. Menimbang bahwa dalam bukti surat bertanda P.I,P.III, P.IV,P.V tidak secara tegas ditentukan batas-batas dari Dusun Dati Waehakila terkecuali dalam bukti surat P.II;
7. Menimbang, bahwa dari fakta-fakta diatas, Pengadilan memperoleh bukti bahwa batas-batas dusun dati menurut dalil perlawanan pelawan sudah saling bertentangan dengan bukti yang diajukan;
8. Menimbang, bahwa selanjutnya perlu dipertimbangkan apakah benar Dusun Hurunguang milik terlawan terletak

atau berada dalam Dusun Dati Welehakila;

9. Menimbang, bahwa batas-batas mana ternyata sesuai dengan bukti-bukti surat bertanda T-I sampai dengan T.VII maupun dengan keterangan saksi-saksi CHRISTOFEL JOHANISSOPLANIT dan JOPY MUSKITTA;
10. Menimbang, bahwa selanjutnya saksi CRISTOFEL JOHANIS SOPLANIT, yang adalah perangkat desa Soya (anggota saniri negeri) bahwa Dusun Welehakila sebenarnya terletak sekitar 1(satu) kilometer disebelah selatan Dusun Hurunguang;
11. Menimbang, bahwa sebagai bantahan atas bukti-bukti terlawan, pelawan tetap pada dalil perlawanannya, bahwa dusun Hurunguang yang telah diletakan sita eksekusi oleh Pengadilan Negeri Ambon sesuai ketetapan Pengadilan Negeri Ambon tertanggal 27 Juli 1998 No. 74/Pdt.G/1989/PN.AB berada didalam lokasi dusun welehakila;
12. Menimbang, bahwa di lapangan berdasarkan pengamatan Majelis Hakim saat dilakukan pemeriksaan tempat di obyek sengketa, pada hari jumat, tanggal 11 Desember 1998, obyek sengketa yang menurut pelawan berada dalam areal Dusun Dati Welehakila yang dimaksud dalam perlawanan ini adalah Dusun Hurunguang yang telah disita eksekusi dalam perkara putusan No:74/Pdt.G/1989/PN.AB dan menurut terlawan dusun tersebut adalah Dusun Hurunguang;
13. Menimbang, bahwa batas-batas Dusun Dati Welehakila yang ditunjuk pelawan berbeda dengan bukti-bukti surat maupun keterangan saksi-saksi tersebut diatas yang telah diajukan pelawan, maka menurut hemat Majelis Hakim dalil perlawanan pelawan tidak didukung oleh bukti-bukti yang sah dan kuat di lain pihak terlawan berdasarkan surat-surat bukti dan saksi-saksi yang diajukan dinilai telah dapat membuktikan dalil-dalilnya, maka dalil pelawan tersebut harus ditolak;
14. Menimbang, bahwa dengan demikian berdasarkan pertimbangan tersebut diatas menurut Majelis pelawan tidak berhasil membuktikan dalil perlawanannya yang menyatakan obyek sengketa adalah Dusun Dati Welehakila milik pelawan, sebaliknya pihak terlawan telah dapat membuktikan kebena-

ran dalil sangkalannya bahwa obyek sengketa adalah Dusun Hurunguang;

15. Menimbang, bahwa karena dalam bukti PI putusan Mahkamah Agung RI No: 3260 K/PDT./1993 tanggal 23 januari 1997, pelawan dinyatakan hanya berhak atas dusun dati: 1. Riri Ruma Awang, 2. Welehakila, 3. Warasia Peninggalan Talima Masawoy, maka pelawan dinilai tidak tepat dan tidak benar;
16. Menimbang, bahwa karena perlawanan pelawan adalah perlawanan yang tidak tepat dan tidak benar, maka pelawan adalah bukan pelawan yang benar, oleh karena itu perlawanan pelawan harus di tolak;
17. Menimbang, bahwa oleh karena pelawan ditolak maka biaya-biaya yang timbul perkara ini dibebankan kepada pelawan;

Berdasarkan pertimbangan hukum Hakim sebagaimana disebutkan di atas, Majelis Hakim Memutuskan sebagaimana dalam Amar Putusan:

- Menolak perlawanan pelawan tersebut;
- Menyatakan pelawan bukan pelawan tepat dan benar;
- Menghukum pelawan untuk membayar biaya perkara yang hingga kini dianggarkan sebesar Rp.563.000.-(lima ratus enam puluh tiga ribu rupiah)

Demikianlah diputuskan pada hari sabtu tanggal 16 Januari 1999,

Berdasarkan ketiga kasus sebagaimana diuraikan di atas, , maka sudah pastinya bahwa konflik yang terjadi dalam masyarakat hukum adat dalam perebutan untuk mendapatkan hak masyarakat hukum adat tentunya sangat beragam, sehingga dari berbagai aspek keberadaan akan Hak Masyarakat Hukum Adat, harusnya dilindungi dengan adanya satu instrumen hukum yang berlaku untuk semua hak masyarakat hukum adat di Maluku.

Contoh kasus di atas menunjukkan bahwa banyak sekali terjadi masalah terhadap eksistensi Hak Ulayat Atas Tanah Masyarakat

Hukum Adat yang ada di Maluku, karena berbagai pembangunan yang dilakukan demi kepetingan umum, namun di sisi lain juga harus menjaga akan eksistensi hak ulayat atas Tanah Yang dikuasai/dimiliki oleh masyarakat hukum adat. Hal ini merupakan satu problematika hukum yang dialami oleh masyarakat hukum adat atas hak ulayat.

Permasalahan terkait dengan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat di Maluku terjadi juga karena belum adanya payung hukum dalam hal ini Perda Provinsi Maluku maupun Perda Kabupaten/Kota yang mengatur secara khusus terkait dengan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat.

Pemerintah Daerah sesuai dengan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah memberikan kewenangan bagi Daerah-Daerah untuk bisa membuat Peraturan Daerah (Perda) yang memberikan pengakuan terhadap hak ulayat atas tanah masyarakat hukum adat. Dengan demikian, pemerintah daerah kabupaten/kota merupakan lini pertama yang dapat memberikan pengakuan dan perlindungan terhadap hak ulayat atas tanah masyarakat hukum adat. Otonomi daerah, yang membentuk pemerintahan daerah yang dekat dengan rakyat, diharapkan dapat meningkatkan pengakuan dan perlindungan hukum terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat yang sering diabaikan dalam kehidupan bernegara.

2) Konflik Hak Ulayat di Halmahera Provinsi Maluku Utara

Negara dalam konteks Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 merupakan organisasi kekuasaan rakyat tertinggi dari seluruh rakyat yang mengemban kewajiban dan tanggung jawab untuk menyejahterakan rakyat atas sumber-sumber agraria yang dikuasainya. Penggunaan instrumen hak menguasai negara, pemerintah setelah melakukan pemetaan peruntukkan dan penggunaan tanah dapat menentukan hubungan hukum antara manusia/Badan Hukum dengan tanah, serta melakukan pengawasan atas perbuatan-perbuatan hukum yang dilakukan oleh Orang/Badan Hukum tersebut dengan tanah yang dihaki. Namun, liberalisasi ekonomi terutama di masa

Orde Baru telah mengakibatkan terjadinya perubahan terhadap fungsi tanah sebagai mekanisme akumulasi modal yang berakibat terhadap terpinggirnya hak-hak pemilik tanah pertanian.

Hal ini mengakibatkan terjadinya konflik pertanahan yang bersifat struktural maupun horizontal. Permasalahan tanah yang terjadi antara pemilik modal besar dan atau pemerintah dengan pemegang hak dengan isu yang beragam mulai dari akses atas sebidang tanah hingga penghargaan atas nilai tanah dalam bentuk ganti rugi.

Konflik yang membenturkan masyarakat petani dengan aparat keamanan, pemerintah dan/atau perusahaan menurut Serikat Petani Indonesia terus terjadi di sepanjang tahun 2011 mengakibatkan sebanyak 35 Petani menjadi korban kriminalisasi, 273.888 tergusur dari tanahnya dan 18 orang tewas karena mencoba memperjuangkan tanahnya.¹⁹⁸

Hal ini menurut Noer Fauzi dalam banyak kasus yang melibatkan perusahaan dipicu pemberian izin konsesi oleh pejabat publik serta diwarnai oleh penggunaan kekerasan, kriminalisasi tokoh, manipulasi, penipuan, pemaksaan persetujuan dilakukan secara sistematis dan meluas untuk menghilangkan kepemilikan rakyat.¹⁹⁹ Pola konflik tanah yang sama juga terjadi di Provinsi Maluku dan Maluku Utara, hasil penelitian menunjukkan konflik tanah yang melibatkan masyarakat dengan perusahaan dan/atau pemerintah daerah bersifat struktural maupun horizontal. Maluku dan Maluku Utara mengandung potensi pertambangan dihadapkan pada konflik pembebasan lahan, serta hak masyarakat adat yang tidak terselesaikan.

Pola konflik tanah yang bersifat struktural terjadi hampir di semua wilayah pertambangan dengan eskalasi serta dinamika yang berbeda. Konflik yang terjadi antara PT. Nusa Halmahera Minerals (PT. NHM) dengan warga masyarakat Kao-Malifut di Kabupaten Halmahera Utara, terkait hak atas tanah ulayat suku Pagu Kao di wilayah Kontrak Karya. Konsesi PT. NHM diberikan melalui kontrak karya yang ditandatangani

¹⁹⁸ KPA, “*Petani Protes Perampasan Hak*”, Tersedia di website: www.kpa.or.id/petani-protas-perampasan-hak/, diunduh 25 September 2012 (18.45 WIT)

¹⁹⁹ *Loc.cit.*

oleh Pemerintah Indonesia pada tanggal 19 Februari 1998 yang diwakili Menteri Pertambangan dan Energi, serta surat persetujuan Presiden Republik Indonesia Nomor B.53/Pres/I/1998 pada Pasal 4 menentukan bahwa dengan lahan seluas 70.610 ha untuk kuasa pertambangan golongan A (emas), mineral golongan C termasuk wilayah pertambangan rakyat dengan potensi 20 ribu ton deposit biji logam.²⁰⁰ Konsesi perusahaan juga diistimewakan dengan ditetapkannya Perpu No. 1 Tahun 2004 serta Kepres No. 41 Tahun 2004 yang telah memberikan izin pinjam-pakai kawasan hutan lindung kepada perusahaan pertambangan NHM.

Pada awal pengoperasian, pola konflik berkaitan dengan pembebasan lahan masyarakat yang masuk dalam kawasan pertambangan. Dalam perspektif perusahaan bahwa kontrak karya yang telah diberikan di atas tanah negara, sehingga tidak ada sangkut paut dengan hak masyarakat, meskipun terdapat lahan yang digarap masyarakat di atas wilayah kontrak karya, tetapi itu bukan merupakan status hak milik. Konsekuensinya pemberian ganti rugi lahan yang diberikan kepada masyarakat hanya pada tanaman yang termasuk dalam daerah eksplorasi perusahaan. Besar ganti rugi yang diberikan terhadap pohon cengkik yang berukuran besar sebesar Rp.600.000/pohon, cengkik berukuran kecil Rp. 300.000/pohon, untuk pohon langsung besar diberikan Rp.300.000/pohon, langsung kecil Rp.150.000/pohon dan untuk pohon sagu besar Rp.300.000/pohon dan Sagu kecil sebesar Rp. 150.000/pohon. Pola pemberian ganti rugi ini, mengakibatkan konflik antara masyarakat dan perusahaan tidak dapat dihindari, karena terjadi perbedaan pemahaman terhadap status tanah dikuasai oleh masyarakat sebelum adanya perusahaan dan disisi lain perusahaan menganggap dengan kontrak karya merupakan dasar penguasaan mutlak atas tanah. Posisi pemerintah dan pemerintah daerah pada kasus tersebut justru lebih cenderung melindungi perusahaan dengan dalil pemajuan perekonomian negara dan hak masyarakat diabaikan.

Pada konflik tanah ulayat/adat, tanah digusur dengan menggunakan alasan “tanah negara” untuk dijadikan obyek penambahan devisa

²⁰⁰ Antara, 19 Juni 2000. *North Maluku has 20,000 tons of metal ore deposits*, Jakarta: Antara.

negara dan Pendapatan Asli Daerah (PAD). Akar konflik berawal dari pengambilalihan tanah yang tidak mengormati kepentingan dan hak-hak masyarakat adat. Selain itu, konflik juga dipicu dari ganti rugi lahan hingga pelaksanaan *Community Social Responsibility* yang menimbulkan eskalasi konflik terbuka dimulai dari demo, konfrontasi, blokir akses jalan serta pintu gerbang perusahaan dengan menggunakan penanda/symbol adat hingga berperkara di pengadilan. Selain itu, konflik tanah yang melibatkan PT. NHM ini juga ditemukan pada pelaksanaan pembangunan jalan raya di desa lingkaran tambang sebagai bagian dari implementasi *Community Development* yang berpangkal pada soal ganti rugi. Sengketa ganti rugi lahan dan perusakan kebun kelapa dengan menggunakan Buldozer oleh PT. NHM untuk pembangunan jalan raya di Desa Peleri Kecamatan Malifut Kabupaten Halmahera Utara, menggunakan dasar hukum pembangunan untuk kepentingan umum. Sengketa ini diselesaikan secara litigasi melalui PN. Tobelo tanggal 28 Agustus 2008.²⁰¹ Konflik perusahaan dengan masyarakat Suku Pagu Kao masih terus berlangsung hingga saat ini yang lebih mengarah pada konflik pengelolaan dana CSR/Comdef.

Konflik pertanahan Kabupaten Halmahera Timur, terjadi antara perusahaan tambang yang melakukan pembebasan lahan antara lain oleh PT. Yudistira Bumi Bakti, PT. Kemakmuran Pertiwi Tambang, dan PT. Alam Raya Abadi terkait proses serta besar ganti rugi yang menggunakan dasar keputusan bupati tentang penetapan harga tanah dan tanaman untuk pembangunan bagi kepentingan umum. Ketidakepahahaman akan besar ganti rugi atas tanah oleh PT. Yudistira Bumi Bakti memunculkan konflik terbuka yakni blokir jalan ke areal perusahaan selama 4 (empat) hari hingga konfrontasi dengan aparat keamanan (Brimob).

Demikian halnya PT. Alam Raya Abadi yang telah melaksanakan tahapan eksplorasi usaha pertambangan Nikel sejak tahun 2010-2011, belum menuntaskan ganti rugi lahan karena belum mendapatkan

²⁰¹ Wawancara dengan pengelola Klinik Bantuan Hukum LML Malut, dengan Kode BH, pada tanggal 20 September 2018

persetujuan sebanyak 47 pemegang hak lainnya.²⁰² Menurut Tania Dora bahwa negosiasi harga tanah menjadi bagian yang penting dalam tahapan pembayaran ganti rugi, dimana masyarakat mempunyai kesempatan untuk mengajukan keberatannya atas harga yang ditawarkan oleh pembeli, dalam hal ini perusahaan.²⁰³ Tidak ada kepastian harga tanah menimbulkan aksi demo kepada pemerintah desa, karena dinilai berpihak kepada perusahaan dengan cara membujuk masyarakat secara personal untuk menerima besar harga yang ditetapkan perusahaan, demo dan blokir jalan juga dilakukan kepada pihak perusahaan.

Konflik pertanahan di Kabupaten Halmahera Tengah, terjadi antara masyarakat dengan Perusahaan yang melakukan eksploitasi Nikel berstatus Kontrak Karya maupun Izin Usaha Pertambangan. Sengketa tanah antara Masyarakat Adat Sawai dengan PT. Weda Bay Nickel yang belum menyelesaikan ganti rugi harga tanah terjadi dengan cara demonstrasi menggunakan kekerasan sampai berujung pada bentrok dengan aparat keamanan. PT. WBN sebagai pemegang kontrak karya berdasarkan Kepres No B.53/Pres/1/1998 tertanggal 19 Januari 1998 telah memperoleh izin kegiatan penambangan dan pengolahan biji nikel dan kobalt di Kabupaten Halmahera Timur dan Kabupaten Halmahera Tengah dengan luas 54.874 Ha. Perusahaan ini juga merupakan salah satu dari 13 perusahaan yang memperoleh konsesi wilayah kuasa pertambangan di atas hutan lindung. Direncanakan produksi nikel sebanyak 70.000 ton/pertahun dan kobalt sebanyak 5.000 ton/tahun dalam jangka waktu 30 tahun.

Pembebasan lahan oleh PT. NHM masih terdapat 66 warga pemilik tanah di Desa Lelilef Sawai dan Desa Gemaf yang sampai saat ini menolak

²⁰² Wawancara dengan kode AK, Kepala Desa pada tanggal 7 Juli 2012. Total lahan yang akan dibebaskan merupakan lahan transmigrasi seluas 720 ha, dimana rencana pembebasan tahap pertama seluas 200 ha, baru direalisasikan sebesar 47 Ha yang telah disetujui pemegang hak.

²⁰³ Tania Dora, Dkk, "Sengketa Tanah: Suatu Bentuk Pertentangan Atas Pembebasan Tanah Rakyat untuk Pembangunan. Studi Kasus: Pembebasan Tanah untuk Pindahan Bandara Polonia Medan ke Kuala Namu Deli Serdang," *Jurnal Studi Pembangunan*, Vol. 1 No. 2, April 2006, Medan: USU, tersedia di website repository.usu. ac.id/bitstream/12345678/1/stp-apr2006-(7).Pdf, diak-ses tanggal 20 Februari 2013.

ganti rugi dengan harga Rp.8.000/m². Menurut Kristofer Arbaben²⁰⁴, masyarakat tidak menolak perusahaan untuk melakukan pengambilan tanah mereka, namun pemberian ganti rugi harus dilakukan secara layak:

“Pada prinsipnya masyarakat setuju untuk dilakukan pembebasan lahan warga oleh PT. WBN sebagai wilayah pertambang. Namun dalam hal penetapan harga tanah sebesar 8000/meter, belum seluruhnya pemilik tanah menerima kesepakatan tersebut. Kalaupun selama ini ada opini bahwa telah disetujui oleh seluruh warga, itu hanya kesimpulan dilakukan oleh oknum-oknum tertentu yang mengatasnamakan warga pemilik tanah. Proses pengukuran yang dilaksanakan oleh perwakilan masyarakat, WBN dan BPN sesuai kesepakatan akan diumumkan guna mendapat koreksi atau masukan dari warga masyarakat, namun setelah pengukuran tidak pernah dilakukan dan bahkan tanpa sepengetahuan warga masyarakat, pihak BPN telah mengeluarkan daftar nama pemilik dan luas tanah. Terhadap cara kerja tersebut, menimbulkan keberatan oleh sebagian warga masyarakat, karena data tersebut diduga terdapat nama fiktif dan luas tanah warga tidak sesuai dengan kenyataan di lapangan. Pembayaran yang dilakukan oleh PT. WBN tidak sesuai dengan daftar tanah yang dikeluarkan oleh BPN, karena terindikasi ada orang yang tidak memiliki tanah (dalam daftaran BPN) akan tetapi memperoleh pembayaran panjar yang dilakukan oleh PT. WBN. Dengan demikian, 66 KK pemilik lahan meminta untuk dilakukan ganti rugi lahan dengan harga Rp. 50.000/m².”²⁰⁵

Menurut data dari PT. WBN, proses pembebasan lahan untuk pembangunan industri telah dilakukan oleh perusahaan dan berdasarkan kesepakatan dengan pemilik tanah dengan harga sebesar Rp.8.000/m². Namun terdapat 66 KK yang tidak menerima ganti harga tersebut dengan menawarkan harga baru di luar kesepakatan sebesar Rp. 50.000/m². Berdasarkan data pembebasan lahan PT. WBN tahun 2012, Jumlah lahan yang telah dibebaskan, sebanyak 485 terdiri dari tahap I Karkar sebanyak 158, tahap II Tanjung uli 94, tahap III Nuspera 135, tahap IV

²⁰⁴ Perwakilan masyarakat 66 KK Desa Lelilef Sawai dan Desa Gemaf.

²⁰⁵ Wawancara, pada tanggal 29 April 2018.

Desa Gemaf 44, tahap V Gowomdi 44, sedangkan dari jumlah orang, tahap I sebanyak 108, tahap II 48, tahap III 104, tahap IV 42 tahap V 26 KK sehingga total 328 KK.

Proses pembebasan lahan tersebut dilakukan melalui mekanisme pra survey (bersama pemerintah desa setempat), Identifikasi penggarap lahan, selanjutnya dilakukan sosialisasi dengan melibatkan Pemda, Kepolisian, Kejaksaan, BPN dan Kepala Desa dan Penggarap, selanjutnya perusahaan bersama pemerintah daerah dan Desa melakukan survei lahan. Hasil survei dan pengukuran diumumkan kantor desa dan tempat strategis selama 14 hari untuk mendapat masukan dan tanggapan atas luas dan kepemilikan lahan yang telah diukur, apabila tidak ada keberatan, maka akan dilakukan verifikasi terhadap berkas administrasi (KK, KTP dan nomor rekening) dan proses tanda tangan surat pengikat jual beli (PP JB) disaksikan perwakilan pemda, camat dan desa. Tahapan akhir setelah penandatanganan PPJB, perusahaan akan mentransfer sejumlah uang sebagaimana dalam akta melalui rekening penggarap/ pemilik masing-masing.²⁰⁶

Tahapan di atas, menunjukkan bahwa pelaksanaan pembebasan lahan telah melibatkan *stakeholder* terkait dengan lahan, namun permasalahan mendasar terletak pada jumlah ganti rugi yang diberikan. Selama ini pada 3 wilayah penelitian rujukan utama dalam penetapan harga tanah didasarkan pada keputusan bupati, padahal keputusan bupati tersebut bukan diperuntukkan untuk pembebasan lahan dalam rangka penanaman modal, namun lebih pada standar harga ganti rugi untuk kegiatan pembangunan pemerintah. Pemda, pada situasi ini tidak dapat berbuat banyak bahkan cenderung berpihak kepada perusahaan.

Perjuangan masyarakat lingkaran tambang di 3 kabupaten sampai saat ini masih terus berlangsung untuk memperoleh ganti rugi yang layak dengan menggunakan berbagai instrumen yang dimilikinya, seperti melalui tekanan kepada pemerintah dan perusahaan melalui aksi demo baik secara damai sampai dengan penggunaan kekerasan, pemblokiran terhadap akses produksi perusahaan hingga konfrontasi terbuka dengan

²⁰⁶ Wawancara, Staf PT. WBN tanggal 28 November 2018

aparatur keamanan, bahkan permasalahan pembebasan lahan di Halmahera Tengah telah difasilitasi penyelesaian melalui berbagai lembaga seperti Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Wahana Lingkungan Hidup dan pertemuan dengan Komnas HAM pada 15 April 2012 di Jakarta.

Uraian pola konflik pertanahan di atas menunjukkan bahwa pada konflik pertanahan yang berpola struktural mengandung karakteristik aktor, sebab cara yang sama di mana pada 3 (tiga) wilayah penelitian tersebut konflik pertanahan yang terjadi melibatkan masyarakat (pemegang hak), pemerintah desa, perusahaan serta aparat keamanan (Brimob). Sumber penyebab terjadinya konflik pertanahan pada semua wilayah penelitian teridentifikasi bersumber dari tidak tercapainya kesepakatan nilai ganti rugi tanah yang dianggap terlalu rendah, serta tidak dihormatinya hak-hak masyarakat adat atas tanah ulayat. Terjadi perbedaan persepsi terhadap status tanah, dimana masyarakat menganggap itu adalah tanah milik masyarakat adat, sementara perusahaan menolak dengan alasan tanah negara.

Konflik pertanahan yang terjadi di 3 (tiga) wilayah penelitian, selain berbentuk konflik struktural juga pola konflik horizontal. Hal ini disebabkan karena pelibatan pemerintah bukan dalam kerangka memfasilitasi tercapainya harga bagi semua pemegang hak, akan tetapi mendukung harga yang ditetapkan perusahaan, akibatnya terjadi perpecahan di tingkat masyarakat. Hasil penelitian menunjukkan bahwa dalam setiap konflik pertanahan yang terjadi, masyarakat selalu terbagi pada 2 (dua) kelompok yakni yang menyetujui dan yang tidak menyetujui atas harga dasar ganti rugi sehingga menimbulkan konflik akibat perbedaan pendapat tersebut. Contoh yang dapat dilihat pada sengketa pembebasan lahan di Kabupaten Halmahera Timur antar masyarakat disebabkan adanya perbedaan pandangan/pendapat mengenai besar ganti rugi tanah yang dinegosiasikan Rp.10.000/ m² dengan kompensasi pembangunan di desa, namun kemudian mengalami perpecahan menjadi Rp.5.000/m² dan Rp.2.500/m².

Hal yang sama terjadi di Halmahera Tengah, dimana terdapat 328 KK telah menerima harga dan telah diberikan ganti rugi, sementara 66

KK yang sampai saat ini belum memperoleh ganti rugi karena belum menyetujui harga ditetapkan perusahaan. Konfrontasi antarwarga masyarakat juga terjadi karena keterlibatan para tokoh masyarakat dan/atau aparat pemerintah desa yang berpihak/digunakan perusahaan. Konflik yang terjadi merupakan tipe konflik di permukaan melibatkan saudara/tetangga yang dilatarbelakangi komunikasi yang tidak sejalan atas kepentingan terkait pokok sengketa.

Uraian di atas menunjukkan sumber dominan konflik terjadi karena ketidaksesuaian dalam pemberian ganti rugi atas tanah masyarakat. Menurut Gunanegara,²⁰⁷ ganti rugi hak atas tanah memiliki makna pergantian atas nilai tanah berikut bangunan, tanaman dan atau benda lainnya sebagai akibat pelepasan hak. Perbedaan penafsiran terhadap harga (bukan nilai) menyebabkan bermunculan konflik antara perusahaan/pemerintah dengan masyarakat. Perusahaan/pemerintah lebih cenderung melihat tanah dari sisi harga tanpa mempertimbangkan nilai tanah menyebabkan pemberian ganti rugi hanya didasarkan pada harga ekonomis semata. Akibatnya masyarakat selain kehilangan kepemilikan tanah (pelepasan hak) juga memperoleh ganti rugi yang tidak layak.

Penyelesaian konflik dapat dilakukan dengan cara manajemen konflik. Manajemen konflik diperlukan dalam rangka membangun dan mengembangkan mekanisme penanganan konflik dengan tujuan untuk mencegah berkembangnya konflik menjadi kekerasan dan yang secara sosial, ekonomi dan ekologis destruktif dan mengubahnya menjadi hubungan sosial yang konstruktif dan kooperatif. Berdasarkan pada tipologi konflik yang terjadi, serta pengidentifikasian hubungan (relasi) antaraktor dan akar yang menjadi penyebab, dapat dirumuskan pendekatan untuk mengelola konflik tersebut.

Sebagaimana telah diuraikan, bahwa konflik muncul pada 3 (tiga) kondisi/bentuk yakni konflik laten yang bersifat tersembunyi sehingga untuk menanganinya perlu diangkat ke permukaan, agar dapat

²⁰⁷ Gunanegara, 2005. *Rakyat dan Negara Dalam Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan*, Jakarta: Tatanusa, hlm. 177.

tertangani secara efektif. Konflik terbuka yang berakar dan sangat nyata, sehingga memerlukan berbagai tindakan untuk mengatasi akar penyebab dan berbagai efeknya, serta konflik di permukaan yang memiliki karakteristik akar/sebab yang dangkal/tidak berakar dan muncul hanya karena kesalahpahaman mengenai sasaran, yang dapat diatasi dengan meningkatkan komunikasi.

Pemetaan situasi konflik sebagaimana diuraikan di atas telah ditegaskan bahwa konflik Pertanahan yang terjadi di wilayah penelitian merupakan konflik terbuka yang perlu diselesaikan dengan manajemen konflik yang tepat. Manajemen Konflik dapat dilakukan melalui: pencegahan konflik, penyelesaian konflik, resolusi konflik. Respon terhadap berbagai konflik perlu melihat eskalasi kekerasan dimana pencegahan untuk menyelesaikan konflik yang bersifat laten, penyelesaian untuk konflik di permukaan dan konflik terbuka, pengelolaan dilakukan pada situasi konflik bersifat laten dan konflik di permukaan, sedangkan resolusi konflik dilakukan pada konflik yang bersifat terbuka.

Manajemen konflik yang dapat dilakukan pada situasi konflik terbuka adalah dengan pendekatan penyelesaian konflik dan resolusi konflik, sedangkan pada situasi konflik di permukaan dapat dikelola/diselesaikan dengan pendekatan pengelolaan konflik. Konflik pertanahan mempunyai karakteristik yang berbeda, karena keragaman kepentingan/interes para pihak, sehingga penyelesaian sengketa yang terjadi merujuk pada 2 (dua) mekanisme penyelesaian yakni litigasi dan non-litigasi untuk mendapatkan keadilan.

Mekanisme penyelesaian konflik pertanahan juga menjadi pilihan para pihak yang bersengketa di wilayah penelitian, di mana jalur litigasi menjadi pilihan perusahaan dalam menyelesaikan sengketa terkait dengan ganti rugi dan hak adat serta persoalan lainnya yang muncul sebagai dampak penguasaan tanah oleh perusahaan.

Konflik antara masyarakat Suku Pagu Kao dengan perusahaan diselesaikan melalui jalur litigasi sampai dengan tingkat kasasi di Mahkamah Agung. Pilihan mekanisme penyelesaian ini didasarkan pada pertimbangan, bahwa Suku Pagu Kao yang mengklaim memiliki

tanah ulayat atas wilayah usaha pertambangan Tuguraci tidak memiliki alas hak yang kuat, sengketa tersebut akan terus terjadi pada setiap generasi, sehingga akan menghambat produksi perusahaan. Penyelesaian secara litigasi merupakan mekanisme penyelesaian sengketa yang mengedepankan prinsip *win lose solution* dimana persengketaan yang terjadi akan diakhiri dengan kepastian pihak yang menang dan kalah. Jalur litigasi untuk sengketa tanah saat ini disarankan oleh banyak ahli melalui pembentukan pengadilan *land reform*/pengadilan pertanahan dalam lingkup peradilan umum/lembaga pertanahan yang merupakan sebuah lembaga yang khusus menangani kasus-kasus sengketa yang muncul akibat pelaksanaan suatu program masif berhubungan dengan tanah sebagai manifestasi sebuah pengadilan yang berwatak khusus dengan misi yang khusus merupakan langkah efektif dalam proses pencapaian keadilan dan kepastian hukum.

Namun upaya ini memerlukan kajian dan pertimbangan mendalam, cermat dan hati-hati dalam mempersiapkan kelembagaan, sumber daya, maupun prosedurnya. Jalur non-litigasi sebagai bagian dari mekanisme penyelesaian sengketa yang dipilih/ditempuh oleh warga masyarakat/perusahaan didasarkan pada adanya dukungan pemerintah desa dan/atau pemerintah daerah, pengetahuan masyarakat yang rendah serta modal.

Bentuk penyelesaian konflik pertanahan di Maluku Utara yang ditempuh, secara kuantitatif didominasi oleh penyelesaian non litigasi/ADR. Hal ini terlihat dari tahapan penyelesaian yang dilakukan oleh para pihak yang bersengketa, yakni mediasi (*mediation*) dan negosiasi (*negotiation*). Hal ini dilatarbelakangi pandangan bahwa pada situasi konflik tidak hanya melibatkan perusahaan dan/atau pemerintah, akan tetapi juga melibatkan warga masyarakat lainnya yang masih memiliki hubungan kekerabatan. Oleh karena itu, penyelesaian yang dilakukan bertujuan untuk mengembalikan keteraturan hubungan sosial dan keseimbangan magis di dalam masyarakat dengan penyelesaian yang lebih menguntungkan masing-masing pihak.

Konsep penyelesaian yang menguntungkan masing-masing pihak mengandung paradigma *win-win solution* dengan mengedepankan komunikasi keinginan kedua belah pihak yang bersengketa, menegosiasikan untuk mencapai sepakat atas keinginan sehingga masing-masing merasa dihargai keinginannya dan tidak menimbulkan permusuhan. Penyelesaian sengketa melalui pendekatan lokal hampir terdapat pada masyarakat di Indonesia, seperti halnya model penyelesaian sengketa dalam masyarakat Banjar yang dikenal dengan cara adat “*badamai*”. Di mana adat “*badamai*” bermakna sebagai hasil proses musyawarah dalam pembahasan bersama dengan maksud mencapai suatu keputusan sebagai penyelesaian dari suatu masalah.²⁰⁸ Metode ini memudahkan para pihak mencapai penyelesaian yang sederhana, cepat dan *negotiable*. Model penyelesaian secara non-litigasi dalam mencapai keadilan lebih mengutamakan pendekatan “konsensus” dan partisipasi. Namun, benarkah paradigma *win-win solution* akan menjamin penyelesaian yang tuntas dan tidak akan memunculkan konflik atas bidang tanah yang sama di kemudian hari? Keadilan yang dicapai melalui mekanisme *win-win solution* dinamakan keadilan kumulatif yang menurut Thomas Aquinas adalah keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dan kontra prestasi.

Realitas menunjukkan bahwa proses penyelesaian di luar pengadilan ini tidak sepenuhnya menyelesaikan masalah. Hal ini terlihat dari penyelesaian sengketa tanah terkait ganti rugi pembebasan lahan di 3 (tiga) wilayah penelitian yang sampai saat ini masih terus berlangsung, karena masih terdapat para pihak (masyarakat pemegang hak) yang tidak menyetujui hasil perundingan, sedangkan disisi lain pengusaha cenderung mengabaikan (pembayaran ganti rugi hanya dilakukan pada yang setuju dengan harga yang ditetapkan perusahaan) serta Pemerintah Daerah tidak melakukan tindakan merespon situasi yang terjadi. Kondisi ini menyebabkan merebaknya kembali konflik dengan pola yang sama.

²⁰⁸ Ahmad Hasan, “Penyelesaian Sengketa Melalui Upaya (Non Litigasi) Menurut Peraturan Perundang-undangan”, *Jurnal Al-Banjar*, Vol. 5 No. 9, Januari-Juni 2007, Banjarmasin: PPS IAIN Antasari Banjarmasin, hlm.2-3.

Hal ini menunjukkan bahwa sengketa akan terselesaikan secara tuntas (tidak semu) manakala proses penyelesaian yang dilakukan menerapkan paradigma *win-win solution* dalam konsep dan tindakan sehingga argumentasi dan teknik persuasif yang diterapkan untuk mencapai tujuan keadilan akan dapat dirasakan oleh para pihak yang bersengketa.

Berpijak dari proses yang penyelesaian konflik pertanahan, menurut penulis terdapat 2 (dua) faktor yang perlu diperhatikan untuk menjamin penerapan paradigma *win-win solution* dalam penyelesaian sengketa. *Pertama*, kedudukan partisipasi para pihak yang bersengketa. Proses penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang melibatkan Perusahaan dengan masyarakat haruslah berada dalam keadaan setara, tidak dibenarkah salah satu pihak berada dalam kedudukan subordinasi disebabkan karena rendahnya pengetahuan, kemiskinan, atau ketiadaan bukti formal penguasaan. Hal ini akan melemahkan kedudukannya dalam mendeskripsikan hubungannya dengan tanah serta keinginan pemegang hak sebagai kompensasi atas dampak putusnya hubungan dengan tanah. Demikian halnya perusahaan tidak dapat diposisikan sebagai pihak *superior* hanya karena mendapatkan dukungan Pemerintah Daerah atas nama kebijakan pembangunan melalui investasi. *Kedua*, peran mediator. Mediator merupakan aktor kunci keberhasilan proses mediasi sebagai cara penyelesaian konflik. Mediasi menurut Stephen Covey bukanlah semata-mata teknik kepribadian, akan tetapi lebih pada paradigma yang komprehensif tentang interaksi manusia. Hal ini hanya dapat diperoleh ketika orang bisa bersikap dewasa, berintegritas dan bermentalitas *abundance*.

Pemilihan mediator dalam sengketa pertanahan antara masyarakat dan perusahaan perlu mempertimbangkan independensi, sehingga mediator yang dipilih dengan pendekatan otoritatif (memiliki kewenangan) perlu mengidentifikasi keberpihakan pemerintah daerah dalam situasi sengketa. Pemilihan mediator yang berwenang sangat penting sebagai suatu strategi untuk mengikat para pihak yang bersengketa agar menjaga komitmen dan melaksanakan hasil perundingan namun tidak tertutup kemungkinan dapat memilih mediator independen yang

profesional, memiliki keahlian, integritas dan pengalaman misalnya perguruan tinggi dan lembaga non pemerintah yang berprofesi sebagai mediator mandiri. BPN sendiri berkomitmen akan menjadi mediator dan mencari jalan tengah yang mengakomodasi keadilan para pihak yang bersengketa dengan prinsip *win-win solution*.

Hendarman Soepandji menyatakan bahwa BPN dalam hal ini hanya menjadi mediator yang dituntut untuk independen, tidak berpihak pada kedua belah pihak (rakyat dan investor).²⁰⁹

Arie S. Hutagalung²¹⁰ menegaskan bahwa mediasi memberikan kepada para pihak perasaan kesamaan kedudukan dan upaya penentuan hasil akhir perundingan dicapai menurut kesepakatan bersama tanpa tekanan atau paksaan. Upaya untuk mencapai *win-win solution* ditentukan oleh beberapa faktor di antaranya proses pendekatan yang obyektif terhadap sumber sengketa lebih dapat diterima para pihak dan memberikan hasil yang saling menguntungkan dengan catatan bahwa pendekatan itu harus menitikberatkan pada kepentingan yang menjadi sumber konflik. Selain itu, faktor kemampuan yang seimbang dalam proses negosiasi atau musyawarah. Perbedaan kemampuan tawar menawar akan menyebabkan adanya penekanan oleh pihak yang satu terhadap yang lainnya.

Dalam konteks manajemen konflik/mengelola konflik, pola penyelesaian yang ditempuh pada konflik pertanahan yang akar dan eskalasinya rendah diselesaikan dengan penyelesaian konflik dengan cara membangun komunikasi, dan menyediakan akses informasi seluas-luasnya. Pada konflik yang hanya terkait harga ganti rugi atas tanah harus dipandang secara komprehensif tidak hanya terkait nilai jual fisik tanah tersebut, tetapi aspek ekonomi, sosial budaya dan politik yang mempengaruhi keberlangsungan penghidupan pemegang hak. Dengan demikian, sekalipun terjadi pengerahan masa dalam setiap konflik

²⁰⁹ Kompas, *Penyelesaian.Sengketa. Tanah ala BPN*, tersedia pada website: <http://nasional.kompas.com/> Winwin Solution Penyelesaian.Sengketa. Tanah ala BPN, diakses tanggal 23 Agustus 2019 (Pukul 19.56 WIT)

²¹⁰ Arie S. Hutagalung, 2005. *Tebaran Pemikiran Seputar Masalah Hukum Tanah*, Jakarta: Lembaga Pemberdayaan Hukum Indonesia, hlm. 19.

di permukaan, namun dengan terbukanya akses bagi pelaksanaan perundingan sebagaimana yang telah dilakukan, yakni negosiasi dan mediasi, akan menjadi jalan yang cukup efektif.

Pada konflik tanah yang berakar pada tidak dihormatinya hak ulayat masyarakat hukum adat, penanganan harus dilakukan secara lebih komprehensif tidak hanya penyelesaian konflik, akan tetapi Resolusi Konflik dengan merumuskan strategi untuk menangani sebab-sebab konflik tersebut melalui rekonseptualisasi hubungan antara negara, sektor swasta/perusahaan dan masyarakat hukum adat. Agung Basuki Prasetyo menerangkan bahwa tidak terakomodirnya kriteria eksistensi hak ulayat dalam UUPA (tidak diatur secara tegas) dapat mengakibatkan terjadinya konflik terbuka antara masyarakat hukum adat dengan pihak pemilik modal, baik swasta maupun badan hukum publik (pemerintah), serta antara masyarakat hukum adat yang satu dengan masyarakat hukum adat lainnya.²¹¹ Pengakuan terhadap hak-hak masyarakat adat, secara konstitusional harus dihormati, namun dalam implementasinya menurut Rosmidah²¹² bahwa dalam UUPA masih adanya pembatasan pengakuan hukum berupa persyaratan-persyaratan, kebijakan-kebijakan di masing-masing instansi pemerintah daerah belum sinergis, sehingga menciptakan sektoralisasi dan belum adanya kejelasan lembaga yang paling berkompeten mengurus keberadaan dan hak-hak masyarakat hukum adat, serta belum terciptanya model pengaturan yang komprehensif dalam pengakuan hukum terhadap keberadaan masyarakat hukum adat, baik substansi maupun kerangka implementasinya.

Upaya untuk mencegah berulangnya konflik atas bidang tanah yang sama dilakukan dengan menjamin proses penyelesaian secara tuntas dimana pada penyelesaian melalui jalur litigasi yang memakan waktu lama akan menjamin kepastian hukum, namun pada jalur non-

²¹¹ Agung Basuki Prasetya, "Pengakuan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat (antara Regulasi dan Implementasi)", *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Vol. 36 No. 2, April-Juni 2007, Semarang: FH Undip hlm. 153.

²¹² Rosmidah, "Pengakuan Hukum Terhadap Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Hambatan Implementasinya", *Inovatif: Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 2 No. 4, Tahun 2010, Jambi: Program Magister Ilmu Hukum Unja, hlm. 97.

litigasi perlu diperhatikan faktor kedudukan partisipasi para pihak yang bersengketa dan peran mediator. Resolusi konflik yang diharapkan adalah dengan mewujudkan pembentukan pengadilan agrarian/ pengadilan *landreform*/ lembaga pertanahan sebagai lembaga penyelesaian litigasi, serta rekonseptualisasi konsep penguasaan tanah untuk kepentingan penanaman modal melalui pemberian hak pakai atau hak sewa sebagai lembaga hukum dan hubungan hukum konkrit dengan tidak melakukan pelepasan atau penyerahan hak atas tanah masyarakat dengan pemberian ganti rugi.

3. Implementasi Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah Dalam Pengadaan Untuk Kepentingan Umum.

Setelah menunggu 55 tahun barulah pada tahun 2000 dilakukan amandemen yang kedua terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Amandemen terhadap Undang-Undang Dasar 1945 membawa konsekuensi penafsiran terhadap pengakuan mengenai keberadaan mengenai keberadaan masyarakat Hukum Adat dan hak-hak mereka yang diatur dalam Pasal 18B ayat (2) yang berbunyi :

“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.”

Dan Pasal 28 I ayat (3) yang berbunyi:

“identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.”

Kedua pasal ini masih menggunakan konsep “pengakuan bersyarat” sebagaimana yang dianut oleh berbagai peraturan perundang-undangan tentang Sumber Daya Alam (SDA) yang bersumber pada Pasal 33 ayat (3). Dengan berpijak kepada asas-asas peraturan yang mengatur tentang “bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara”, sangatlah kecil kemungkinan masyarakat hukum adat dengan mudah dan cepat memperoleh pengakuannya. Hal ini dapat disebabkan peran negara untuk mengakui keberadaan masyarakat hukum adat sepanjang masyarakat

hukum adat ini sesuai dengan peraturan negara.

Pengakuan terhadap masyarakat hukum adat ada dalam UUD 1945 tersebut menimbulkan persoalan yang sangat dilematik, satu sisi adanya semangat pengakuannya untuk melindungi masyarakat hukum dan hak-haknya, namun di sisi lain negara mempunyai peran yang sangat besar sehingga lebih dipentingkan kepentingan negara bukan kepentingan masyarakat hukum adat. Budi Hadirman²¹³ mengemukakan berkenaan dengan Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28 I ayat (3) menggambarkan bahwa negara mempunyai peran besar dalam merumuskan, mengakui dan melegitimasi keberadaan dari masyarakat hukum adat sepanjang sesuai dengan peraturan negara. Paradigma ini tidak sesuai dengan prinsip-prinsip persamaan dan otonomi demokrasi.

Apabila kita melihat isi dari pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28 I ayat (3), Nampak bahwa ada dua undang-undang yang mengatur tentang masyarakat adat. Di satu sisi pasal 18B ayat (2), pengakuan akan keberadaan atau eksistensi masyarakat hukum adat masuk kedalam ranah undang-undang yang berkaitan dengan pemerintah daerah, sedangkan undang-undang pasal 28 I ayat (3) akan diatur dalam undang-undang Hak Asasi Manusia.

Namun demikian, keberadaan pasal 18B ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 sudah menampakkan hal yang baik untuk praktik perlindungan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya (Hak Ulayat). Dengan adanya pasal ini berarti sudah ada landasan konstitusional yang kuat untuk masyarakat hukum adat maupun hak-hak tradisionalnya yang selama ini terabaikan.

Dalam perkembangannya pengakuan yang mendukung terhadap keberadaan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya. Pengakuan dan penghormatan terhadap hak ulayat terdapat dalam berbagai peraturan termasuk Peraturan Daerah (PERDA) yang menggunakan landasan hukum yang berkaitan dengan materi yang diatur dalam perda tersebut. Contoh beberapa daerah yang mengatur tentang pengakuan dan penghormatan hak ulayat adalah Peraturan Daerah Kabupaten Kampar Nomor 12 tahun 1999 Tentang Hak Ulayat; Peraturan Daerah Kabupaten Lebak Nomor 32 tahun

²¹³ Budi Hadirman, *The Structural Position of Ethnic Groups*

2001 tentang perlindungan atas Hak Ulayat masyarakat Baduy; Peraturan Daerah Sumatera Barat tahun 2008 tentang tanah ulayat. Dan beberapa daerah yang sedang membuat rancangan Peraturan Daerah Tentang Hak Ulayat antara lain di Kabupaten Halmahera Utara (Tobelo), Rancangan Peraturan Daerah Hak Ulayat Halmahera Utara.

Dalam era reformasi peluang untuk memberikan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya (Hak Ulayat) mulai nampak. Perlindungan terhadap masyarakat hukum adat selain tercantum dalam Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28 I ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 amandemen kedua tahun 2000, juga tercantum dalam Pasal 41 ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 Tentang Hak Asasi Manusia, Ketetapan MPR No.IXMPR/2001 tentang Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam, Pasal 5 ayat (3), Pasal 6 ayat (1), Pasal 6 ayat (2), UU No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, Peraturan Menteri Negara/Kepala BPN No.5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Namun demikian pengakuan terhadap masyarakat hukum serta hak-hak tradisionalnya tidak serta merta dapat ditindaklanjuti. Hal ini disebabkan sistem hukum positif nasional yang berkembang saat ini tidak memberikan suatu kedudukan hukum terhadap masyarakat hukum adat dengan berbagai macam kebijakan, peraturan dan keputusan yang tentunya membatasi keberadaan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya.

Konsekuensi dari semuanya ini timbul berbagai konflik di berbagai daerah di tanah air yang berkaitan dengan tanah ulayat. Konflik-konflik ini muncul tidak lain ialah bahwa masyarakat hukum adat ingin tetap mempertahankan hak ulayatnya yang mengakibatkan adanya pertentangan dengan pemerintah, investor-investor yang telah memperoleh berbagai bentuk perizinan untuk menggunakan atau memanfaatkan tanah ulayat masyarakat hukum adat.

Perkembangan yang mendukung pengakuan terhadap masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya terus berjalan. Pertemuan Forum Pakar Pemberdayaan KAT²¹⁴ tanggal 2 April 2009, membahas tentang pendekatan *multiyears* dalam pemberdayaan KAT perlu dipertimbangkan kembali sebagai proses perubahan yang berkelanjutan bagi KAT. Namun

²¹⁴ Artikel Departemen Sosial, Pertemuan Forum Pakar Pemberdayaan KAT, Jakarta, 2009

demikian, pendekatan *multiyears* sebaiknya diterapkan berdasarkan tipologi KAT yang dikembangkan. Dengan demikian, tidak sama sasaran diberdayakan jangka waktu relatif lama, tetapi ditentukan oleh pola pemberdayaannya. Forum ini merekomendasikan, perlunya strategi spesifik untuk mempercepat penyelesaian KAT terutama merespon terhadap polemik yang kerap terjadi memahami pemberdayaan KAT dengan bertumpu kepada HAM, demokratisasi, dan desentralisasi.

Pendekatan *multiyears* (pendekatan yang tidak boleh terputus harus tetap berkelanjutan dan tidak selesai dalam satu tahun) dalam pemberdayaan KAT perlu dipertimbangkan kembali sebagai proses perubahan yang berkelanjutan bagi KAT. Namun demikian, pendekatan *multiyears* sebaiknya diterapkan berdasarkan tipologi KAT yang dikembangkan. Dengan demikian, tidak semua sasaran diberdayakan berdasarkan jangka waktu relatif lama, tetapi ditentukan oleh pola pemberdayaannya. Forum ini merekomendasikan, perlunya strategi spesifik untuk mempercepat penyelesaian KAT terutama merespon terhadap polemik yang kerap terjadi dalam memahami pemberdayaan KAT dengan bertumpu kepada HAM, Demokratisasi, Desentralisasi.

Disisi lain pendekatan pemberdayaan haruslah bertumpu pada tiga unsur utama yaitu pengakuan eksistensi KAT, melindungi warga KAT, dan pemberdayaan. Oleh sebab itu, direkomendasikan untuk memformulasikan pola perlindungan warga KAT berdasarkan prespektif kultural sekaligus diterjemahkan dalam satuan program. Dengan demikian penataan pemukiman KAT sebagai refleksi pemberdayaan perlu dimaknai sebagai “*home*” bukan “*house*” dengan tidak merusak kearifan lokal dan budaya lokalnya (termasuk Tanah Adat) dapat dimaknai “*home*” bukan “*house*” bahwa “*home*” merupakan bangunan yang ditinggali atau dihuni sebagai rumah yang terdiri dari ruang-ruang (rumah sebenarnya) sedangkan “*house*” merupakan tempat kita merasa nyaman walaupun itu bukan merupakan rumah kita. Kesimpulannya diatas adalah bagian dari mufakat hasil pertemuan Forum Pakar Pemberdayaan KAT yang dilaksanakan di Jakarta, 31 Maret 2009. Pertemuan ini yang dibuka secara resmi oleh Dirjen Pemberdayaan Sosial. Rusli Wahid dihadiri oleh para pakar dari praktisi dan akademisi.

Memperhatikan berbagai arahan, masukan, tanggapan, saran serta pemikiran dari pengarah, narasumber dan peserta selama diskusi berlangsung, maka Forum Konsultasi Pakar Komunitas Adat Terpencil (KAT) menghasilkan pokok-pokok pikiran sebagai berikut :

1. Pemberdayaan KAT sangat penting artinya bagi kepentingan bangsa dan Negara, terutama sebagai kerangka mewujudkan jaminan tentang hak asasi manusia warga Negara antara lain perlindungan, pelayanan umum, politik dan mendapatkan kehidupan komunitas yang tinggal di daerah terpencil sebagaimana terartikulasi berdasarkan amandemen UUD RI 1945 pada konteks masyarakat hukum adat serta Tap MPR No.XVII Tahun 1998, UU No.39 Tahun 1999 tentang HAM, UU No.32 Tahun 2004 tentang Pemda dan UU No.11 Tahun 2009 tentang Kesejahteraan Sosial.
2. Bahwa untuk memperkuat PJMN II 2010-2014, diperlukan kajian lebih jauh dengan sejumlah variabel yang dapat mengurangi secara signifikan dan relevan munculnya sejumlah istilah baru KAT berbasis Wilayah keterpencilan, seperti KAT, masyarakat tradisional, masyarakat adat, masyarakat terpencil, masyarakat terisolir, masyarakat hukum adat dan sebagainya. Pertemuan ini merekomendasikan pentingnya review atas pemikiran konsep dasar KAT baik di Jawa / luar Jawa, wilayah perbatasan antar negara, daerah pedalaman, daerah pesisir, wilayah pertanian dan wilayah terpencil lainnya berdasarkan terminologi yang bermunculan.
3. Bahwa untuk mewujudkan data KAT yang valid, diperlukan redefinisi KAT. Forum ini berpendapat untuk segera melakukan redinifisi KAT disertai pemutakhiran data KAT secara simultan seiring dengan reformulasi masukan pengertian KAT dari peserta forum ini bersifat kumulatif, antara lain kelompok sosial, berada di luar jangkauan akses pelayanan, hidup dalam kelompok kecil, menjamin mobilitas dan kecukupan pangan sehingga kontrol sosial sangat kuat, hubungan personal berorientasi pada sistem kekerabatan, orientasi memenuhi kebutuhan sehari-hari tidak berorientasi pada ekonomi pasar, keterpencilan, satu leluhur, etnografik, administrasi dan kependudukan, kesejahteraan sosial dan hak dasar, homogenetis, kesamaan wilayah, komunikasi interaksi,

- relasi dengan sumber daya alam dan kesamaan wilayah, komunikasi interaksi, relasi dengan sumber daya alam dan kesamaan adat dan pranata, akses terbatas, keterpencilan etnografi dan sosiologis.
4. Redefinisi yang diusulkan adalah “KAT merupakan bagian dari MHA yang berbentuk kecil, homogen, terbatas, teknologinya sederhana, inklusif, berdasarkan kekebaratan, yang memerlukan pemberdayaan secara khusus.
 5. Forum sepakat bahwa konsep dasar masyarakat hukum adat termasuk KAT tidak sama dengan “*indigenous people*” sebagaimana konvensi ILO 169 Tahun 1989. Namun istilah “*indigenous people*” dapat menjadi payung hukum untuk memasukan MHA. Pandangan ini menjadi dasar berpijak dalam pendefinisian dan penetapan kriteria KAT ke depan.
 6. Defenisi dan kriteria KAT yang terurai dari keputusan Presiden RI Nomor: 111 Tahun 1999 hakikatnya masih cukup relevan untuk memahami KAT pada saat ini. Oleh sebab itu, perlu digali defenisi untuk kata yang sepadan dengan KAT dengan masyarakat adat, atau masyarakat tradisional. Ciri yang berbeda ini merupakan pengayaan yang dimiliki oleh Departemen Sosial. Namun demikian, forum sependapat perlunya penambahan definisi KAT dengan kriteriannya sebagai berikut:
Definisi: homogen, kuat adat, berkultur, berbahasa/berdialek sendiri-sendiri, hidup eksklusif, terpencil, terkebelakang, dan terisolir serta minim sentuhan. Kriteria : leluhur sama, miskin dengan pemukiman, komunitasnya kecil, menutup diri, tidak bersekolah, pola hidup rutin, cara hidup tidak sehat, kukuh menjaga adat, transaksi barter, masyarakat sentripetal, memiliki keterbatasan akses, memiliki hak secara terbatas dan sebagainya.
 7. Data *by name and by address* tentang KAT perlu disediakan sebagai satuan sistem informasi, sistem informasi berkaitan dengan dengan mobilitas penduduk, tingkat sebaran, akses pelayanan yang disediakan dan sejumlah variabel lainnya. Oleh sebab itu, forum ini merekomendasikan perlunya *Focused Group Discussion* yang melibatkan berbagai lintas sektor untuk forum koordinasi dalam rangka menetapkan validitas data. Dalam hal demikian, direkomendasikan kepada Departemen Sosial bekerjasama

BPS untuk melakukan pendataan demografi yang berkaitan dengan KAT.

8. Pendekatan *multiyears* dalam pemberdayaan KAT perlu dipertimbangkan kembali sebagai proses perubahan yang berkelanjutan bagi KAT. Namun demikian, pendekatan *multiyears* sebaiknya diterapkan berdasarkan tipologi KAT yang dikembangkan. Dengan demikian, tidak semua sasaran diberdayakan berdasarkan jangka waktu relatif lama, tetapi ditentukan oleh pola pemberdayaannya. Forum ini merekomendasikan, perlunya strategi spesifik untuk mempercepat penyelesaian KAT terutama merespons terhadap polemik yang kerap terjadi dalam memahami pemberdayaan KAT dengan bertumpu kepada HAM, demokratisasi, dan desentralisasi.
9. Ratifikasi konvensi ILO No. 169 tahun 1989 dan penyusunan rancangan Undang-Undang Tentang Desa dan Hak Masyarakat Hukum Adat perlu didorong untuk menjamin perlindungan sepenuhnya terhadap masyarakat hukum adat, terutama yang terpencil. Direkomendasikan, agar Departemen Sosial dapat mengambil peran lebih besar untuk melakukan ratifikasi bersama dengan Depnakertas, Mahkamah Konstitusi dan ILO
10. Pendekatan makro dan mikro dalam memahami masyarakat hukum adat perlu dilakukan, sehingga Departemen Sosial tidak hanya terbatas memahami hak KAT dalam skala mikro, tetapi juga berkaitan dengan masyarakat hukum adat dalam skala makro sebagai sasaran strategis, sehingga sistem perlindungan bagi masyarakat hukum adat dilakukan secara menyeluruh.
11. Keterpaduan dan sinergitas dengan lintas sektor/interdep dalam pemberdayaan KAT perlu dilakukan agar dapat terukur dan dihitung indikator keberhasilannya, terutama dengan BPN, Depdagri, Dep. Kesehatan, Dep. Diknas, dan lembaga lainnya untuk mendorong percepatan pemberdayaan KAT. Pendekatannya integratif sangat penting untuk memacu percepatan penanganan KAT secara keseluruhan.
12. Publikasi dan penyebarluasan informasi tentang KAT yang lebih banyak kepada publik dengan melibatkan berbagai unsur perlu dilakukan untuk

memperkuat pencitraan “*secon opinion*” dalam pemberdayaan KAT.

13. Pendekatan pemberdayaan haruslah bertumbuh pada tiga unsur utama yaitu pengakuan eksistensi KAT, melindungi warha KAT dan pemberdayaan. Oleh sebab itu, direkomendasikan untuk memformulasikan pola perlindungan warga KAT berdasarkan perspektif kultural sekaligus diterjemahkan dalam satuan program. Dengan demikian penataan pemukiman KAT sebagai refleksi pemberdayaan perlu dimaknai sebagai “*home*” bukan “*house*” dengan tidak merusak kearifan local dan budaya lokalnya (termasuk Tanah Adat).
14. Pembentukan kelompok kerja perlu diperkuat dan dikembangkan berbasis keahlian (*expertise*), kelompok praktisi dan kemampuan akademik sebagai sumber pendukung pemberdayaan KAT secara komprehensif.
15. Jejaring kerja/*networking* antara pihak-pihak yang peduli terhadap pemberdayaan KAT perlu untuk diwujudkan.

Pada tataran internasional pengakuan yuridis terhadap masyarakat hukum adat terdapat dalam konvensi ILO No. 169 tahun 1989 Tentang *Indigenous And Tribal Peoples In Independent Countries* (masyarakat adat dan masyarakat suku-suku bangsa di negara-negara merdeka) mendefinisikan *indigenous peoples* sebagai suku-suku bangsa yang berdiam di Negara merdeka yang kondisi sosial, budaya, dan ekonominya berbeda dengan kelompok masyarakat yang lain. Secara umum konvensi ILO mengakui bahwa masyarakat adat dan masyarakat suku diakui dan dijamin hak-hak mereka untuk memutuskan sendiri berbagai prioritas mereka dalam proses pembangunan yang mempengaruhi kehidupan, kepercayaan, instusi-instusi dan kesejahteraan mereka tanah-tanah dan teritori (ulayat) yang mereka huni atau yang mereka gunakan harus dilindungi, juga hak para penduduk yang bersangkutan untuk menggunakan tanah-tanah yang secara tidak eksklusif ditempati mereka, tetapi secara tradisional mereka telah mempunyai akses untuk mata pencaharian dan kegiatan-kegiatan tradisional mereka, dan untuk melaksanakan penguasaan, sampai batas yang mungkin, atas pembangunan ekonomi, sosial dan budaya mereka.

Namun disadari walaupun telah diatur perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat dalam berbagai peraturan perundang-undangan, namun pada kenyataannya masih banyak yang terjadi penindasan terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat yang dilakukan oleh pemerintah maupun investor. Hal lain disebabkan karena implementasi perlindungan terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat masih menganut pengakuan bersyarat. Sehingga terjadi penyimpangan-penyimpangan terhadap peraturan perundang-undangan yang seharusnya memberikan perlindungan.

Penegakan suatu Hukum Adat oleh Hukum Negara juga membawa permasalahan seputar kepastian hukum. Pemahaman asas kepastian hukum dalam hukum adat tidak sama dengan asas kepastian hukum yang dipahami dalam sistem hukum negara, lain hal dengan pengakuan bahwa neagara terhadap islam hukum kebiasaan yang tertulis, seperti hukum agama islam, hukum agama Kristen, hukum agama Hindu, yang biasanya tidak menimbulkan permasalahan kepastian hukum seperti yang ditimbulkan oleh pengakuan hukum negara pada sistem hukum adat yang tidak tertuliss.

Implementasi perlindungan hukum merupakan konsep yang universal dari suatu negara hukum. Perlindungan hukum diberikan apabila terjadi pelanggaran maupun tindakan yang bertentangan dengan hukum yang dilakukan oleh pemerintah, baik perbuatan penguasa yang melanggar undang-undang maupun masyarakat yang harus diperhatikannya. Pertiannya dalam kata perlindungan hukum terdapat suatu usaha untuk memberikan hak-hak yang dilindungi sesuai dengan kewajiban yang harus dilakukan.

Boedi Harsono mengemukakan bahwa salah satu tujuan UUPA sebenarnya bukan menambah pembatasan atau mengurangi kebebasan individu dalam menentukan peruntukan dan penggunaan tanah yang dipunyainya, Perlindungan Hukum Pemegang Hak karena hal itu sudah terkandung dalam sifat hakikat hak yang ada padanya. Tujuan UUPA justru akan memperkuat kedudukan individu dalam hubungan dengan masyarakatnya dan anggota masyarakat yang lain yakni dengan menyediakan perangkat peraturan hukum yang tertulis dan memberikan surat tanda bukti pemilikan tanah, melalui penyelenggaraan pendaftaran tanah.

Hukum tanah nasional memberikan perlindungan hukum kepada

pemegang hak atas tanah bahwa penggunaan dan pengawasan tanah oleh siapapun dan untuk apapun harus dilandasi dengan hak atas tanah yang disediakan oleh hukum pertanahan nasional. Penguasaan dan penggunaan tanah dilindungi hukum terhadap gangguan-gangguan pihak manapun, baik sesama anggota masyarakat maupun pihak penguasa sekalipun, jika gangguan tersebut tidak berdasarkan landasan hukum. Dengan kata lain, apabila tanah dikuasai oleh pemegang hak secara sah, jika diperlukan untuk pembangunan harus didahului dengan musyawarah terlebih dahulu.

Perlindungan hukum dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, secara garis besar dapat diartikan sebagai penghormatan terhadap hak-hak perorangan atas tanah. Hal ini berkaitan dengan konsekuensi pengakuan negara terhadap tanah seseorang atau suatu masyarakat hukum adat, maka negara wajib untuk memberi jaminan kepastian hukum terhadap hak atas tanah tersebut sehingga lebih mudah bagi seseorang untuk mempertahankan haknya terhadap gangguan-gangguan dari pihak lain.

Apabila dibandingkan dengan beberapa ketentuan yang mengatur pengadaan tanah untuk kepentingan umum sebelumnya, yaitu Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 15 Tahun 1975, Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 2 Tahun 1976, serta Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 2 Tahun 1985, dimana di dalam isi dan semangat peraturan hukumnya pada dasarnya memperhatikan secara seimbang kepentingan umum dan kepentingan para pihak. Timbulnya kesan seakan hukum tidak cukup memberikan perlindungan hukum kepada para pemilik tanah, yang umumnya terdiri atas rakyat kecil, disebabkan karena pelaksanaannya yang tidak sesuai dengan semangat dan isi peraturan dan hukumnya.

Implementasi pengadaan tanah perlu memperhatikan beberapa prinsip (asas) sebagaimana tersirat dalam peraturan perundang-undangan dan ketentuan terkait yang mengaturnya, terdiri dari:

- a. Penguasaan dan penggunaan tanah oleh siapa pun dan untuk keperluan apa pun harus ada landasan haknya.
- b. Semua hak atas tanah secara langsung maupun tidak langsung bersumber pada hak bangsa.

- c. Cara untuk memperoleh tanah yang sudah dihaki oleh seseorang/badan hukum harus melalui kata sepakat antarpihak yang bersangkutan dan
- d. Dalam keadaan yang memaksa, artinya jalan lain yang ditempuh agar maka presiden memiliki kewenangan untuk melakukan pencabutan hak, tanpa persetujuan subyek hak menurut Undang-undang No. 20 Tahun 1961.

Keberadaan Undang-undang No. 2 Tahun 2012 lebih menekankan pada bentuk perwujudan perlindungan hukum kepada pemilik hak atas tanah dalam pembaharuan hukum yang berkaitan dengan pengadaan tanah dalam pelaksanaan pembangunan untuk kepentingan umum. Ketentuan mengenai perlindungan hukum didalam aturan undang-undang yang ditujukan kepada pemilik hak atas tanah dengan jelas tertuang dalam pasal demi pasal yang mengaturnya.

Maria S.W. Sumardjono memberikan tanggapannya terhadap peraturan pengadaan tanah untuk kepentingan dalam kaitannya dengan perlindungan hukum kepada pemilik tanah, yaitu: Perlindungan hukum terhadap masyarakat yang tanahnya diambil untuk kepentingan umum yang secara formal telah dituangkan dalam peraturan perundang-undangan itu perlu terus ditingkatkan perwujudannya secara konsekuen dan konsisten. Adalah hak dari negara mengambil tanah-tanah hak untuk kepentingan masyarakat secara keseluruhan, namun penghormatan kepada hak-hak dasar manusia seyogianya diberikan secara proporsional.

Lebih lanjut Maria S.W. Sumardjono, menyatakan bahwa dalam mencapai tujuan berupa kepastian hukum, keadilan, dan kemanfaatan, maka yang diperlukan adalah perspektif berfikir untuk terpenuhinya hal-hal yang bersifat formal dan substansial dalam mewujudkan penghormatan terhadap hak-hak dasar manusia. Hukum pada hakikatnya sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan.

Dalam menegakkan hukum, menurut Sudikno Mertokusumo terdapat 3 (tiga) unsur yang harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweekmassigheid*) dan keadilan (*gerechtigheit*). Adanya kepastian

hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib.

Secara umum Undang Undang Dasar 1945 telah memberi perlindungan terhadap hak-hak atas tanah sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28 huruf h ayat 4, yang dinyatakan bahwa: “Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil secara sewenang-wenang dan harus diimbangi dengan ganti kerugian”. Khusus untuk perlindungan hukum kepada pemilik tanah dalam kegiatan pengadaan tanah untuk kepentingan umum adalah adanya kewajiban untuk memberikan ganti kerugian yang layak bagi pemilik tanah.

Ketentuan di dalam Pasal 33 Undang-undang No. 2 Tahun 2012, telah menentukan penilaian terhadap besarnya nilai ganti kerugian dilakukan oleh penilai yang akan menilai bidang per bidang tanah, yang meliputi:

- a. Tanah;
- b. Ruang atas tanah dan bawah tanah;
- c. Bangunan;
- d. Tanaman;
- e. Benda yang berkaitan dengan tanah; dan/atau
- f. Kerugian lain yang dapat dinilai.

Ketentuan Pasal 33 tersebut yang secara tegas telah mengatur mengenai dasar dan cara penilaian besarnya ganti kerugian dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, dinilai telah jauh lebih maju apabila dibandingkan dengan ketentuan ganti rugi yang diatur dalam Perpres No. 65 Tahun 2006, dimana penentuan ganti kerugian dalam Perpres hanya ditentukan terhadap tanah, bangunan, tanaman dan benda-benda lain yang berkaitan dengan tanah. Adanya tuntutan untuk ganti rugi yang layak dan adil, seyogianya harus dipahami dikarenakan adanya dampak sosial yang akan dirasakan oleh masyarakat. Oleh karena itu, dengan adanya ganti rugi yang layak dan adil akan dimanfaatkan oleh masyarakat untuk memulai membangun kembali

kehidupannya di tempat yang baru.

Secara ideal, dalam proses pengadaan tanah untuk pembangunan kepentingan umum, tujuan yang diharapkan adalah kepentingan pembangunan dapat berjalan tanpa harus merugikan atau menyebabkan penurunan tingkat kehidupan pemilik tanah dan pemilik hak atas tanah atau benda di atasnya, setelah proses pembebasan dilaksanakan. Oleh karena itu, dengan adanya ganti kerugian merupakan bentuk perlindungan hukum yang diberikan kepada pemilik tanah apabila ruang atas dan bawah tanah terdapat benda-benda yang memiliki nilai ekonomis untuk dapat dimintakan ganti kerugiannya.

Kemudian bentuk lain dari perlindungan hukum dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum adalah diberikannya kesempatan untuk melakukan musyawarah antara pemilik tanah dengan pihak yang memerlukan tanah. Tujuan dari diadakannya musyawarah untuk menentukan dan menetapkan besarnya ganti rugi yang diberikan kepada pemilik tanah. Selain itu, pengaturan mengenai jaminan kepastian dan perlindungan hukum terhadap hak atas tanah diatur di dalam beberapa peraturan perundangundangan, yaitu:

- a. Pasal 19 ayat (2) huruf c, Pasal 23 ayat (2) dan Pasal 38 ayat (2) UUPA, yang menyebutkan bahwa sertipikat sebagai alat pembuktian yang kuat.
- b. Dalam penjelasan umum Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, disebutkan bahwa: “Dalam rangka memberikan kepastian hukum kepada para pemegang hak atas tanah dalam Peraturan Pemerintah ini diberikan penegasan mengenai bagaimana kekuatan pembuktian sertipikat, yang dinyatakan sebagai alat pembuktian yang kuat oleh UUPA”. Untuk itu diberikan ketentuan bahwa selama belum dibuktikan yang sebaliknya, data fisik dan data yuridis yang dicantumkan dalam sertipikat harus diterima sebagai data yang benar, baik dalam perbuatan hukum sehari-hari maupun dalam sengketa di pengadilan.
- c. Kemudian di dalam penjelasan Pasal 32 ayat (1) Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah menyebutkan bahwa: “Setipikat merupakan tanda bukti hak yang kuat, dalam arti bahwa selama tidak dapat dibuktikan sebaliknya data fisik dan data yuridis yang tercantum didalamnya harus diterima sebagai data yang benar”.

Aturan hukum lainnya yang terkait dengan perlindungan hukum terhadap pemilik tanah terdapat di dalam Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yaitu:

- a. Pasal 36 ayat 1 dan 2 tentang hak milik (termasuk tanah) sebagai hak asasi dan jaminan tidak adanya perampasan secara sewenang-wenang atas hak miliknya oleh siapapun.
- b. Pasal 37 ayat 1 tentang syarat mencabut hak milik adalah untuk kepentingan umum, dengan pemberian ganti rugi dan harus berdasarkan undang-undang.

Adanya implementasi perlindungan hukum kepada pemegang hak atas tanah dalam pengadaan tanah untuk kepentingan umum, diharapkan dapat memberikan rasa keadilan bagi masyarakat yang terkena dampak dari adanya pembangunan, sehingga masyarakat tersebut dapat terus terjamin kehidupannya. Selain itu, perlindungan hukum merupakan penghormatan terhadap hak atas tanah yang dipunyai seseorang sesuai dengan hukum pertanahan nasional.

Wilayah ulayat pada umumnya merupakan wilayah strategis karena di dalamnya terdapat ruang-ruang yang secara alami terwujud dalam kesatuan geografis. Di dalamnya terkait unsur-unsur ekonomi, sosial, budaya dan politik, yang terbentuk berdasarkan perkembangan sejarah, hukum, administrasi dan fungsional. Kondisi geografi yang terbentuk secara alami ini terdiri dari berbagai ruang antara lain ruang permukiman, ruang penguasaan di darat, danau, sungai dan perairan pesisir maupun laut. Wilayah ulayat di satuan-satuan masyarakat hukum adat di Indonesia pada umumnya berada di bentangan darat baik di dataran, pegunungan, dan meliputi sungai, danau, bukit maupun lembah sampai di wilayah pesisir, laut bahkan pulau-pulau di sekitarnya.

Masyarakat hukum adat, merupakan masyarakat yang masih mempraktikkan kebiasaan-kebiasaan secara berulang-ulang yang disertai sanksi-sanksi tertentu, dalam memanfaatkan sumber daya alam yang ada di dalamnya, baik di darat maupun di pesisir, yang diperlukan bagi kehidupan mereka. Kegiatan-kegiatan yang memanfaatkan sumber daya alam baik

di darat maupun di wilayah pesisir yang ada dipermukaan maupun yang berada di dalam tanah memperlihatkan kecenderungan adanya pemeliharaan lingkungan terhadap kerusakan.

Dewasa ini terdapat tantangan terhadap kehidupan Masyarakat hukum adat di berbagai tempat. Terlihat dimana-mana bahwa pemanfaatan sumber daya alam yang berada di hutan maupun atas mineral di dalam tanah yang dilakukan pengusaha-pengusaha besar, cenderung merusak lingkungan, merugikan masyarakat hukum adat, bahkan pemerintah di kabupaten yang memiliki otonomi pemerintahan atas wilayahnya. Di lain pihak pula, kebiasaan-kebiasaan yang dipraktikkan secara berulang-ulang di berbagai wilayah memperlihatkan variasi yang cenderung individualistik, sekalipun di beberapa desa masih memperlihatkan karakter komunal. Walaupun demikian, pemanfaatan sumber daya di dalam wilayah ulayat hampir seluruhnya ditujukan bagi pemenuhan kepentingan ekonomi dan sosial dan budaya. Namun kecenderungan adanya eksploitasi sumber daya alam yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan dengan teknologi maju, lebih mengancam kelestarian lingkungan dan kerugian terhadap masyarakat setempat.

Sementara itu, kekayaan alam mineral yang ada di perut bumi yang dapat ditambang seperti emas, ataupun kekayaan alam berupa air bawah tanah, dan kekayaan alam berupa energi, seluruhnya berada dalam wilayah ulayat. Di atas wilayah ulayat ini terdapat kesatuan aktivitas dari masyarakat. Kesatuan aktivitas di bidang ekonomi, sosial, budaya bahkan politik, dan tempat permukiman di dalam wilayah ulayat pada hakikatnya didasarkan pada prinsip-prinsip yang diwariskan oleh leluhur masyarakat hukum adat setempat, warisan mana mencirikan perbedaan-perbedaan yang dipengaruhi oleh sistem pemerintahan sebelumnya, seperti Kesultanan, dan juga oleh sistem masyarakat bebas pada masa lampau. Oleh karena itu, terdapat juga perbedaan ciri penguasaan dan pemanfaatan lahan di antara lingkup-lingkup masyarakat.

Implementasi perlindungan terhadap sumber daya alam di lingkup ulayat masyarakat, dilakukan sedemikian rupa oleh lingkup-lingkup masyarakat hukum adat. Perlindungan ini di dasarkan pada pandangan bahwa sumber daya alam yang ada, merupakan sumber kehidupan mereka dan (dahulu)

merupakan sumber kehidupan junjungan mereka. Proteksi yang dilakukan masyarakat di desa-desa melalui hukum adatnya terhadap pihak luar desa yang hendak memanfaatkan tanah adalah dengan cara perlu adanya ijin dari kepala desa setempat bagi pihak luar tersebut. Selain itu masyarakat desa setempat harus memperoleh keuntungan dari pemanfaatan lahan, dengan cara bahwa pihak luar yang memanfaatkan lahan, harus tetap memelihara kelestarian lingkungan.

Dalam perkembangannya, pengakuan, penghormatan dan perlindungan terhadap Hak Ulayat telah tertuang dalam Peraturan Daerah. Beberapa daerah telah mempunyai peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang Hak Ulayat.

Beberapa contoh Peraturan Daerah yang berlaku di daerah-daerah sebagai bentuk dari Implementasi perlindungan terhadap Hak Ulayat Atas tanah Masyarakat hukum Adat antara lain adalah :

- a. Peraturan Daerah Kabupaten Kampar Nomor 12 Tahun 1999 tentang Hak Tanah Ulayat.

Dasar Hukum yang digunakan dalam Perda ini adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintah Daerah, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1976 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Sedangkan materi muatan Perda ini walaupun penamaannya tentang tanah ulayat, namun Perda tidak saja mengatur tentang Hak Tanah Ulayat tetapi mengatur juga kelembagaan adat. Pengaturan tanah ulayat sebagai objek Hak Ulayat dan kelembagaan masyarakat adat sebagai subjek dari Hak Ulayat dijabarkan sebagai berikut:

Eksistensi hak tanah ulayat dan hak-hak serupa dari masyarakat hukum adat diakui sepanjang menurut kenyataannya masih ada menurut ketentuan Hukum Adat yang berlaku setempat.

Penetapan eksistensi tanah ulayat dan masyarakat hukum adat dalam Perda tanpa penelitian terlebih dahulu. Perda hak tanah ulayat ini mengatur/memerintahkan bahwa pada saat mulai berlakunya Perda

hak tanah ulayat, akan dilakukan investigasi tanah ulayat masing-masing masyarakat Hukum Adat.

Pemangku adat memegang atau menguasai tanah ulayat tidak dapat mengalihkan atau melepaskan haknya kepada pihak lain kecuali telah ditentukan bersama berdasarkan musyawarah persekutuan adat suatu adat istiadat setempat.

Kerapatan Adat merupakan satu-satunya lembaga permusyawaratan tertinggi adat yang mengatur tentang penggunaan dan atau pemanfaatan serta pemindahan kepemilikan tanah ulayat. Hak penguasaan atas tanah ulayat dibuat atas nama Gelar pemangku Adat yang berhak untuk itu (hak penguasaan) sesuai dengan Hukum Adat setempat dan berlakunya sertifikasi hak pemilikan tanah ulayat sesuai dengan ketentuan yang berlaku, yaitu ketentuan sertifikasi.

Pemindahan hak kepemilikan tanah ulayat dilarang kecuali untuk kepentingan (a). Pembangunan daerah dan (b). Kehendak bersama seluruh warga masyarakat adat berdasarkan ketentuan Hukum Adat yang berlaku. Penghulu Suku atau Pemangku adat sebagai pemegang atau penguasa Hak Ulayat secara umum mempunyai tugas menyelenggarakan pemerintahan, kesejahteraan dan keamanan di dalam masing-masing persekutuan Hukum Adat.

- b. Peraturan Daerah Kabupaten Lebak Nomor 32 Tahun 2001 tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy.

Adapun Dasar Hukum yang digunakan dalam Perda tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy ini adalah tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. Sedangkan Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat tidak dimasukkan dalam dasar Hukum.

Perda Hak Ulayat Kabupaten Lebak ini tidak mengikuti ketentuan sesuai dengan Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat yang mengatur penentuan

keberadaan Hak Ulayat masyarakat hukum adat harus dilakukan dengan melalui penelitian oleh Pemda.

- c. Peraturan Daerah Provinsi Nusa Tenggara Timur Nomor 8 Tahun 1974 tentang Pelaksanaan Penegasan Hak Atas Tanah.

Perda ini adalah sebagai tindak lanjut dari pada ketentuan hasil simposium terbatas persoalan tanah suku daerah Provinsi Nusa Tenggara Timur, maka perlu dilaksanakan penegasan hak-hak atas tanah suku yang telah disahkan oleh anggota masyarakat menurut tata cara Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 5 Tahun 1973 tentang Ketentuan-ketentuan mengenai tata cara pemberian hak atas tanah.

Dengan dikeluarkannya Perda NTT Nomor 8 Tahun 1974 ternyata berkonsekuensi pada eksistensi tanah ulayat. Hal ini dikarenakan adanya multi tafsir dari isi Perda ini, selain itu juga lemahnya sosialisasi tentang isi Perda ini menyebabkan implementasinya cenderung bias dari ide dasar pembentukan Perda tersebut.²¹⁵

Dengan adanya Perda NTT Nomor 8 Tahun 1974, pada hakikatnya menginginkan adanya upaya pemberian bukti formal terhadap tanah ulayat. Secara teknis untuk membuktikan hal tersebut harus dilakukan penelitian secara intensif.

Ketiga Peraturan Daerah di atas menunjukkan bahwa Implementasi Perlindungan terhadap hak Ulayat Atas Tanah harus diatur juga di tiap daerah sesuai dengan hukum adat yang berlaku, oleh sebab itu terkait dengan keberadaan Hak Ulayat di Maluku belum ada implementasi dalam bentuk Peraturan Daerah Provinsi Mapun Kabupaten/Kota untuk menjaga dan melestarikan serta memberikan perlindungan terhadap hak-hak ulayat masyarakat hukum adat yang ada di Maluku.

²¹⁵ Yorhan Yohanes Nome, *Pedoman Pembinaan Hukum terhadap Tanah Ulayat di Provinsi NTT, Hasil Identifikasi Instrumen Pembinaan Hukum terhadap Tanah Ulayat di Kabupaten TTS, Ngada dan Sumba Barat*, Kerjasama Pemerintah Provinsi Nusa Tenggara Timur dengan Pusat Studi Hukum dan Advokasi HAM Universitas Nusa Cendana, Kupang, 2007

BAB V

KESIMPULAN

Pada dasarnya masyarakat hukum adat memiliki landasan filosofis yang saling keterkaitan erat dengan tanah dengan hak adat atau hak ulayatnya, terutama mengenai pola penguasaan dan pemanfaatannya. Semula memang harus diakui bahwa masyarakat adat memiliki kewenangan yang boleh dikatakan sangat otonom dan mutlak dalam penguasaan dan pemanfaatan tanah ulayat. Namun negara dengan dasar konstitusional kemudian mengklaim tanah-tanah yang selama ini dikuasai oleh masyarakat hukum adat tanpa memperhatikan bahwa masyarakat hukum adat secara otonom mempunyai hak atas tanah, sehingga harus dilindungi untuk kepentingan masyarakat hukum adat itu sendiri maupun kepentingan negara.

1. Eksistensi hak masyarakat hukum adat atas tanah khususnya hak ulayat secara yuridis bersumber baik secara konstitusi maupun dalam hukum pertanahan Indonesia dengan persyaratan pembatasan tertentu sehingga hukum adat berkedudukan sebagai hukum pelengkap oleh karena itu dan terkait dengan eksistensi hak masyarakat hukum adat atas tanah khususnya hak ulayat dengan persyaratan hak ulayat diakui keberadaannya sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan adanya kewenangan tertentu dari masyarakat hukum adat untuk mengelola tanah ulayatnya. Dengan demikian masyarakat hukum adat memiliki kewenangan penuh secara adat untuk penguasaan dan pemanfaatan atau pengelolaan tanah ulayatnya, namun secara yuridis formal kewenangan yang dimilikinya tidak sekuat yang dimiliki oleh Negara seperti yang tertuang dalam UUPA.
2. Implementasi perlindungan terhadap hak masyarakat hukum adat atas tanah secara konstitusional Pengakuan, penghormatan dan perlindungan hak-hak adat diatur dalam UUD 1945 dalam Pasal 18B maupun Pasal 28 I ayat (3), juga dalam TAP Nomor IX/MPR/2001 tentang Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam, Walaupun disadari bahwa

rasa keadilan yang tumbuh dan hidup dalam hati masyarakat hukum adat dengan perjuangan, pengakuan dan perlindungan yang termuat dalam UUD 1945 maupun peraturan-peraturan hukum yang berada dibawahnya masih cukup jauh dari apa yang diharapkan.

Saran

Diharapkan adanya usaha yang sungguh-sungguh dan tidak dengan setengah hati untuk mengkaji secara akademis dengan melibatkan para pakar dalam bidang hukum, sosiologi, ekonomi maupun pertanian yang berkaitan dengan hak masyarakat hukum adat atas tanah baik tokoh-tokoh adat, para pegiat masyarakat adat yang merupakan Organisasi Non pemerintah untuk lebih memahami aspek-aspek filosofis dan eksistensi masyarakat hukum adat nantinya akan dijadikan masukan untuk perbaikan peraturan perundang-undangan yang tentunya akan memberikan perlindungan terhadap Hak Ulayat masyarakat hukum adat. Diharapkan adanya suatu pola yang diatur dalam ketentuan hukum tertulis tentang pemanfaatan dan pengelolaan tanah ulayat yang dilakukan secara kolaboratif antara negara dengan masyarakat hukum adat, sehingga eksistensi hak masyarakat Hukum adat terhadap hak ulayat mendapatkan penegakan secara yuridis. Dengan demikian peran yang ada pada masyarakat hukum adat terhadap Hak Ulayat seimbang dengan peran yang ada pada Negara terlebih pada Pemerintah Daerah. Masyarakat hukum adat perlu diberi kesempatan untuk membangun relasi yang lebih baik dengan negara maupun pihak investor dalam pengelolaan sumber daya alam yang berada dalam wilayah ulayatnya, sehingga tercipta suatu keseimbangan dalam pemanfaatan dan pengelolaan sumber daya agrarian/sumber daya alam untuk kesejahteraan seluruh rakyat.

1. Perlu dilakukan pengkajian dan dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan di bawah UUD NRI 1945 terkait dengan perlindungan terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat di tengah semakin menguatnya hak menguasai negara terhadap penguasaan dan pengelolaan sumber-sumber agrarian dan sumber daya alam lainnya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- A. Gunawan Setiardja, 1990. *Dialektika Hukum Dan Moral dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia*, Kanisius, Yogyakarta.
- A.P. Parlindungan, 1998. *Komentar Atas Undang-Undang Pokok Agraria*, Mandar Maju, Bandung.
- Abdurrahman Soejono, 2003. *Pendaftaran Tanah*, PT. Asdi Mahasatya, Jakarta.
- Achmad Ali, 2002. *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet II, PT Gunung Agung Tbk, Jakarta.
- Amstrong Sembiring, 2009. *Energi Keadilan*, Masyita Pustaka Jaya, Medan.
- Arie Sukanti Hutagalung, 2002. *Serba Aneka Masalah Tanah Dalam Kegiatan Ekonomi Suatu* (kumpulan Karangan), cet. 2. (Depok, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia)
- Astim Riyanto, 2006. *Teori Konstitusi*, Yapemdo, Bandung
- Azhary, *Negara Hukum Indonesia*, 1995, Universitas Indonesia, Jakarta
- Bernard L. Tanya, dkk, 2007. *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, cetakan kedua, CV. Kita, Surabaya.
- Boedi Harsono, 1995. *Sejarah Hukum Agraria Indonesia*, Djambatan, Jakarta.
- , 1996. *Hukum Agraria Indonesia*, (Jakarta, Penerbit Djambatan,)
- , 2003. *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria*, (Jakarta : Djambatan)
- Brouwer J.G dan Schilder, 1998. *A Survey of Dutch Administrative Law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen.
- Bushar Muhammad, 2004. *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Carl Joachim Friedrich, 2004. *Filsafat Hukum Perspektif Historis* (Terjemahan Raisul Muttaqien), PT Nuansa dan Nusamedia, Bandung.
- Charles Himawan, 2003. *Hukum Sebagai Panglima*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta.
- Daniswara K. Harjono, 2010. *Hukum Penanaman Modal, Tujuan Terhadap Pemberlakuan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang*

- Penanaman Modal, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010
- E. Utrecht, 1962. *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, PT, Penerbitan dan Balai Buku Ichtiar, Jakarta.
- Eddy Ruchiyat, 1984. *Politik Nasional Sampai Orde Brau*, Bandung, Alumni Bandung.
- G.Kertasapoetra, R.G Kartasapoetra, A.G.Kartasapoetra, A. Setiady, 1985. *Hukum Tanah, Jaminan Undang- Undang Pokok Agraria Bagi Keberhasilan Pendayagunaan Tanah*, Bina aksara, Jakarta.
- Gunanegara, 2008. *Rakyat & negara, Dalam Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan*, Tatanusa, Jakarta
- Gunawan Setiardja, 2004. *Filsafat Pancasila*, Bagian I, Cetakan X.
- H. Achmad Rubaie, 2007. *Hukum Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*, Bayumedia, Surabaya.
- H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, 1995. *Hoofdstukken van Administratief Recht*, (utrecht : Uitgeverij Lemma BV)
- Hadikusumah Hilman, 1983. *Sejarah Hukum Adat Indonesia*, Alumni Bandung.
- _____, 1993. *Hukum Perjanjian Adat*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Hans Kelsen, 2008. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif (Pure Theory of Law)*, Nusa Media, Bandung.
- Henry Campbell Black, 1990. *Black'S Law Dictionary*, West Publishing.
- I Made Subawa dkk, 2005, *Hukum Tata Negara Pasca Perubahan UUD 1945*, Wawasan, Denpasar
- Irfan Fachruddin, 2004, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*, Alumni, Bandung
- John M. Echols dan Hassan Shadilly, 1997. *Kamus Indonesia Inggris*, Gramedia, Jakarta
- John Rawls, Uzair Fauzan, 2006. *Teori Keadilan. Dasa-Dasar Filsafat Politik Untuk mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, Pustaka pelajar, Yogyakarta.
- John Rawls, 1971, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts
- John Salindeho, 1987. *Masalah Tanah Dalam Pembangunan* (Jakarta, Sinar Grafika)

- , 1988. *Masalah Tanah dalam Pembangunan*, Cetakan Kedua (Jakarta : Sinar Grafika)
- Jum Anggriani, 2012. *Hukum Administrasi Negara*, Graha Ilmu, Yogyakarta.
- Kartini Kartono dalam Marzuki, 2011. *Metodologi Riset*, edisi 1, UII Press, Yogyakarta
- Lili Rasjidi dan B. Arief Sidharta, 1989, *Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya*, Remadja Karya, Bandung
- M. Syukri Akub dan Baharuddin Badaru, 2012. *Wawasan Due Process of Law dalam Sistem Peradilan Pidana*, Rangkang Education, Yogyakarta.
- Malik, 2007. *Perspektif Fungsi Pengawasan Komisi Yudisial Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi*, Program Pascasarjana Universitas Brawijaya Malang
- Moh. Kusnadi dan Harmaily Ibrahim, 1993, *Hukum Tata Negara Indonesia*. Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia dan CV. Sinar Bakti, Jakarta
- Mohammad Hatta, 2005. *Hukum Tanah Nasional*, Media Abadi, Yogyakarta.
- Mokhammad Najih, Soimin, 2012. *Pengantar Hukum Indonesia*, Setara Press, Malang.
- Munir Fuady, 2009. *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*, Refika Aditama, Bandung
- , 2011. *Teori Negara Hukum Modern*, Refika Aditama, Bandung.
- Mr. B. Terhaar Bzn, 1981. *Asasa-asas dan Susunan Hukum Adat*, Pradya Paramita, Jakarta.
- Oloan Sitorus dan Dayat Limbong, 2004. *Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*, (Yogyakarta : Mitra Kebijakan Tanah Indonesia)
- Padmo Wahjono, 1983. *Indonesia Negara Berdasarkan Hukum*, Jakarta, Ghalia Indonesia.
- Peter Mahmud Marzuki, 2006. *Penelitian Hukum*, cet.2, Kencana Prenada Media Group, Jakarta
- Phillipus M. Hadjon, 1987. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Surabaya:
- Ridwan HR., 2011. *Hukum Administrasi Negara*, PT RajaGrafindo, Jakarta.
- R. Setiawan, 1987. *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, (Bandung, Bina Cipta)
- R. Subekti, 1985. *Aneka Perjanjian*, (Bandung, Alumni)

- Satjipto Raharjo, 2000. *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Sjachran Basah (1), 1992. *Perlindungan Hukum Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Bandung, Alumni.
- Soekanto, 1996. *Meninjau Hukum Adat Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta.
- Soerjono Soekanto, 1984. *Pengantar Penelitian Hukum*, Ui Press. Jakarta
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2007. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Sri Soemantri Martosoewignjo, 1992. *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung
- Sudargo Gautama, 1983. *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung
- Sudikno Mertokusumo, 2009. *Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Sumiaro Waluyo, 1979. *Prospek Adil Makmur, Sasaran GNP Perkapita 5.000 Dolar*, Pusat Pengembangan Agribisnis, Jakarta.
- Suriyaman Mustari Pide, 2014. *Hukum Adat*, Prenadamedia Group, Jakarta.
- Surojo Wignjodipuro, 1990. *Pengantar dan Asas Hukum Adat*, Raja Grafindo, Jakarta.
- Syaiful Bahri Ruray, 2012. *Tanggung Jawab Hukum Pemerintah Daerah dalam Pengelolaan dan Pelestarian Fungsi Lingkungan Hidup*, P.T. Alumni, Bandung.
- Theo Huijber, 1986. *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Penerbit Kanisius, Bandung.
- Wiradi, Gunawan, *Seluk Beluk Masalah Agraria*, STPN Press, Yogyakarta, 2009

Artikel Ilmiah:

- A. Hamid S. Attamimi, *Teori Perundang-Undangan Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 25 April 1992
- Boedi Harsono, *Aspek-Aspek Yuridis Penyediaan Tanah Dalam Rangka Pembangunan Nasional* (Makalah: 1990)
- , *Kasus-kasus Pengadaan Tanah Dalam Putusan Pengadilan Suatu Tinjauan Yuridis*, Makalah Disajikan Dalam Seminar Nasional “Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan (Konsepsi Hukum,

- Permasalahan dan kebijaksanaan Dalam Pemecahannya”),Kerjasama Fakultas Hukum Trisakti dengan Badan Pertanahan Nasional, Jakarta, 3 Desember1994
- Devi K. G Sondakh, 2009, *Tanggung Jawab Pidana Individu Bagi Pelaku Pelanggaran Terhadap Hak Asasi Manusia Dalam Rangka Pembaruan Hukum Nasional*, Desertasi, Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin, Makassar
- Djuhsendah Hasan, “*Rumah Vertikal Berdasarkan Sistem Srata Title Suatu Alternatif Dalam Penilaian Rumah Oleh Orang Asing*”, Dalam Majalah Hukum Nasional, BPHN, No.1 Tahun 1997
- Elita Rahmi. 2010. “Eksistensi Hak Pengelolaan Atas Tanah (HPL) dan Realitas Pembangunan Indonesia. *Jurnal Dinamika Hukum*. Fakultas Hukum Universitas Jambi. Vol. 10. No. 3. September
- Hermayulis. 2000. “Aspek-aspek Hukum Hak Pakai Atas Tanah Negara sebagai Obyek Jaminan”. *Jurnal Hukum Bisnis*, Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis. Jakarta. Volume 10
- Imam Koeswahyono, Artikel, *Melacak Dasar Konstitusional Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Pembangunan Bagi Umum*, 2008
- Maria Farida Indrati, Eksistensi dan Substansi Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan presiden Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara Di Indonesia, Disertasi, UI, Jakarta 2002
- Marzuki, *Metodologi Riset*, edisi 1, UII Press, Yogyakarta
- Michael J. Sandel *Justice*, 2010, *What's the Right Thing to do?*, First published in the United States of America by Farrar, Straus and Giroux, 2009, First Published in Great Britain by Allen Lane, Published in Penguin Books.
- Muh. Hasrul, 2013, Eksistensi Gubernur Sebagai Wakil Pemerintah Pusat di Daerah Dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Efektif, Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makasar
- Muhammad Yusrizal. Perlindungan Hukum Pemegang Hak Atas Tanah Dalam Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum. *Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara*, Volume 9. No. 1. Nopember. De Lega Lata, Volume 2, Nomor 1, Januari-Juni 2017
- Philipus M. Hadjon, (Philipus M. Hadjon, III)*Ide Negara Hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Makalah, 1994

- , Tentang Wewenang, YURIDIKA, No. 5 & 6 Tahun XII, September-Desember 1997, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya
- , Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsip Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi, Edisi Khusus, Peradaban, 2007
- Rosalina. 2010. *Eksistensi Hak Ulayat Di Indonesia*. Jurnal Sasi Vol.16 No. 3. Diakses : <http://paparisa.unpatti.ac.id/paperrepo/ppriteminfo/lnk.php?id=84>. Tanggal 9 Juni 2019.
- Rosmidah. 2010. *Pengakuan Hukum Terhadap Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Hambatan Implementasinya*. Jurnal Ilmu Hukum Vol. 2 No. 4. Diakses : <http://online-journal.unja.ac.id/index.php/jimih/article/view/370>. Tanggal 09 Agustus 2018
- Soetandyo Wignjosoebroto, Pokok-Pokok Pikiran Tentang Empat Syarat Pengakuan Eksistensi Masyarakat Adat, Inventarisasi Dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat, Publikasi kerjasama Komisi Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi RI, Departemen Dalam Negeri Desember 2006
- Suwoto, *Kekuasaan Dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia, Suatu Penelitian Segi-Segi Teoritik dan Yuridis*, Disertasi, Universitas Airlangga, 1990
- Tatiek Sri Djatmiati, Prinsip Izin Usaha Industri di Indonesia, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya

Peraturan Perundang-undangan:

- Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor IX/MPR/2001 Tentang Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam.
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 104, Tambahan Lembaran Republik Indonesia Nomor 2171).
- Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961 tentang Pencabutan Hak-Hak Atas Tanah dan Benda-Benda di Atasnya (Lembaran Negara Republik

- Indonesia Tahun 1961 Nomor 104, Tambahan Lembaran Republik Indonesia Nomor 2171)
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3886).
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan (*International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*) (Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya), (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 118, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4557).
- Undang-Undang Republik Indonesia Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 5, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4959).
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 140, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5059).
- Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum (UU No. 2 Tahun 2012)
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 7, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5495).
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 18, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6414).
- Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 156).
- Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 40 tahun 2014 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 94).

Peraturan Presiden Nomor 148 Tahun 2015 Tentang Perubahan Keempat Atas Perubahan Peraturan Presiden Nomor 71 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum

Keputusan Presiden *Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum*, Nomor 55 Tahun 1993

Peraturan Kepala Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 2012 tentang Petunjuk Teknis Pelaksanaan Pengadaan Tanah.