

***IUS CONSTITUENDUM* PENGATURAN TANAH ADAT
PADA MASYARAKAT HUKUM ADAT
BERDASARKAN NILAI-NILAI PANCASILA**

Dr. I Nyoman Prabu Buana Rumiarta, SH. MH.



pena persada

PENERBIT CV. PENA PERSADA

**IUS CONSTITUENDUM PENGATURAN TANAH ADAT
PADA MASYARAKAT HUKUM ADAT
BERDASARKAN NILAI-NILAI PANCASILA**

Penulis:

Dr. I Nyoman Prabu Buana Rumiarta, SH. MH.

ISBN : 978-623-315-171-9

Editor :

Dr. Anak Agung Sagung Ngurah Indradewi, SH. MH.

Design Cover :

Retnani Nur Brilliant

Layout :

Nisa Falahia

Penerbit CV. Pena Persada

Redaksi :

Jl. Gerilya No. 292 Purwokerto Selatan, Kab. Banyumas
Jawa Tengah

Email : penerbit.penapersada@gmail.com

Website : penapersada.com Phone : (0281) 7771388

Anggota IKAPI

All right reserved

Cetakan pertama : 2021

Hak Cipta dilindungi oleh undang-undang. Dilarang
memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk apapun tanpa izin
penerbit

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur Penulis panjatkan kehadirat Tuhan Yang Maha Esa, atas berkat anugerah dan kasih sayang-Nya, serta dengan Izin-Nya, maka Buku dengan Judul "*Ius Constituendum* Pengaturan Tanah Adat Pada Masyarakat Hukum Adat. Berdasarkan Nilai-Nilai Pancasila" dapat diselesaikan, melalui suatu tahapan dan proses yang cukup panjang, akhirnya Buku ini dapat diselesaikan walau masih terdapat kekurangan.

Buku ini membahas terkait Perlindungan Hukum terhadap Penguasaan Tanah Adat oleh Masyarakat Hukum Adat, Inkonsistensi Perlindungan Hukum Penguasaan. Tanah Adat pada Masyarakat Hukum Adat, Eksistensi Penguasaan Tanah Adat oleh Masyarakat Hukum Adat, dan Perlindungan Hukum berdasarkan nilai-nilai Pancasila pada Tanah Adat, serta Pengaturan kedepan dalam memberikan perlindungan hukum pada tanah adat dalam perspektif *ius constituendum*.

Terselesaikannya Buku ini tidak luput dari peran serta yang diberikan oleh Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H., dan Prof. Dr. Dominikus Rato, S.H., M.Si., yang telah banyak memberikan bimbingan, arahan dan dorongan semangat kepada Penulis sehingga terwujudnya Buku ini. Terselesaikannya Buku ini serta merta atas dukungan dan semangat dari Keluarga, dan para sahabat.

Penulis berharap Buku ini dapat bermanfaat untuk pengembangan ilmu pengetahuan hukum khususnya pembaharuan perlindungan tanah adat dalam hal ini pengaturan tanah adat pada masyarakat hukum adat berdasar nilai-nilai Pancasila.

Penulis menyadari bahwa tulisan ini masih adanya kekurangannya, dengan demikian segala kritik dan saran yang bersifat membangun sangat Penulis harapkan. Kepada pihak Pena Persada terima kasih telah berkenan menerbitkan buku ini.

Bali, 29 Januari 2021

I Nyoman Prabu Buana Rumiarta

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	ii
KATA PENGANTAR.....	iii
DAFTAR ISI	iv
BAB I Perlindungan Hukum terhadap Penguasaan Tanah Adat oleh Masyarakat Hukum Adat	
A. Penguasaan Tanah Adat oleh Masyarakat Hukum Adat.....	1
B. Perlindungan Hukum terhadap Penguasaan Tanah Adat oleh Masyarakat Hukum Adat	5
BAB II Inkonsistensi Perlindungan Hukum Penguasaan Tanah Adat pada Masyarakat Hukum Adat	
A. Inkonsistensi perlindungan hukum penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat	10
B. Hak Ulayat Pada Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Undang-Undang Pokok Agraria.....	14
C. Hak Komunal pada Peraturan Menteri ATR Kepala BPN No.10/2016 dan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019.....	28
BAB III Eksistensi Penguasaan Tanah Adat oleh Masyarakat Hukum Adat	
A. Eksistensi penguasaan tanah adat oleh masyarakat hukum adat.....	36
B. Eksistensi Masyarakat Hukum Adat sebagai Subjek Hukum	41
BAB IV Perlindungan Hukum berdasarkan nilai-nilai Pancasila pada Tanah Adat	
A. Perlindungan hukum berdasarkan nilai-nilai Pancasila pada tanah adat.....	53
B. Butir Pancasila sebagai prinsip penguasaan tanah adat.....	60

BAB V	Pengaturan kedepan dalam memberikan perlindungan hukum pada tanah adat dalam perspektif <i>ius constituendum</i>	
A.	<i>Ius constitutum & Ius constituendum</i>	75
1.	<i>Ius constitutum</i>	77
2.	<i>Ius constituendum</i>	78
3.	Proses Perubahan <i>Ius Constitutum</i> menjadi <i>Ius Constituendum</i>	79
B.	Pengembangan Hukum Teoritis tentang Tanah Adat	95
1.	Penafsiran Gramatikal tentang Tanah Adat.....	97
2.	Penafsiran Sejarah tentang Tanah Adat.....	99
3.	Penafsiran Sistematis tentang Tanah Adat.....	109
C.	Pengembangan Hukum Praktis terhadap Tanah Adat	110
1.	Konsep Pengaturan Tanah Adat ke Depan	113
2.	Unsur Idiil pada Tanah Adat	117
3.	Unsur Operasional pada Tanah Adat	118
4.	Unsur Aktuil pada Tanah Adat	124
DAFTAR PUSTAKA	127

***IUS CONSTITUENDUM* PENGATURAN TANAH ADAT
PADA MASYARAKAT HUKUM ADAT
BERDASARKAN NILAI-NILAI PANCASILA**

BAB I

PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PENGUASAAN TANAH ADAT OLEH MASYARAKAT HUKUM ADAT

A. Penguasaan Tanah Adat oleh Masyarakat Hukum Adat.

Penguasaan tanah ulayat/tanah adat pada masyarakat hukum adat telah ada sejak dahulu dan diwariskan secara turun-temurun, secara filosofi masyarakat hukum adat lebih dulu ada sebelum negara Indonesia lahir. Perlu dicermati tanah adat merupakan warisan turun temurun pada masyarakat hukum adat. Tanah adat pada masyarakat hukum adat pada hakekatnya secara histori filosofi lebih dulu lahir sebelum negara Indonesia lahir.

Fenomena sengketa tanah muncul kepermukaan yang sebagian besar merupakan akibat dari pengadaan tanah untuk kepentingan infrastruktur. Sengketa tanah sebagian besar terjadi antara masyarakat hukum adat dengan pemilik modal dan instansi pemerintah yang berkepentingan.¹ Tanah adat yang menjadi obyek infrastruktur seperti halnya akses jalan, pertambangan, dan perkebunan rentan terjadi sengketa antara masyarakat hukum adat dengan pemilik modal dan instansi pemerintah yang berkepentingan.

Berdasarkan pasal 18 huruf B ayat 2 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Amandemen ke empat (selanjutnya disebut UUD NRI Tahun 1945) menyatakan: 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. Pasal 33 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh

¹ Herowati Poesoko, M. Khoidin, & Dominikus Rato, 2014, Eksistensi Pengadilan Adat Dalam Sistem Peradilan Di Indonesia, LaksBang Justitia, Surabaya, hlm. 32.

negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.

Pasal 2 ayat (4) Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (selanjutnya disebut UUPA) mengatur bahwa 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.

Pasal 5 UUPA menyatakan 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 lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama. Dari ketentuan-ketentuan pasal tersebut sebagai dasar pengaturan tanah ulayat/tanah adat masyarakat hukum adat.

Namun penguasaan tanah ulayat oleh masyarakat hukum adat yang diamanahkan oleh pasal 2 ayat (4) UUPA yang dalam rumusannya menyebutkan "pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada masyarakat hukum adat", artinya negara kapan saja dapat mencabut kuasa tersebut demi kepentingan negara yang bisa saja untuk kepentingan investor dengan tidak mengindahkan atau memperhatikan kepentingan dari masyarakat hukum adat terhadap tanah adatnya.

Hak ulayat adalah suatu hak dari masyarakat hukum adat atas tanah yang didiami sedangkan pelaksanaannya dilakukan oleh masyarakat hukum adat itu sendiri. Wilayah kekuasaan masyarakat hukum adat pada dasarnya bersifat tetap, artinya perpindahan atas wilayah tidak diperbolehkan.²

² Wignodipuro Berojo, 1987, Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat Indonesia, Masagung, Jakarta, hlm. 199.

Hak Ulayat yaitu hak-hak masyarakat hukum adat (penjelasan pasal 3 UUPA) antara lain tanah adat.

Negara Indonesia dibangun diatas masyarakat yang secara histori dan kultural sudah ada sejak abad nenek moyang belum mengenal tulisan, sehingga budaya yang berakar di hati masyarakat adalah budaya tutur maka hukum adat di bangun diatas budaya tutur itu, sebagian besar norma hukum adat ini tidak tertulis, demikian pula hak-hak komunal mereka yakni hak-hak atas tanah.³ Hak ulayat masyarakat hukum adat pada hakekatnya secara histori filosofi lebih dulu lahir sebelum negara Indonesia lahir. Pengakuan pada hak-hak masyarakat hukum adat harus dilakukan sejalan dengan penghormatan atas kebiasaan-kebiasaan, tradisi-tradisi dan sistem penguasaan tanah pada masyarakat hukum adat yang bersangkutan.⁴

Hak-hak masyarakat hukum adat terhadap tanah adat wajib mendapatkan kepastian hukum. Kepastian hukum yang dimaksud yakni status penguasaan atas tanah adat oleh masyarakat hukum adat. Bahwa dalam konsep kepastian hukum oleh Soedikno Mertokusumo disebutkan, bahwa kepastian hukum merupakan perlindungan hukum terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang dihadapkan dalam keadaan tertentu.⁵ Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum. ⁶Menurut Gustav Radbruch, kepastian hukum (*rechtmatigheid*) merupakan asas yang ditinjau dari sudut yuridis, dalam konteks tanah adat kepastian hukum secara yuridis terdapat didalam ketentuan konstitusi UUD NRI 1945 pasal 18 huruf B ayat 2.

³ Dominikus Rato,2015,Hukum Adat Kontemporer, Laksbang Justitia, Surabaya, hlm. 83.

⁴ Edy Ikhsan, 2015, Konflik Tanah Ulayat dan Pluralisme Hukum, Pustaka Obor, Jakarta, hlm. 331.

⁵Sudikno Mertokusumo, 2002, Mengenal Hukum (Suatu Pengantar), Cetakan Ketiga, Liberty, Yogyakarta, hlm.19.

⁶ Dominikus Rato,2010, Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, hlm.59.

Bahwa dalam konstitusi pada UUD NRI 1945 pasal 18 huruf B ayat 2 menyatakan: 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.

Menurut rumusan pasal 18 huruf B ayat 2 UUD NRI 1945 tersebut maka:

1. Konstitusi menjamin kesatuan masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya ;
2. Jaminan konstitusi sepanjang hukum adat itu masih hidup;
3. Sesuai dengan perkembangan masyarakat;
4. Sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan
5. Diatur dalam undang-undang.

Pasal 18 huruf B ayat 2 UUD NRI 1945 tersebut memberikan jaminan kepastian hukum pada pengakuan dan penghormatan hukum adat bila memenuhi syarat realitas, yaitu hukum adat masih hidup dan sesuai perkembangan masyarakat dan syarat Idealitas, yaitu sesuai dengan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, dan keberlakuan diatur dalam undang-undang.

Menurut Plato keadilan merupakan suatu hal yang ada didalam hukum yang dibuat oleh negara adalah satu-satunya sumber hukum, segala aspek kehidupan perorangan dibawah pengawasan hukum dan administrasi negara, keadilan adalah kebaikan dalam arti harmoni dan perimbangan. Keadilan perlu ada keseimbangan , kesebandingan, dan keselarasan (harmony) antara kepentingan pribadi, kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat, termasuk didalamnya negara.⁷

Prinsip persamaan kedudukan merupakan sebagai sebuah prinsip keadilan, ide persamaan kedudukan (*equality*) sebagai esensi keadilan, prinsip yang menyatakan bahwa

⁷ Dominikus Rato,2010,Op.Cit , hlm. 63-78.

segala sesuatu yang sama harus diperlakukan sama atau dengan kata lain bahwa segala sesuatu yang sama berhak mendapatkan yang sama.⁸ Persamaan kedudukan merupakan suatu dasar dari keadilan dimana perlu adanya suatu keseimbangan antara kepentingan pribadi, kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat.

Bahwa dalam konteks penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat dapat dipahami bahwa negara yakni pemerintah sebagai pengawas hukum dan menjalankan administrasi negara wajib menjalankan prinsip keadilan yang baik dalam arti harmoni dan perimbangan antara pemerintah dengan masyarakat dan atau masyarakat hukum adat. Eksistensi penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat haruslah harmoni dan berimbang, serta perlindungan negara terhadap tanah adat pada masyarakat hukum adat perlu ada keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (*harmony*) antara kepentingan pribadi, kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat (Masyarakat Hukum Adat), termasuk didalamnya Negara.

B. Perlindungan Hukum terhadap Penguasaan Tanah Adat oleh Masyarakat Hukum Adat.

Ketentuan pasal 28I ayat (5) UUD NRI merumuskan untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan yang dimaksud yakni ketentuan pasal 6 (1) UU No.39/1999 tentang Hak Asasi Manusia menyatakan dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat, dan pemerintah. Pasal 6 (2) UU No.39/1999 menyatakan identitas budaya masyarakat

⁸ Hans Kelsen,1971, *General Theory of Law and State*, Russel New York, Diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien , 2006, *Teori Hukum tentang Hukum dan Negara*, Nusamedia, Bandung, hlm 615.

hukum adat, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.

Secara garis besar ada beberapa hal yang butuh penekanan bahwa tanah adat memiliki kedudukan yang sangat istimewa dalam masyarakat hukum adat karena telah berlangsung secara turun temurun dan dihormati penguasaannya dari generasi ke generasi. Bahwa penguasaan tanah adat erat hubungannya dengan adat kemasyarakatan dan bahwa penguasaan tanah adat diatur tidak secara tertulis namun dirasakan ada dalam batin tiap-tiap anggota masyarakat hukum adat, selain itu masyarakat hukum adat secara filosofi lebih dulu lahir sebelum Negara Indonesia lahir.

Fitzgerald menjelaskan teori perlindungan hukum yaitu bahwa hukum bertujuan mengintegrasikan dan mengkoordinasikan berbagai kepentingan dalam masyarakat. 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.⁹

Perlindungan hukum merupakan prinsip perlindungan bagi rakyat terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia. Perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindak pemerintahan adalah prinsip Negara hukum. Perlindungan hukum bagi rakyat (di Indonesia) landasan pijak adalah Pancasila sebagai dasar ideologi dan dasar falsafah Negara.¹⁰

Hukum harus diciptakan dengan tujuan melindungi kepentingan masyarakat, dengan cara mengintegrasikan dan mengkoordinasikan kepentingan-kepentingan tersebut. Hukum

⁹ Satjipto Raharjo, 2000, Ilmu Hukum, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 53.

¹⁰ Philipus M. Hadjon, 1987, Perlindungan hukum bagi Rakyat Indonesia, Bina Ilmu, Surabaya, hlm. 38.

melindungi hak-hak masyarakat dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepada mereka untuk bertindak, misalnya tindakan hukum untuk menuntut melalui institusi hukum, agar hak mereka terpenuhi.¹¹

Perlindungan hukum merupakan tindakan Negara untuk melakukan sesuatu dengan (memberlakukan hukum negara secara eksklusif) tujuan untuk memberikan jaminan kepastian hak-hak seseorang atau kelompok orang.¹² Dalam perspektif perlindungan Negara terhadap masyarakat hukum adat pada perlindungan hukum terhadap penguasaan tanah adat, maka tindakan pemerintah selaku pengelola Negara dapat memberikan jaminan kepastian hak-hak masyarakat hukum adat dan bentuk pelayanan pemerintah selaku pengelola Negara yakni memberikan kesejahteraan yang berdasar pada hukum kepada masyarakat hukum adat pada hak tanah adatnya.

Hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia berbeda dengan norma-norma yang lain. Karena hukum itu berisi perintah dan atau larangan, serta membagi hak dan kewajiban. Sudikno Mertokusumo mengemukakan tidak hanya tentang tujuan hukum, tetapi juga tentang fungsi hukum dan perlindungan hukum. Ia berpendapat bahwa “dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia hukum mempunyai tujuan . Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban di dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindung. Dalam mencapai tujuannya itu hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara

¹¹Dyah Ochtorina Susanti, 2011, Teori Perlindungan Hukum, Bahan ajar mata kuliah Teori Hukum, disampaikan di Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum Universitas Islam Kadiri (UNISKA), Kediri, hlm. 4.

¹² Satjipto Raharja, Ilmu Hukum, PT Citra Aditia Bakti, Bandung, 2002, hlm. 54.

memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.”¹³

Tanah adat sebagai bagian dari tanah turun temurun, yang konsepsinya berdasarkan adanya penguasaan tanah adat yang secara turun temurun seiring dengan peralihan jabatan pemangku adat yang turun temurun. Tanah adat sebagai bagian dari tanah yang bersumber pada hukum adat, konsep ini bersumber dari latar belakang sejarah bahwa tanah adat erat hubungannya dengan penyelenggaraan penegakan hukum adat yang dilimpahkan pada pemangku adat di zaman dahulu, legitimasi tersebut diberikan oleh hukum adat dan dikuatkan serta dilindungi keberlangsungan lewat kekuasaan pemimpin adat yang berlaku pada zaman dahulu. Kedudukan yang sangat istimewa dalam masyarakat hukum adat karena telah berlangsung secara turun temurun dan dihormati penguasaannya dari generasi ke generasi, walau tidak secara tertulis namun dirasakan ada dalam batin tiap-tiap anggota masyarakat hukum adat.

Perlindungan hukum penguasaan tanah adat oleh masyarakat hukum adat ada pada Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 52 Tahun 2014 Tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat yakni pada Pasal 4 yaitu pengakuan dan perlindungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 dilakukan melalui tahapan identifikasi masyarakat hukum adat, verifikasi dan validasi masyarakat hukum adat, dan penetapan masyarakat hukum adat. Pada Pasal 5 yaitu ayat (1) Bupati/Walikota melalui Camat atau sebutan lain melakukan identifikasi sebagaimana dimaksud dalam pasal 3 huruf a dengan melibatkan masyarakat hukum adat atau kelompok masyarakat. Pasal 5 ayat (2) Identifikasi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan mencermati, sejarah masyarakat hukum adat, wilayah adat, hukum adat, harta kekayaan dan/atau benda-benda adat, dan kelembagaan/sistem pemerintahan adat.

¹³Sudikno Mertokusumo, 1999, Mengenal hukum Suatu Pengantar, Liberty, Yogyakarta, hlm 71.

Perlindungan hukum penguasaan tanah adat oleh masyarakat hukum adat dalam konteks penguasaan tanah yang berada di dalam kawasan hutan dapat merujuk pada ketentuan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011 bahwa dinyatakan kawasan hutan tanpa melalui proses atau tahapan-tahap yang melibatkan berbagai pemangku kepentingan diantaranya masyarakat hukum adat yang telah berada sebelum penunjukan kawasan hutan oleh Negara sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan, merupakan pelaksanaan pemerintah yang otoriter dan mengabaikan hak-hak masyarakat hukum adat. Setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011 tersebut kembali ditetapkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012 yang menyatakan hutan adat adalah hutan adat yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat (hak ulayat), serta pada Peraturan Bersama Menteri Dalam Negeri, Menteri Kehutanan, Menteri Pekerjaan Umum, dan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 79 Tahun 2014, Nomor PB.3/Menhut-11/2014, Nomor 17/PRT/M/2014, Nomor 8/SKB/X/2014 tentang Tata Cara Penyelesaian Penguasaan Tanah Yang Berada di Dalam Kawasan Hutan.

BAB II

INKONSISTENSI PERLINDUNGAN HUKUM PENGUASAAN TANAH ADAT PADA MASYARAKAT HUKUM ADAT

A. Inkonsistensi Perlindungan Hukum Penguasaan Tanah Adat pada Masyarakat Hukum Adat

Bahwa adanya inkonsistensi peraturan dalam memberikan perlindungan hukum atas penguasaan tanah ulayat/tanah adat pada masyarakat hukum adat yaitu Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang / Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 10 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal Atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dan Masyarakat yang Berada Dalam Kawasan Tertentu (Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016).

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016, menjelaskan masyarakat hukum adat dapat mengajukan penetapan hak komunal atas tanah. Lahirnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 tersebut bertujuan memberikan perlindungan hukum terhadap tanah ulayat pada masyarakat hukum adat. Namun adanya kekaburan norma dalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 tersebut, hal ini dilandasi dalam konsideran dijelaskan bahwa lahirnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 berdasarkan UUPA, setelah ditelusuri di dalam UUPA tidak mengenal dengan adanya sebutan hak komunal melainkan di sebut hak ulayat, seperti yang tercantum dalam Pasal 3 UUPA terkait hak ulayat. Artinya adanya norma kabur (*vague norm*) pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 disebutkan hak komunal sedangkan dalam UUPA disebut hak ulayat.

Selanjutnya terbit Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang / Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 18 Tahun 2019 tentang Tata Cara Penatausahaan Tanah Ulayat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat (Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019) yang menyebutkan dalam Pasal 1 angka 2

bahwa : “Hak Ulayat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat atau yang serupa itu adalah hak Kesatuan Masyarakat Hukum Adat yang bersifat Komunal untuk menguasai, mengelola dan/atau memanfaatkan, serta melestarikan wilayah adatnya sesuai dengan tata nilai dan hukum adat yang berlaku”

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 kembali menyebutkan hak ulayat yang bersifat komunal, bahwa pada prinsipnya jika berdasarkan Pasal 16 UUPA huruf h, yakni hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak yang tersebut didalam UUPA akan ditetapkan dengan undang-undang. Sebutan hak komunal tidak disebutkan dalam UUPA maka atas perintah UUPA semestinya ditetapkan dengan Undang-Undang, namun realitanya yang muncul adalah suatu peraturan menteri padahal pada pasal 16 UUPA huruf h mengamanahkan ditetapkan dengan undang-undang.

Akibat kekaburan norma dan inkonsistensi tersebut dapat mengakibatkan kerugian dalam memberikan perlindungan hukum terhadap tanah ulayat/tanah adat pada masyarakat hukum adat. Maka diperlukan peraturan perundangan yang baru dan konsisten dan seragam di masa depan khusus tentang perlindungan tanah ulayat/tanah adat pada masyarakat hukum adat.

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 menjelaskan masyarakat hukum adat dapat mengajukan penetapan hak komunal atas tanah. Pada Pasal 1 angka 1 disebutkan Hak komunal atas tanah yang selanjutnya disebut hak komunal adalah hak milik bersama atas tanah suatu masyarakat hukum adat, atau hak milik bersama atas tanah yang diberikan kepada masyarakat yang berada dalam kawasan tertentu. Pada Pasal 2 ayat 1 disebutkan Masyarakat hukum adat yang memenuhi persyaratan dapat dikukuhkan hak atas tanahnya. Pasal 3 ayat 1 menyebutkan Hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 diberikan dalam bentuk Hak Komunal.

Hak ulayat merupakan suatu hak dari persekutuan hukum atas tanah yang didiami sedangkan pelaksanaannya

dilakukan oleh persekutuan hukum itu sendiri atau oleh kepala persekutuan atas nama persekutuan. Wilayah kekuasaan persekutuan itu adalah milik persekutuan yang pada dasarnya bersifat tetap, artinya perpindahan hak milik atas wilayah ini adalah tidak diperbolehkan.¹⁴ Hak Ulayat yaitu hak-hak masyarakat hukum adat (penjelasan pasal 3 UUPA).

Perbedaan hak ulayat yang tercantum di dalam UUPA dengan hak komunal yang tercantum didalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016, menurut Maria S.W. Sumardjono , Hak ulayat berdimensi publik sekaligus perdata sedangkan hak komunal hanya berdimensi perdata. Hak ulayat lebih luas mencakup kewenangan masyarakat hukum adat untuk mengatur (1) tanah/wilayah sebagai ruang hidupnya terkait pemanfaatannya termasuk pemeliharannya; (2) hubungan hukum antara masyarakat hukum adat dan tanahnya; dan (3) perbuatan hukum terkait dengan tanah masyarakat hukum adat. Dimensi perdata hak ulayat tampak dalam manifestasi hak ulayat sebagai kepemilikan bersama.¹⁵ Hak ulayat berdimensi publik sekaligus perdata artinya hak ulayat lebih luas mencakup kewenangan masyarakat hukum adat (publik), sedangkan hak komunal hanya berdimensi perdata artinya pada hak komunal sebagai kepemilikan bersama.

Dari penjelasan tersebut diatas maka diperlukannya suatu revisi terhadap Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 dan atau dicabut diganti dengan yang lebih relevan, seperti yang telah terjadi sebelumnya pada Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 9 Tahun 2015 tentang Tata cara penetapan hak komunal atas tanah masyarakat hukum adat dan masyarakat yang berada dalam kawasan tertentu (Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.9/2015).

¹⁴ Wignodipuro Berojo, 1987, Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat Indonesia, Masagung, Jakarta, hlm. 199.

¹⁵ Maria S.W. Sumardjono, 2015, Ihtwal Hak Komunal Atas Tanah, Kompas, Jakarta, hlm. 4.

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.9/2015 yang hanya berusia satu tahun berlaku dan tidak efektif dicabut dan diganti dengan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016, namun bukannya menyelesaikan suatu problematika yuridis justru menghasilkan konflik norma, dengan diterbitkannya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 yang menyebutkan dalam Pasal 1 angka 2 bahwa : “Hak Ulayat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat atau yang serupa itu adalah hak Kesatuan Masyarakat Hukum Adat yang bersifat Komunal untuk menguasai, mengelola dan/atau memanfaatkan, serta melestarikan wilayah adatnya sesuai dengan tata nilai dan hukum adat yang berlaku” .

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 kembali menyebutkan hak ulayat yang bersifat komunal, bahwa pada prinsipnya jika berdasarkan Pasal 16 UUPA huruf h, yakni hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak yang tersebut didalam UUPA akan ditetapkan dengan undang-undang. Sebutan hak komunal tidak disebutkan dalam UUPA maka atas perintah UUPA semestinya ditetapkan dengan Undang-Undang, namun realitanya yang muncul adalah suatu peraturan menteri padahal pada pasal 16 UUPA huruf h mengamanahkan ditetapkan dengan undang-undang.

Hak komunal tidak dikenal didalam peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi (*lex superiori*) yaitu UUPA yang mengenal dengan sebutan hak ulayat. Diperlukannya suatu revisi kembali terhadap Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 dan atau dicabut diganti dengan yang lebih relevan untuk memberikan perlindungan hukum yang efektif atas penguasaan tanah ulayat/tanah adat oleh masyarakat hukum adat.

B. Hak Ulayat pada Undang-Undang No. 5/1960 tentang Undang-Undang Pokok Agraria.

Van Vollenhoven yang pertama kali memperkenalkan istilah hak ulayat yang dikenal dengan *beschikkingrecht* (hak pertuanan) atau persekutuan hukum.¹⁶ Ciri yang melekat pada hak ulayat yaitu dapat dimiliki oleh persekutuan hukum (*gemeenschappen*) dan tidak dapat dimiliki oleh perseorangan.¹⁷

Hak ulayat merupakan suatu hak atas tanah dari persekutuan-persekutuan hukum yang hanya ada di Indonesia yang tidak dapat di lepas untuk selama-lamanya yang mempunyai dasar keagamaan (*religie*).¹⁸ Dalam UUPA mengenal hak ulayat yang diatur dalam pasal 3 UUPA menyatakan “dengan mengingat ketentuan-ketentuan pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada”.

Hak ulayat dapat ditemukan dalam ketentuan Peraturan Bersama Menteri Dalam Negeri, Menteri Kehutanan, Menteri Pekerjaan Umum, dan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 79 Tahun 2014, Nomor PB.3/Menhut-11/2014, Nomor 17/PRT/M/2014, Nomor 8/SKB/X/2014 tentang Tata Cara Penyelesaian Penguasaan Tanah Yang Berada di Dalam Kawasan Hutan.

Pasal 1 angka 13 UUPA, Hak ulayat dan yang serupa itu dari masyarakat hukum adat, yang selanjutnya disebut hak ulayat adalah kewenangan yang menurut hukum adat dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan para warganya untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah, dalam wilayah tersebut, bagi kelangsungan hidup, dan kehidupannya, yang timbul dari hubungan secara lagiriyah dan

¹⁶ Ter Haar, Soebakti Poesponoto (penterjemah), 1960, asas-asas dan susunan hukum adat, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 21.

¹⁷ Mahadi, 2000, Uraian singkat tentang hukum adat, Alumni, Bandung, hlm. 66-67.

¹⁸ Ibid, hlm. 67.

batiniah turun temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan.

Objek dari hak ulayat tidak hanya terbatas pada tanah, artinya terdapat pula wilayah hak ulayat yang melingkupi pesisir pantai, sungai-sungai, hutan, bukit dan pegunungan. Wilayah obyek hak ulayat tersebut pada umumnya merupakan wilayah strategis karena di dalamnya terdapat ruang-ruang yang secara alami terwujud dalam kesatuan geografis, terkait unsur sosial dan budaya yang terbentuk berdasarkan perkembangan sejarah.

Untuk lebih jelasnya obyek hak ulayat terdiri dari :¹⁹

1. Tanah (daratan)
2. Air (perairan)
3. Tumbuh-tumbuhan yang hidup liar
4. Binatang yang hidup liar

Hak ulayat yang disebut juga dengan hak persekutuan adalah daerah dimana sekelompok masyarakat hukum adat bertempat tinggal mempertahankan hidup tempat berlindung yang sifatnya magis-religius. Masyarakat yang hidup di dalam hak ulayat berhak mengerjakan tanah itu, dimana setiap anggota masyarakat dapat memperoleh bagian tanah dengan batasan-batasan tertentu.²⁰

Menurut Van Vollenhoven sebagaimana di kutip Bushar, ciri-ciri hak ulayat itu adalah sebagai berikut²¹:

1. Tiap anggota dalam persekutuan hukum (etnik, sub etnik, atau fam) mempunyai wewenang dengan bebas untuk mengerjakan tanah yang belum digarap, misalnya dengan membuka tanah untuk mendirikan tempat tinggal baru.

¹⁹ Ibid, hlm. 199.

²⁰ Syamsul Rizal, 2003, Kebijakan Agraria Sebelum dan Sesudah Keluarnya UUPA, Medan: Fakultas Hukum Bagian Hukum Perdata, Universitas Sumatra Utara, hlm. 27.

²¹ Muhammad Bushar, 1988, Asas-Asas Hukum Adat: Suatu Pengantar, Jakarta: Pradnya Paramita, hlm. 30.

2. Bagi orang di luar anggota persekutuan hukum, untuk mengerjakan tanah harus dengan izin persekutuan hukum (dewan pimpinan adat);
3. Anggota-anggota persekutuan hukum dalam mengerjakan tanah ulayat itu mempunyai hak yang sama, tapi untuk bukan anggota selalu diwajibkan membayar suatu retribusi (uang adat, sewa lunas, sewa hutang, bunga pasir dan lain-lain) ataupun menyampaikan suatu persembahan (ulutaon, pemohon).
4. Persekutuan hukum sedikit banyak masih mempunyai campur tangan dalam hal tanah yang sudah dibuka dan ditanami oleh seseorang.
5. Persekutuan hukum bertanggung jawab atas segala sesuatu yang terjadi dalam ulayatnya.
6. Persekutuan hukum tidak dapat memindah tangankan hak penguasaan kepada orang lain.
7. Hak ulayat menurut hukum adat ada di tangan suku/masyarakat hukum/desa.

Berlakunya hak ulayat ini menurut sistematika Ter Haar adalah sebagai berikut²²:

1. Anggota masyarakat hukum bersama-sama dapat mengambil manfaat atas tanah serta tumbuh-tumbuhan maupun hewan liar yang hidup di atasnya.
2. Anggota masyarakat hukum untuk keperluan sendiri berhak 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 hutan dengan sepengetahuan kepala suku atau kepala masyarakat hukum. Hubungan hukum antara orang yang membuka tanah dengan tanah tersebut makin lama makin kuat, apabila tanah tersebut terus menerus dipelihara/digarap dan

²² Ter Haar, 1985, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat*, Bandung: Sumur Batu, hlm. 45.

akhirnya dapat menjadi hak milik si pembuka. Sekalipun demikian, hak ulayat masyarakat hukum tetap ada walaupun melemah. Sebaliknya, apabila tanah yang dibuka itu tidak diurus atau diterlantarkan, maka tanah akan kembali menjadi tanah masyarakat hukum. Selain itu, transaksi-transaksi penting mengenai tanah harus dengan persetujuan kepala suku.

4. Berdasarkan kesepakatan masyarakat hukum setempat, dapat ditetapkan bagian-bagian wilayah yang dapat digunakan untuk tempat permukiman, makam, pengembalaan umum dan lain-lain.
5. Anggota suku lain tidak boleh mengambil manfaat daerah hak ulayat, kecuali dengan seizin pimpinan suku atau masyarakat hukum, dan dengan memberi semacam hadiah kecil (uang pemasukan) terlebih dahulu. Izin tersebut bersifat sementara, misalnya untuk selama musim panen, namun suku lain tidak dapat mempunyai hak milik atas tanah tersebut. Sifat istimewa hak ulayat terletak pada daya berlakunya secara timbal balik hak-hak itu terhadap orang lain. Karena pengelolaan tanah makin memperkuat hubungan perseorangan dengan sebidang tanah. Bila hubungan perorangan atas tanah itu berkurang atau bila hubungan itu diabaikan terus menerus, maka pulihlah hak masyarakat hukum atas tanah itu dan tanah tersebut kembali menjadi hak ulayat.
6. Apabila ada anggota suku bangsa lain ditemukan meninggal dunia atau dibunuh di suatu wilayah yang dikuasai satu suku bangsa, maka suku atau masyarakat hukum di wilayah bersangkutan bertanggung jawab untuk mencari siapa pembunuhnya atau membayar denda.

Hak ulayat masyarakat hukum adat di dalam UUPA diakui sepenuhnya dan dalam eksistensinya masih menunjukkan jati dirinya sebagai ciri khas hukum adat dalam keagrariaan kebersamaan dalam rangka kesejahteraan anggota masyarakat hukum adat.

Terobosan terbaru agar hak ulayat berupa tanah ulayat dapat memiliki kepastian hukum berupa alas hak, sebagai bukti kepemilikan penguasaan tanah ulayat oleh masyarakat hukum adat yakni pada pensertifikatan tanah oleh persekutuan masyarakat hukum adat.

Dasar hukum pensertifikatan tanah oleh persekutuan masyarakat hukum adat berdasar pada ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 1963 tentang Penunjukan Badan-Badan Hukum Yang Dapat Mempunyai Hak Milik Atas Tanah dan dalam ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah serta dalam ketentuan Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 2 Tahun 2013 Tentang Pelimpahan Kewenangan Pemberian Hak Atas Tanah Dan Kegiatan Pendaftaran Tanah.

Pada ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 1963, pada pasal 4 dijelaskan badan-badan keagamaan dan sosial dapat mempunyai hak milik atas tanah yang dipergunakan untuk keperluan-keperluan yang langsung berhubungan dengan usaha keagamaan dan sosial.²³ Dalam hal ini persekutuan masyarakat hukum adat yang merupakan bagian dari fungsi keagamaan dan sosial berdasarkan dasar persekutuan (Pasal 1618 KUHPerdara) persekutuan masyarakat hukum adat dapat mensertifikatkan tanah adatnya.

Pada ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah, pada pasal 13 yakni pelaksanaan pendaftaran tanah untuk pertama kali, dijelaskan:²⁴

Pasal 13.

1. Pendaftaran tanah untuk pertama kali dilaksanakan melalui pendaftaran tanah secara sistematis dan pendaftaran tanah secara sporadic.
2. Pendaftaran tanah secara sistematis didasarkan pada suatu rencana kerja dan dilaksanakan di wilayah-wilayah yang ditetapkan oleh Menteri.

²³ Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 1963 tentang Penunjukan Badan-Badan Hukum Yang Dapat Mempunyai Hak Milik Atas Tanah.

²⁴ Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah.

3. Dalam hal suatu desa/kelurahan belum ditetapkan sebagai wilayah pendaftaran tanah secara sistematis sebagaimana dimaksud pada ayat (2), pendaftarannya dilaksanakan melalui pendaftaran tanah secara sporadik.
4. Pendaftaran tanah secara sporadik dilaksanakan atas permintaan pihak yang berkepentingan.

Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 2 Tahun 2013 Tentang Pelimpahan Kewenangan Pemberian Hak Atas Tanah Dan Kegiatan Pendaftaran Tanah, pada Pasal 7 dijelaskan Kepala Kanwil BPN memberi keputusan mengenai:

- a. pemberian Hak Milik untuk orang perseorangan atas tanah pertanian yang luasnya lebih dari 50.000 M² (lima puluh ribu meter persegi) dan tidak lebih dari luas batas maksimum kepemilikan tanah pertanian perorangan.
- b. pemberian Hak Milik untuk orang perseorangan atas tanah non pertanian yang luasnya lebih dari 3.000 M² (tiga ribu meter persegi) dan tidak lebih dari 10.000 M² (sepuluh ribu meter persegi).
- c. pemberian Hak Milik untuk badan hukum keagamaan dan sosial yang telah ditetapkan berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 1963 tentang Penunjukkan Badan-Badan Hukum yang dapat mempunyai Hak Milik atas Tanah, atas tanah non pertanian yang luasnya lebih dari 50.000 M² (lima puluh ribu meter persegi) dan tidak lebih dari 150.000 M² (seratus lima puluh ribu meter persegi).

Sebagai salah satu unsur esensial pembentuk negara, tanah memegang peran vital dalam kehidupan dan penghidupan bangsa pendukung negara yang bersangkutan, lebih-lebih yang corak agrarisnya berdominasi.

Masyarakat adat, awal mulanya hidup *nomaden* (berpindah-pindah). Sehingga mengakibatkan semua tanah yang digarap menjadi milik bersama dan menggarapnya pun dengan caara gotong royong (*komunal*) pula. Sampai mereka

hidup menetap, sifat komunal masih melekat. Untuk mencapai tujuan kemakmuran rakyat, diperlukan campur tangan penguasa yang kompeten dalam urusan tanah.²⁵

Bila dipandang menurut sejarahnya di Indonesia, menurut Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan Halim, hukum agraria (tanah) dapat dibagi atas 2 (dua) fase, yakni fase pertama, dimana didalamnya terdapat Hukum Agraria Adat dan Hukum Agraria Barat; fase kedua, dimana didalamnya terdapat Hukum Agraria Sesudah Berlakunya UUPA.²⁶ Dalam hal ini kami kedudukan hukum adat sesudah berlakunya UUPA merupakan salah satu sejarah hukum tanah di Indonesia.

Salah satu sejarah hukum tanah di Indonesia sebelum berlakunya UUPA selain hukum agraria barat yaitu hukum tanah adat, yang didalamnya mengenal seperti hak ulayat, hak milik dan hak pakai.²⁷ Hukum tanah adat di atur dalam hukum adat. Hukum yang mengaturnyapun tidak tertulis. Tanah adat ini umumnya tidak terdaftar maka jumlahnya hanyalah sebagian kecil saja dari jumlah hak tanah yang ada, misalnya tanah milik perorangan yang sudah didaftarkan. Kalaupun pernah didaftarkan, pendaftarannya itu hanyalah bertujuan untuk bukti setoran pajak yang telah dibayar oleh pemiliknya (sebagai *kohir* atau *kutir*). Jadi secara yuridis bukan sebagai hak. Pembuktian hak atas tanah itu berdasarkan atas kesaksian. Di lingkungan hukum adat, campur tangan penguasa dilakukan oleh kepala berbagai persekutuan hukum.²⁸

²⁵ Iman Sudiyat, 2000, . Hukum Adat Sketsa Asas. Cet-IV, Yogyakarta: Liberty. hlm 2.

²⁶ Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan Hlmim. 1985, Sendi-Sendi Hukum Agraria. Cet-2. Jakarta: Ghlmia Indonesia. hlm 23.

²⁷ Ibid.

²⁸ Iman Sudiyat, Hukum Adat Sketsa Asas. Cet-IV. 2000. Yogyakarta: Liberty. hlm 1.

1. Hak atas tanah adat.

Hak atas tanah adat menurut hukum adat sebelum berlakunya UUPA :

a. Hak Ulayat.

Hak Ulayat ialah hak atas tanah yang di pegang oleh seluruh anggota masyarakat hukum adat secara bersama-sama (komunal).²⁹ Hak ulayat juga dinamakan hak purba. Menurut Iman Sudiyat, hak purba ialah hak yang dipunyai oleh suatu suku, sebuah serikat desa-desa (*dorpenbond*) atau biasanya oleh sebuah desa saja untuk menguasai seluruh tanah seisinya dalam lingkungan wilayahnya.³⁰

Dengan hak ulayat ini, masyarakat hukum adat yang bersangkutan menguasai tanah tersebut secara menyeluruh. Tetapi dalam konsepsi hak ulayat yang bersifat komunal pada hakikatnya tetap terdapat juga hak anggota masyarakat yang bersangkutan untuk secara perorangan menguasai sebagian dari objek penguasaan hak ulayat tersebut secara tertentu (dengan menggunakan tanda-tanda tertentu) agar diketahui para anggota lainnya semasyarakat dalam waktu yang tertentu pula.³¹

b. Hak Perorangan.

Menurut Iman Sudiyat, hak perorangan yaitu suatu hak yang diberikan kepadaa warga desa ataupun orang luar atas sebidang tanah yang berada di wilayah hak purba (ulayat) persekutuan hukum yang bersangkutan.

²⁹ Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan Hlmim.1985, Sendi-Sendi Hukum Agraria. Cet-2. Jakarta: Ghlmia Indonesia. hlm 25.

³⁰ Iman Sudiyat, 2000, Hukum Adat Sketsa Asas. Cet-IV, Yogyakarta: Liberty. Hlm 2.

³¹ Op.Cit., Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan Hlmim, hlm 26.

Jenis-jenis hak perorang ada 6, yaitu:

- 1) Hak milik, hak yasan (*inlands bezitrecht*).
- 2) Hak wenang pilih, hak kinacek, hak mendahului (*voorkeursrecht*).
- 3) Hak menikmati hasil (*genotrecht*).
- 4) Hak pakai (*gebryiksrecht*), dan hak menggarap/mengolah (*ontiqinningsrecht*).

Hukum adat di Indonesia tidak mengenal suatu keadaan, dalam mana ada orang perseorangan mempunyai hak milik atas tanah disamping orang lain, yang seketika itu juga mempunyai hak memakai atau hak menggarap atas tanah itu. Bilamana ada suatu keadaan, yang seorang A mempunyai hak memakai atau menggarap atas sebidang tanah dan dengan terang dapat dikatakan, bahwa seorang A itu bukanlah pemilik tanah itu. Maka selalu yang mempunyai hak milik atas tanah itu adalah suatu persekutuan kekeluargaan.

Misalnya di Minangkabau ada sawah pusaka, yang hak miliknya berada di tangan suatu keluarga sedang seorang anggota dari keluarga itu, yang de facto menggarap sawah itu hanya mempunyai hak menggarap. Begitu juga di Minahasa.³²

- 5) Hak imbalan jabatan (*ambtelijk profijt recht*).

Di berbagai daerah di Indonesia, terutama dimana hanya ada sedikit tanah yang dapat dikerjakan ada peraturan adat tentang pemberian suatu hak kepada seorang pejabat atas sebidang tanah. Hak ini melekat pada suatu jabatan seperti kepala desa atau anggota pengurus desa. Isi dari hak ini adalah bahwa pejabat tersebut boleh mengerjakan tanah itu atau menyewakannya kepada orang lain, tetapi hanya selama ia memegang jabatan.

³² Wirjono Prodjodikoro, 1990, Hukum Perdata tentang Hak-hak Atas Benda. Cet-2. Jakarta: Soeroengan. hlm 49-50.

Tanah-tanah ini di Batak disebut saba na bolak, di Sulawesi Selatan Galung Aradjang, di Ambon Dusun Dati Radja, di Bali Bukti, dan di Jawa Bengkok.³³

6) Hak wenang beli (*naastingsrecht*).³⁴

Menurut Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan Halim, hak perorangan ada 2, yaitu:

a) Hak milik.

Hak milik (adat) atas tanah ialah suatu hak atas tanah yang di pegang oleh perorangan atas sebidang tanah tertentu yang terletak di dalam wilayah hak ulayat masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Contohnya tanah yang dikuasai dengan hak milik dalam hukum adat itu berupa sawah, dan beralih turun temurun.

Di dalam hak milik ada:

(1) Intensitas dan batasnya

Hak milik merupakan hak terkuat diantara hak perorangan. Pemilik tanah yang berhak penuh atasnya itu harus menghormati :

- (a) Hak ulayat persekutuan hukumnya.
- (b) Kepentingan para pemilik tanah lainnya.
- (c) Peraturan-peraturan hukum, inklusif hukum adat.

(2) Cara memperolehnya.

- (a) Membuka tanah hutan/ tanah belukar
- (b) Mewaris tanah
- (c) Menerima tanah karena pembelian, penukaran, hadiah
- (d) Daluarsa (*verjariny*)³⁵

³³ Ibid, hlm 52-53.

³⁴ Iman Sudiyat, 2000, Hukum Adat Sketsa Asas. Cet-IV. Yogyakarta: Liberty, hlm 8.

³⁵ Ibid, hlm. 9.

b) Hak pakai.

Hak pakai (adat) atas tanah ialah suatu hak atas tanah menurut hukum adat yang telah memberikan wewenang kepada seseorang tertentu untuk memakai sebidang tertentu bagi kepentingannya. Biasanya tanah yang dikuasai dengan hak pakai dalam hukum adat itu berupa ladang.³⁶

2. Pengaruh hubungan hak ulayat dengan hak perorangan.

Dimana hak purba (ulayat) persekutuan hukum menipis, disitu ahli waris dari pemilik tanah yang meninggal, selalu mendapat hak milik atas tanah itu sebagai warisan. Kesemuanya itu, tergantung kepada isi hukum adat di masing-masing wilayah. Apakah tanah warisan itu akan lekas-lekas di bagi-bagi diantara para ahli waris atautkah dipertahankan keutuhannya untuk sementara waktu.

Dimana hak purba (ulayat) persekutuan hukum masih kuat, disitu terdapat peraturan istimewa mengenai hak warisan atas tanah. Juga di wilayah dengan hak purba (ulayat) yang sudah kurang kuat, ada kalanya masih terdapat peraturan istimewa itu. Misalnya: Jawa Barat, hak milik atas sebidang tanah kasikepan diwaris oleh anak laki-laki kedualah yang mewaris, begitulah seterusnya.

Dalam pembagian tanah pekulen di beberapa wilayah di Jawa Pusat seperti Klaten dan Purwokerto, dilakukan dalam suatu putusan desa. Mahkamah Agung Indonesia dalam putusannya tanggal 8 Januari 1958 No.307/K/Sip./1958 menentukan: putusan desa itu harus dipandang suatu persetujuan desa tentang pemindahan hak atas tanah pekulen dan oleh karenanya tidak merupakan suatu putusan yang takluk kepada suatu pemeriksaan lebih lanjut, dengan kemungkinan dapat dibatalkan. Dengan demikian maka

³⁶ Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan, 1985, . Sendi-Sendi Hukum Agraria. Cet-2. Jakarta: Ghlmia Indonesia, hlm. 27.

pengadilanpun tidak dapat dibatalkan. Dengan demikian maka pengadilanpun tidak dapat membatalkan desa tersebut.³⁷

3. Hubungan hak ulayat dengan hak perorangan.

Di berbagai bagian Hindia Belanda terdapat lingkungan-lingkungan hak ulayat yang satu sama lain dipisahkan oleh wilayah-wilayah tak bertuan yang luas. Dibagian lain terdapat wilayah-wilayah yang disitu hampir tak ada sebidang tanahpun yang termasuk dalam hak ulayat. Hak ulayat ini di tempat yang satu masih kuat, sedang di tempat lain sudah lemah. Dan gejala yang bersifat umum ialah:semakin maju dan bebas penduduk dalamusaha-usaha pertaniannya, semakin lemahlah hak ulayat itu dengan sendirinya. Akhirnya jika hak ulayat itu sudah lemah sama sekali. Maka dengan sendirinya hak perorangan (hak milik bumi putera) akan berkembang dengan pesatnya.³⁸

4. Pengaruh terhadap hukum tanah adat.

Faktor-faktor extern yang mempengaruhi hukum tanah adat, datangnya dari:

a. Raja-raja.

1) Yang merusak.

Bahwa terutama menimpa persekutuan-persekutuan hukum yang terletak di wilayah sekitar pusat kerajaan, di lingkungan wilayah kediaman raja-raja dan kaum bangsawan. Pengaruh itu berupa:

a) Penggantian kepala-kepala persekutuan hukum.

b) Pengambil alihan tanah persekutuan hukum oleh raja.

³⁷ Op.Cit., Wirjono Prodjo dikoro, hlm 45-46.

³⁸ Iman sudiyat,2000, Hukum Adat Sketsa Asas. Cet-IV. Yogyakarta: Liberty. hlm 3.

- c) Pemberian hak kepada wangsa atau pegawai raja untuk memungut pajak persekutuan-persekutuan hukum, yang sebenarnya harus dipungut oleh raja.
- 2) Yang memperkuat.
 - a) Penguatan susunan organisasi persekutuan-persekutuan hukum yang terletak diluar wilayah negaragung, di lingkungan periferi kerajaan jauh dari wilayah kediaman raja-raja, agar kewajiban menyeter pajak dan mengerahkan tenaga pekerja (untuk keperluan “*kerig-aji*”) dapat ditunaikan sebaik-baiknya.
 - b) Pembentukan “desa perdikan”.
- b. Pengaruh pemerintah kolonial.

Pengaruh pemerintah kolonial terhadap hukum tanah adat pada umumnya dan hak ulayat pada khususnya ternyata dari yindakannya dalm politik agrariannya. Yang terpenting adalah:

- 1) Pajak bumi (*landrent*) dari Raffles.
- 2) *Cultuurstee* dari Gubernur- Jenderal Van den Bosch.
- 3) *Agrarische Wet, Agrarisch Besluit, Domeinverklaring*.
- 4) *Verveemdingsverbod* (S. 1875-179).³⁹

5. Kedudukan hukum tanah adat dalam UUPA

Mengenai hak ulayat itu dijelaskan dalam pasal 5 UUPA yaitu hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan segala yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam undang-undang ini dan dengan peraturan perundangan lainnya. Segala sesuatu yang mengindahkan unsur-unsur yang berdasarkan hukum agama.

³⁹ Ibid. hlm 17-18.

Maka ini berarti berdasarkan hak ulayat yang bersumberkan hukum adat ini, masyarakat hukum yang bersangkutan tidak boleh menghalangi pemberian hak guna usaha yang hendak dilakukan oleh pemerintah. Seperti pembukaan hutan secara besar-besaran dan teratur dalam rangka proyek-proyek besar untuk penambahan bahan makanan dan transmigrasi, dengan kata lain: kepentingan suatu masyarakat hukum harus tunduk kepada kepentingan nasional dan negara.⁴⁰

Hak milik adat sudah tidak ada lagi dan pindah ke UUPA agraria.⁴¹ Tetapi dalam kenyataannya, masyarakat adat, seperti suku-suku pedalaman, belum terjangkau hukum. Hak milik dalam UUPA pasal 20 diartikan sebagai hak yang turun menurun, hak terpenuh dan hak terkat. Hak terkuat adalah hak tertinggi di bandingkan dengan hak-hak yang ada. Dalam pasal 6 UUPA, hak milik mempunyai fungsi sosial. Hak milik tersebut sekarang disebut hak milik agraria (dimana hak tersebut berasal dari hak milik adat). Fungsi sosial mengandung arti bahwa: hak milik tersebut harus dipergunakan sesuai dengan maksud pemilihan benda tersebut. Jadi harus di gunakan. Misalnya: A mempunyai tanah untuk membangun rumah.

Hak milik, diskonversi prinsipnya, tetapi kenyataannya tidak demikian, karena harus dilihat dulu daerahnya. Hak milik di dalam kata umumnya dijadikan hak guna bangun. Jadi bergantung benar pada peraturan pemerintah daerah setempat sehubungan dengan fungsi sosial. Barang-barang yang dimaksud menurut pasal 570 KHU Perdata bumi dan isinya, salah satunya adalah benda-benda tak bergerak berupa tanah dan bangunan di atasnya.⁴²

Penjelasan umum UUPA II angka 3 menyebutkan berhubung dengan disebutnya hak ulayat didalam Undang-undang Pokok Agraria, yang pada hakekatnya berarti pula

⁴⁰ Ibid. hlm 5.

⁴¹ G. Karta Sapoetra dan R.G. Karta Sapoetra, 1994, Pembahasan Hukum Benda Hipotek Hukum Waris. Cet-2. Jakarta: Bumi Aksara. hlm 3.

⁴² Ibid. hlm 19-20.

pengakuan hak itu, maka pada dasarnya hak ulayat itu akan diperhatikan, sepanjang hak tersebut menurut kenyataannya memang masih ada pada masyarakat hukum yang bersangkutan. Misalnya didalam pemberian sesuatu hak atas tanah (umpamanya hak guna-usaha) masyarakat hukum yang bersangkutan sebelumnya akan didengar pendapatnya dan akan diberi "*recognitie*", yang memang ia berhak menerimanya selaku pegang hak ulayat itu.

Hukum tanah adat sudah tidak dipakai lagi, diganti dengan UUPA. Tetapi masih sebagian masyarakat menggunakannya sampai saat ini, dari hak ulayat, diketahui bahwa bangsa Indonesia memang mengutamakan kebersamaan dan gotong royong, hak milik adat saat ini tidak ada, yang ada adalah hak milik dari UUPA.

C. Hak Komunal pada Peraturan Menteri ATR Kepala BPN No.10/2016 dan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019.

Peraturan Menteri ATR Kepala BPN No.10/2016 merupakan peraturan tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal atas Tanah Masyarakat Hukum Adat. Peraturan Menteri ATR Kepala BPN No.10/2016 sebagai pengganti dari Peraturan Menteri ATR Kepala BPN No.9/2015 dan otomatis mencabut Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat (Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999).

Bahwa setiap kebijakan atau peraturan perundang-undangan yang dibuat dan diterbitkan untuk memperkuat serta melindungi hak-hak masyarakat tentu harus didukung. Meski demikian, agar Peraturan Menteri ATR Kepala BPN No.10/2016 tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dapat dilaksanakan secara efektif maka diperlukan beberapa hal revisi yang relevan.

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 menjelaskan masyarakat hukum adat dapat mengajukan penetapan hak komunal atas tanah. Pada Pasal 1 angka 1

disebutkan Hak komunal atas tanah yang selanjutnya disebut hak komunal adalah hak milik bersama atas tanah suatu masyarakat hukum adat, atau hak milik bersama atas tanah yang diberikan kepada masyarakat yang berada dalam kawasan tertentu. Pada Pasal 2 ayat 1 disebutkan Masyarakat hukum adat yang memenuhi persyaratan dapat dikukuhkan hak atas tanahnya. Pasal 3 ayat 1 menyebutkan Hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 diberikan dalam bentuk Hak Komunal.

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 terbit untuk memenuhi tersedianya suatu pedoman sebagai pelaksanaan Peraturan Bersama Menteri Dalam Negeri RI, Menteri Kehutanan RI, Menteri Pekerjaan Umum RI, dan Kepala Badan Pertanahan RI Nomor 79 Tahun 2014 tentang Tata Cara Penyelesaian Penguasaan Tanah yang Berada dalam Kawasan Hutan, khususnya untuk tanah-tanah masyarakat hukum adat.

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 tentang Hak Komunal ini tampaknya lebih menonjolkan sisi proseduralnya ketimbang konsepsi dasar terkait dengan subyek yang diatur. Ketika berbicara tentang "hak", ada empat unsur yang harus dipenuhi, yakni subyek, obyek, hubungan hukum yang mengikat pihak lain dengan kewajiban, dan perlindungan hukumnya. Unsur subyek menempati kedudukan terpenting. Ketidakjelasan tentang subyek akan berimbas pada ketidakjelasan tiga unsur lainnya.⁴³

Terkait pada hak, hak yang paling asasi adalah hak hidup sebagai manusia, dasar hak yang paling pokok dan universal sifatnya itulah kemudian berkembang hak-hak manusia.⁴⁴ Hak-hak manusia tersebut salah satunya yaitu hak milik. Teori hak milik yang diungkapkan oleh Roscoe Pound, hak milik merupakan penguasaan dan pemilikan⁴⁵, landasan

⁴³ Op.cit., Maria S.W. Sumardjono, hlm. 6.

⁴⁴ Darji Darmodiharjo, 1988, Pancasila Suatu Tinjauan Filosofis, Historis dan Yuridis-Konstitusional Usaha Nasional, Surabaya, hlm 231.

⁴⁵ Roscoe Pound, 1982, Pengantar Filsafat Hukum, Cetakan ke 3, Bharatara Karya Aksara, Jakarta, hlm.142.

umum tentang milik disimpulkan dari sifat ekonomis manusia atau sifat manusia sebagai suatu wujud ekonomi, hak milik tersebut dapat ditinjau dari konseptual hak asasi manusia.⁴⁶ Penggunaan teori hak terkait pada hak masyarakat hukum adat dalam menguasai tanah ulayat yang tercantum dalam UUPA dan bukan hak komunal sebutannya.

Beberapa pertanyaan mendasar dapat diajukan dalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016. Pertama, apakah hak komunal ini sama atau dipersamakan dengan hak ulayat masyarakat hukum adat sebagaimana pengertian teknis yuridis yang dikenal dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku yakni UUPA, di mana posisi hak komunal dalam sistem hukum pertanahan nasional sesuai penjelasan umum UUPA tidak ditemukan sebutan hak komunal. Pertanyaan mendasar kedua, karena pengertian hak komunal pada Pasal 1 Angka 1 Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 terdiri atas dua kelompok subyek, yakni masyarakat hukum adat dan non-masyarakat hukum adat/masyarakat tertentu, maka problematikanya bagaimana cara menentukannya.

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 tentang hak komunal ini otomatis mencabut keberlakuan Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat yang sumbernya relevan dan konsisten dengan UUPA terkait sebutannya sama-sama menyebut hak ulayat, maka bagaimana dengan eksistensi hak ulayat sebagaimana diatur dalam UUPA yang berpijak pada Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999.

Hak komunal dan hak ulayat tampaknya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 menyamakan hak komunal dengan hak ulayat. Dalam pembicaraan sehari-hari, menggunakan istilah "hak komunal", "tanah milik bersama", "hak ulayat" barangkali lebih "bebas" karena tak ada implikasi hukumnya. Namun, ketika istilah itu dirumuskan dalam

⁴⁶ Aslan Noor, 2006, Konsep hak milik atas tanah bagi bangsa Indonesia ditinjau dari ajaran hak asasi manusia, Cetakan ke 1, Mandar Maju, Bandung, hlm. 48.

peraturan perundang-undangan harus jelas konsepsinya karena ada implikasi hukumnya.

Penyamaan itu antara lain tampak dalam Konsiderans Mengingat pada angka 2 Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 berdasarkan UUPA. Sebagaimana diketahui Pasal 3 UUPA tidak menyebutkan tentang hak komunal, melainkan merumuskan tentang hak ulayat. Demikian juga pada rumusan Pasal 24 huruf b Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 yang berbunyi sebagai berikut: "masyarakat hukum adat dan hak atas tanahnya yang sudah ada dan telah ditetapkan sebelum peraturan ini berlaku tetap sah dan dapat diberikan hak komunal atas tanahnya", dapat disimpulkan bahwa yang dimaksudkan hak masyarakat hukum adat yang sudah ada itu sejatinya adalah hak ulayat sebagaimana diatur dalam berbagai peraturan, yang oleh Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 disamakan atau bahkan diganti dengan sebutannya menjadi hak komunal.

Merencanakan hak komunal dengan hak ulayat dalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 hakikatnya adalah membangun fiksi hukum, karena hak ulayat dan hak komunal memiliki karakteristik berbeda, tetapi oleh Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 dianggap sama.

Hak ulayat itu berdimensi publik sekaligus perdata. Dimensi publiknya tampak dalam kewenangan masyarakat hukum adat untuk mengatur (1) tanah/wilayah sebagai ruang hidupnya terkait pemanfaatannya termasuk pemeliharannya; (2) hubungan hukum antara masyarakat hukum adat dan tanahnya; dan (3) perbuatan hukum terkait dengan tanah masyarakat hukum adat. Dimensi perdata hak ulayat tampak dalam manifestasi hak ulayat sebagai kepemilikan bersama. Hak ulayat itu bukan hak atas tanah sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 4 jo Pasal 16 UUPA.⁴⁷

Sebaliknya, hak komunal atas tanah itu dimaknai sebagai hak atas tanah pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016. Lebih lanjut, karena hak komunal itu

⁴⁷ Op.cit., Maria S.W. Sumardjono, hlm. 6.

dikategorikan sebagai hak atas tanah, maka terhadap hak komunal dapat diterbitkan sertifikatnya melalui penetapan kepala daerah berdasarkan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 . Padahal karena hak ulayat itu bukan hak atas tanah, keberadaan hak ulayat dinyatakan dalam peta dasar pendaftaran tanah dan apabila batas-batasnya dapat ditentukan menurut tata cara pendaftaran tanah, batas tersebut digambarkan pada peta dasar pendaftaran tanah dan dicatat dalam daftar tanah; di atas tanah ulayat itu tidak diterbitkan sertifikat. Dari perbedaan yang kontra tersebut antara hak komunal dan hak ulayat sulit dirasa untuk disamakan walaupun Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 terkesan menyamakan maksud antara hak komunal dengan hak ulayat.

Dengan dicabutnya Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat yang sumbernya relevan dan konsisten dengan UUPA terkait sebutannya sama-sama menyebut hak ulayat, maka eksistensi hak ulayat sebagaimana diatur dalam UUPA yang berpijak pada Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999 perihal pendaftaran hak ulayat ini menjadi tidak jelas nasibnya dan eksistensinya.

Suatu definisi dalam peraturan dimaksudkan untuk memberikan pengertian tentang suatu hal yang akan digunakan secara berulang dalam rumusan pasal peraturan tersebut. Definisi pada peraturan haruslah tegas sehingga tidak menimbulkan multitafsir. Dengan demikian, definisi tentang hak komunal tersebut tidak lazim karena menyatukan dua kelompok subyek hukum yang berbeda karakteristiknya dalam satu definisi judul peraturan pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016. Sesuai dengan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016, hak komunal terdiri atas dua kelompok subyek hukum, yakni hak milik bersama atas tanah yang subyeknya masyarakat hukum adat dan hak milik bersama atas tanah yang subyeknya masyarakat tertentu.

Bahwa dua kelompok itu berbeda dapat dicermati pada Pasal 3 Ayat (2) Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 disebutkan subyek hak komunal dapat diberikan pada masyarakat hukum adat dan masyarakat yang berada dalam suatu kawasan tertentu. Walaupun keberadaan dua subyek hak itu ditetapkan oleh kepala daerah, perlu ditegaskan bahwa terhadap masyarakat hukum adat penetapannya harus dimaknai sebagai pengukuhan terhadap keberadaan masyarakat hukum adat yang bersifat deklaratif sebagaimana ditegaskan dalam Putusan MK No 85/PUU-XII/2013. Sebaliknya, terhadap keberadaan masyarakat tertentu, penetapan pejabat kepala daerah bersifat konstitutif dan pemberian hak komunalnya dilakukan di atas tanah negara yang telah dilepaskan .

Problematika pencabutan Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, hal ini karena terdapat kerancuan antara hak ulayat dan hak komunal, patut dipersoalkan dampak pencabutan Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Dengan dicabutnya Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, lalu bagaimana dengan penjabaran pengaturan tentang hak ulayat dalam Pasal 3 UUPA di bidang pertanahan, apakah dengan terbitnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 tentang hak komunal maka hak ulayat sudah tidak perlu diatur karena telah digantikan dengan hak komunal, maka hal tersebut sangatlah ironis.

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 menimbulkan kerancuan antara hak ulayat dan hak komunal. Di satu pihak pengaturan tentang hak komunal menimbulkan ketidakpastian hukum, di pihak lain pihak terjadi kekosongan hukum dalam pengaturan tentang hak ulayat dengan dicabutnya Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999.

Bahwa dengan diterbitkannya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 sebagai pengganti dari Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016, dalam hal ini Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 menyebutkan dalam Pasal 1 angka 2 bahwa : “Hak Ulayat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat atau yang serupa itu adalah hak Kesatuan Masyarakat Hukum Adat yang bersifat Komunal untuk menguasai, mengelola dan/atau memanfaatkan, serta melestarikan wilayah adatnya sesuai dengan tata nilai dan hukum adat yang berlaku” .

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 kembali menyebutkan hak ulayat yang bersifat komunal, bahwa pada prinsipnya jika berdasarkan Pasal 16 UUPA huruf h, yakni hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak yang tersebut didalam UUPA akan ditetapkan dengan undang-undang. Sebutan hak komunal tidak disebutkan dalam UUPA maka atas perintah UUPA semestinya ditetapkan dengan Undang-Undang, namun realitanya yang muncul adalah suatu peraturan menteri padahal pada pasal 16 UUPA huruf h mengamanahkan ditetapkan dengan undang-undang.

Hak komunal tidak dikenal didalam peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi (*lex superiori*) yaitu UUPA yang mengenal dengan sebutan hak ulayat. Diperlukannya suatu revisi kembali terhadap Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 dan atau dicabut diganti dengan yang lebih relevan untuk memberikan perlindungan hukum yang efektif atas penguasaan tanah ulayat/tanah adat oleh masyarakat hukum adat, diperlukannya peraturan perundangan yang baru dan konsisten dan seragam di masa depan khusus tentang perlindungan tanah ulayat/tanah adat pada masyarakat hukum adat.

Memperkenalkan suatu identitas frasa baru yakni frasa hak komunal dalam peraturan perundang-undangan yaitu peraturan menteri merupakan suatu hal yang wajar dan sah-saja sepanjang landasan filosofis, yuridis, dan sosiologisnya berdasar dan kuat. Jika landasan filosofis, yuridis, dan

sosiologis syarat-syarat tersebut tidak terpenuhi maka dapat dipastikan disamping tidak adanya jaminan suatu kepastian hukum maka berlanjut pada peraturan tersebut menjadi tidak bermanfaat secara umum dimasyarakat dan atau tidak efektif pelaksanaannya.

BAB III

EKSISTENSI PENGUASAAN TANAH ADAT OLEH MASYARAKAT HUKUM ADAT

A. Eksistensi penguasaan tanah adat oleh masyarakat hukum adat.

Eksistensi menurut Thoe Huijbers merupakan arti umum untuk menandakan apa yang ada, dalam istilah filsafat ini lazim digunakan untuk menandakan keberadaan manusia yang adanya suatu kedudukan sebagai subyek hukum yang konkrit.⁴⁸

Eksistensi pengakuan tanah ulayat berkaitan dengan ketiadaan kriteria persyaratan eksistensi hak ulayat dan ketiadaan batasan yang jelas tentang kepentingan nasional dan Negara telah menimbulkan konflik antara masyarakat hukum adat dengan pengusaha dan penguasa terkait pemberian hak atas tanah. Penguasa dan pengusaha cenderung menafikan hak masyarakat hukum adat yang secara obyektif, kedudukan masyarakat hukum adat lebih lemah dibandingkan dengan pengusaha dan penguasa yang mempunyai kedudukan ekonomi, sosial dan politik lebih kuat. Karena itu adanya kriteria persyaratan eksistensi hak ulayat dan adanya batasan tentang kepentingan nasional dan negara dalam suatu peraturan perundang-undangan merupakan suatu kebutuhan untuk dijadikan pedoman dalam menyelesaikan permasalahan hak ulayat.

Pengakuan eksistensi hak ulayat oleh Pasal 3 UUPA merupakan hal yang wajar, karena hak ulayat beserta masyarakat hukum adat telah ada sebelum terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia. Namun berbagai kasus tentang tanah ulayat yang timbul dalam skala regional maupun nasional, tidak pernah akan memperoleh penyelesaian secara tuntas tanpa adanya kriteria obyektif yang diperlukan sebagai

⁴⁸ Thoe Huijbers, 1993, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, 1993, hlm.37.

tolak ukur penentu keberadaan hak ulayat dan implementasinya. Kriteria penentu tentang keberadaan hak ulayat menurut UUPA terdiri dari tiga unsur, yakni adanya masyarakat hukum adat tertentu, adanya hak ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup dan tempat mengambil keperluan hidup masyarakat hukum adat itu, dan adanya tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan dan penggunaan tanah ulayat yang berlaku dan ditaati oleh masyarakat hukum adat.

UUPA memberikan pengakuan bersyarat terhadap hak ulayat yaitu⁴⁹:

1. Syarat eksistensinya (keberadaannya) yakni tanah ulayat diakui sepanjang menurut kenyataannya masih ada. Artinya bahwa di daerah yang semula ada tanah ulayat, namun dalam perkembangan selanjutnya, hak milik perorangan menjadi kuat, sehingga menyebabkan hilangnya tanah ulayat, maka tanah ulayat tidak akan dihidupkan kembali. demikian pula di daerah-daerah yang tidak pernah ada tanah ulayat, tidak akan dilahirkan tanah ulayat yang baru.
2. Syarat pelaksanaannya yaitu sesuai dengan kepentingan nasional dan negara yang berdasar atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan lainnya yang lebih tinggi.

Di samping itu UUPA tidak memberikan kriteria mengenai eksistensi hak ulayat itu. Namun, dengan mengacu pada pengertian-pengertian fundamental tersebut di atas, dapat dikatakan bahwa kriteria penentu masih ada atau tidaknya hak ulayat harus dilihat pada 3 (tiga) hal yakni⁵⁰:

1. Adanya masyarakat hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu sebagai subyek hak ulayat.
2. Adanya tanah/wilayah dengan batas-batas tertentu, merupakan obyek hak ulayat.

⁴⁹ Ansari, Tampil, 2005, Mempertahankan Hak Atas Tanah, Medan: Multi Grafika Medan, hlm. 205.

⁵⁰ Santoso, Urip, 1996, Hukum Agraria (Kajian Komprehensif), Jakarta: Perdana Media Grup, hlm.46.

3. Adanya kewenangan masyarakat hukum adat untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu.

Dipenuhinya ketiga persyaratan tersebut secara kumulatif, kiranya cukup obyektif sebagai kriteria penentu masih ada atau tidaknya hak ulayat, sehingga misalnya, walaupun ada masyarakat hukum dan ada tanah atau wilayahnya, namun apabila masyarakat hukum tersebut sudah tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan tiga tindakan tersebut, maka hak ulayat dapat dikatakan sudah tidak ada lagi. Dapat diartikan oleh peneliti bahwa apabila hak ulayat memang sudah menipis atau sudah tidak ada lagi berarti secara sosiologis masyarakat hukum adat telah ditingkatkan menjadi bangsa Indonesia. Di pihak lain, bila memang hak ulayat dinilai masih ada maka harus diberikan pengakuan atas hak tersebut di samping pembebanan kewajibannya oleh negara.

UUPA tidak mengadakan pengaturan dalam bentuk peraturan perundangan mengenai hak ulayat, dan membiarkan pengaturannya tetap berlangsung menurut hukum adat setempat. Hal ini mengandung arti bahwa mengatur hak ulayat menurut para perancang dan pembentuk UUPA akan berakibat menghambat perkembangan alamiah hak ulayat, yang pada kenyataannya memang cenderung melemah. Kecenderungan tersebut dipercepat dengan membikin bertambah kuatnya hak-hak individu, melalui pengaturannya dalam bentuk hukum yang tertulis dan penyelenggaraan pendaftarannya yang menghasilkan surat-surat tanda pembuktian haknya. Melemahnya atau bahkan menghilangnya hak ulayat, diusahakan penampungannya dalam rangka pelaksanaan hak menguasai dari Negara, yang mencakup dan menggantikan peranan kepala adat dan para tetua adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan dalam hubungannya dengan tanah-tanah yang sudah dihaki secara individual oleh para warga

masyarakat hukum adat yang bersangkutan, seperti halnya tanah-tanah di daerah-daerah lain.⁵¹

Penelitian dilapangan memberikan gambaran bahwa masyarakat yang selama ini menguasai tanah ulayat atas dasar hukum adat merasa bahwa tanah ulayat yang dikuasai tersebut harus didaftar padahal hak ulayat pun tidak akan didaftar. UUPA tidak memerintahkan pendaftarannya, dalam PP No. 24 tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, hak ulayat secara sadar tidak dimasukkan dalam golongan obyek pendaftaran tanah. Selama ini masyarakat tidak memahami hak-hak apa saja yang didaftar dan bagaimana prosedur pendaftaran tanah ulayat. Sedangkan Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 menentukan, bahwa “negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan RI yang diatur dalam Undang-undang”. Ketentuan Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 bertolak belakang dengan pendapat diatas yang menyatakan bahwa UUPA sengaja tidak memerintahkan mengatur lebih lanjut tanah ulayat dalam peraturan pelaksanaan UUPA, karena hak ulayat itu keberadaannya akan dihapus⁵².

Hak ulayat dan yang serupa itu dari masyarakat hukum adat adalah kewenangan yang menurut hukum adat dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah, dalam wilayah tersebut, bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya, yang timbul dari hubungan secara lahiriah dan batiniah turun menurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan.

Kebijakan yang memperjelas prinsip pengakuan terhadap hak ulayat dan hak-hak serupa dari masyarakat hukum adat, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 UUPA.

⁵¹ Djuanda Luis, 2015, Analisis Hak Atas Tanah Ulayat Masyarakat di Papua, Fakultas Hukum:Umrat, hlm. 76.

⁵² Boedi Harsono, 2003, Undang-Undang Pokok Agraria, Sejarah Penyusunan, Isi dan Pelaksanaannya, Bagian Pertama, Jilid I, Jakarta, hlm 32.

Menurut peneliti berdasarkan penjelasan Pasal 1 Ayat (1) Peraturan Menteri Negara Agraria/kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 di atas, tanah adat merupakan salah satu bentuk dan jenis hak atas tanah yang dimiliki oleh masyarakat adat dan diakui keberadaannya oleh negara seperti yang diatur di dalam UUPA, namun peraturan tersebut telah dicabut dengan terbitnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 yang sekiranya justru menghambat eksistensi pengaturan hak ulayat di daerah, hal ini karena Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 menyatakan menetapkan hak komunal di daerah yang justru merencanakan penetapan hak ulayat yang tidak disebutkan dalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 serta pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 kembali menyebutkan hak ulayat yang bersifat komunal, bahwa pada prinsipnya jika berdasarkan Pasal 16 UUPA huruf h, yakni hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak yang tersebut di dalam UUPA akan ditetapkan dengan undang-undang. Sebutan hak komunal tidak disebutkan dalam UUPA maka atas perintah UUPA semestinya ditetapkan dengan Undang-Undang, namun realitanya yang muncul adalah suatu peraturan menteri padahal pada pasal 16 UUPA huruf h mengamankan ditetapkan dengan undang-undang.

Pengakuan hak ulayat dalam UUPA ternyata telah juga mendapat pengakuan dalam berbagai ketentuan perundang-undangan lainnya bahkan dalam UUD 1945 Perubahan Kedua dan TAP MPR No. IX Tahun 2001, bahwa untuk menentukan ada atau tidak adanya hak ulayat di suatu daerah harus dilakukan penelitian oleh pemerintah daerah dengan mengikutsertakan pakar hukum adat, masyarakat hukum adat yang bersangkutan, dan lembaga swadaya masyarakat serta institusi-institusi yang mengelola sumber daya alam.

Pengaturan di dalam UUPA sebagaimana dijelaskan di atas menurut peneliti belumlah memadai, masih dibutuhkan peraturan yang sifatnya operasional. Hingga kemudian pengaturan yang operasional baru dibuat pada Tahun 1999

melalui Permen Nomor 5 Tahun 1999 tentang pedoman penyelesaian permasalahan hak ulayat masyarakat hukum adat dan justru dicabut dan diganti dengan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 dan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 kembali menyebutkan hak ulayat yang bersifat komunal

Peraturan ini tidak terimplementasikan secara baik dan merata disetiap daerah, salah satunya karena proses pengakuan hukum terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat yang rumit harus melalui penelitian dan penetapan dalam bentuk Peraturan Daerah, itu pun merencanakan sebutan hak ulayat menjadi hak komunal yang tidak berdasar pada UUPA yang mengenal dengan sebutan hak ulayat.

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 dan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 kembali menyebutkan hak ulayat yang bersifat komunal menimbulkan kerancuan antara hak ulayat dan hak komunal. Di satu pihak pengaturan tentang hak komunal menimbulkan ketidakpastian hukum, di pihak lain pihak terjadi kekosongan hukum dalam pengaturan tentang hak ulayat dengan dicabutnya Peraturan Menteri/BPN No. 5/1999. Bahwa saat ini masih diperlukan pengaturan tentang hak ulayat masyarakat hukum adat dengan mengakomodasi putusan Mahkamah Konstitusi yang relevan serta harmonisasinya dengan peraturan perundang-undangan lain untuk menciptakan eksistensi masyarakat hukum adat pada penguasaan tanah ulayat/tanah adat.

B. Eksistensi Masyarakat Hukum Adat sebagai Subjek Hukum

Adat merupakan kebiasaan masyarakat, dan kelompok-kelompok masyarakat lambat laun menjadikan adat itu sebagai adat yang seharusnya berlaku bagi semua anggota masyarakat sehingga menjadi “hukum adat”. Jadi hukum adat adalah adat yang diterima dan harus dilaksanakan dalam masyarakat bersangkutan.⁵³

⁵³ Hilman Hadikusuma, 2003, Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia, Mandar Maju, Bandung, hlm.1.

Hukum adat adalah produk dari budaya yang mengandung substansi tentang nilai-nilai budaya cipta, karsa, rasa manusia. Dalam arti bahwa hukum adat lahir dari kesadaran atas kebutuhan dan keinginan manusia untuk hidup secara adil dan beradab sebagai aktualisasi peradaban manusia. Selain itu hukum adat juga merupakan produk social yaitu sebagai hasil kerja bersama (kesepakatan) dan merupakan karya bersama secara bersama (milik sosial) dari suatu masyarakat hukum adat.⁵⁴

Hukum adat merupakan aturan kebiasaan manusia dalam hidup bermasyarakat. Sejak manusia itu diturunkan Tuhan ke muka bumi, maka ia memulai hidupnya berkeluarga, kemudian bermasyarakat dan kemudian bernegara. Terjadinya hukum dimulai dari pribadi manusia yang diberi Tuhan akal pikiran dan perilaku. Perilaku yang terus menerus dilakukan perorangan menimbulkan “kebiasaan pribadi”. Apabila kebiasaan pribadi itu ditiru orang lain maka ia juga akan menjadi kebiasaan orang itu. Lambat laun di antara orang yang satu dan orang yang lain di dalam kesatuan masyarakat ikut pula melakukan kebiasaan itu, maka lambat laun kebiasaan itu menjadi “adat” dari masyarakat itu.

Sebutan *adatrecht geleerheid* yang dikemukakan oleh Van Vollenhoven bahwa hukum adat sebagai ilmu, yang prinsipnya sebuah hukum tentu wajib memiliki subjek dan objek. Terkait pada hukum adat sebagai ilmu yang wajib memiliki subjek hukum dan objek hukum maka apa yang menjadi subjek dari hukum adat, berdasarkan hal tersebut dapat dipahami bahwasannya subjek dari hukum adat yaitu masyarakat hukum adat.

Sebuah konstruksi ilmu tentang hukum adat dengan subjek hukum adat bahwasannya subjek hukum adat adalah *rechtsgemeenschap*. *Rechtsgemeenschap* termasuk di dalamnya ialah pribadi-pribadi secara keseluruhan atau masyarakat hukum adat (komunitas). Berbeda dengan hukum sebagaimana

⁵⁴ Djamanat samosir, 2013, Hukum Adat Indonesia, Nuansa Aulia, Bandung, hlm.2.

pengertian hukum menurut pandangan Eropa yang memiliki subjek hukum yang disebut *person* (orang), maka subjek hukum adat adalah *rechtsgemeenschap* atau masyarakat hukum adat.⁵⁵

Persoon atau orang terdiri dari *natuurlijke person* (manusia) dan *rechtspersoon* (badan hukum), dan *rechtspersoon* terdiri dari *privaatrechtspersoon* (badan hukum privat) dan *public rechtspersoon* (badan hukum publik). Subjek hukum adat tidak mengenal istilah badan hukum, sehingga *rechtsgemeenschap* bukanlah badan hukum dalam pengertian hukum Eropa apakah badan hukum privat maupun badan hukum publik.⁵⁶

Rechtsgemeenschap atau masyarakat hukum adat di dalamnya ada 2 badan yaitu badan pribadi manusia secara individual dan badan yang terdiri dari pribadi-pribadi yang bersatu sebagai satu kesatuan (*unity*) atau *community*. Dengan demikian, ada perbedaan mendasar dalam pengertian *rechtsgemeenschap* dengan *person* sebagai subjek hukum. *Rechtsgemeenschap* (masyarakat hukum adat atau persekutuan hukum) sebagai subjek hukum adat dengan *person* sebagai subjek hukum Eropa. Sekalipun keduanya bertumpu pada manusia, akan tetapi manusia dalam pengertian hukum adat dengan manusia dalam hukum eropa itu berbeda. Manusia dalam hukum adat berfungsi sebagai fungsi kosmos, sehingga hukum adat itu secara kosmolpgis disebut *anthropo-sentris*, sedangkan manusia dalam hukum eropa hanyalah bagian dari alam semesta, sebab pusat alam semestanya adalah matahari, *helio-sentris*. Sebagai pusat alam semesta, maka keberlangsungan alam semesta bergantung pada manusia, keseimbangan alam semesta berada pada mentalitas dan moralitas manusia sebagai posat kosmos itu.⁵⁷

Konsep *anthropo-sentris* dan *helio-sentris* sejalan dengan falsafah konsep *Tri Hita Karana* pada adat Bali, konsep yang dapat melestarikan keanekaragaman adat istiadat di tengah hantaman globalisasi. *Tri Hita Karana*, terbentuk dari kata : *tri*

⁵⁵ Dominikus Rato,2015,Hukum Adat Kontemporer, Laksbang Justitia, Surabaya, hlm. 86

⁵⁶ Ibid.,

⁵⁷ Ibid.,

yang berarti tiga, *hita* berarti kebahagiaan, dan *karana* yang berarti sebab, dapat dimaknai sebagai tiga penyebab kebahagiaan. Pada dasarnya hakikat ajaran *tri hita karana* menekankan tiga hubungan manusia dalam kehidupan di dunia ini yakni *parahyangan*, *pawongan*, dan *palemahan*, bila dikaji dari konsep dasar dialektika hukum alam maka dapat dijelaskan *parahyangan* artinya hubungan yang harmonis antara manusia dengan Tuhan, *pawongan* artinya hubungan yang harmonis antara manusia dengan sesamanya, dan *palemahan* artinya hubungan yang harmonis antara manusia dengan tanah lingkungannya (adat istiadat).

Hukum adat merupakan sistem hukum yang dikenal dalam lingkungan kehidupan sosial di Indonesia. Hukum adat merupakan 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. Selain itu dikenal pula 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.⁵⁸ Seperti yang telah dijelaskan diatas subjek dari hukum adat adalah masyarakat hukum adat, dalam hal ini masyarakat hukum adat sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum karena kesamaan tempat tinggal ataupun atas dasar keturunan.

Perbedaan mendasar dalam pengertian *rechtsgemeenschap* dengan *person* sebagai subjek hukum. *Rechtsgemeenschap* (masyarakat hukum adat atau persekutuan hukum) sebagai subjek hukum adat dengan *person* sebagai subjek hukum Eropa. Sekalipun keduanya bertumpu pada manusia, akan tetapi manusia dalam pengertian hukum adat dengan manusia dalam hukum eropa itu berbeda.

⁵⁸ Djaren Saragih,1996, Pengantar Hukum Adat Indonesia, Tarsito,Bandung, hlm. 32.

Komponen subjek hukum dari hukum adat ialah pribadi dan komunitas dimana keduanya adalah manusia sedangkan komponen subjek hukum dari hukum Eropa terdiri dari manusia dan badan hukum (benda=orang abstrak), dan badan hukum terdiri dari badan hukum privat dan badan hukum publik. Keduanya dibentuk atas dasar hukum yaitu harus ada akta notaris. Sedangkan komunitas sebagai subjek hukum adat dibentuk atas kebutuhan manusia secara alami, *zoon politicon*.

Untuk mempersatukan anggota komunitas diperlukan sifat dasar manusia yang selalu ingin bersatu karena kesamaan darah (genologis) atau territorial (kesamaan daerah/tempat tinggal). Jadi, persatuan masyarakat hukum adat itu atas dasar sifat alamiah manusia yang selalu ingin bersatu. Sedangkan dalam hukum Eropa pembentukan *rechtspersoon* sebagai subjek hukum karena ketentuan hukum dan semata-mata untuk kebutuhan ekonomi dan politik. Pembentukannya haruslah sesuai dengan hukum bahwa sebuah badan hukum harus didaftarkan di Notaris dengan Akta Notaris. Disana ada keterlibatan Negara secara politik untuk kepentingan politik yaitu administrasi Negara. Selain itu, badan hukum privat dibentuk untuk kepentingan kepastian hukum dalam kaitannya dengan kepentingan ekonomi, misalnya kepastian hukum dalam perjanjian dan perikatan.⁵⁹

Manfaat yang diperoleh ialah bahwa dalam hukum adat semata-mata untuk harmoni sosial sehingga yang dibutuhkan ialah kohesi/integrasi sosial, sedangkan dalam hukum Eropa adalah untuk kepentingan politik dan ekonomi, sehingga yang dibutuhkan stabilitas politik dan ekonomi. Kohesi sosial dibentuk atas dasar kesadaran bersama secara kolektif sedangkan stabilitas politik dan ekonomi membutuhkan keterlibatan Negara mulai hukum dan alat Negara, bila diperlukan dengan kekuatan dan kekerasan. Oleh karena itu dalam hukum Eropa, hukum Negara, karena yang boleh membuat, melaksanakan, dan menegakan, bahkan

⁵⁹ Op.Cit., Dominikus Rato, hlm. 87.

mengevaluasi hukum hanyalah Negara sebagai satu-satunya lembaga yang berwenang.

Subjek hukum adat yakni masyarakat hukum adat sejalan dengan prinsip hukum adat yang dikemukakan oleh Ter Haar. Prinsip hukum adat menurut Ter Haar dalam teori *belissingerleer* menyatakan "*de door de gezags, de volkshoofden, de rechters genomen beslissingen welke altijd niet slechts al seen concrete beslissing, maar ook al seen regel voor gelijke gevalen*, yang diterjemahkan kurang lebih yaitu Keputusan yang diambil oleh para penguasa ialah pemuka rakyat, menunjukkan adanya kaidah hukum yang berlaku dalam masyarakat yaitu bentuk hukum dari beraneka gejala hidup yang bebas.⁶⁰ Hukum Adat dalam hal ini hukum yang berlaku dan berkembang dalam lingkungan masyarakat (subjek masyarakat hukum adat) di suatu daerah dan atau wilayah.

Ter Haar memberikan 4 (empat) kriteria tentang subjek masyarakat hukum adat, yaitu:⁶¹

1. terdapat sekelompok orang;
2. yang tunduk pada suatu keteraturan atau tata tertib;
3. mempunyai pemerintahan sendiri; dan
4. mempunyai harta kekayaan sendiri baik yang berupa materiil maupun immateriil.

Subjek hukum adat yakni masyarakat hukum adat dalam menjalani kehidupan bersama berdasarkan asas religiusitas, dalam hal ini asas religiusitas merupakan hubungan yang bersifat vertikal antara manusia dengan Tuhan, dalam hal ini subjek masyarakat hukum adat dalam pelaksanaannya di wilayah adatnya terbiasa dengan hal yang bersifat religius magis yang telah diwariskan secara turun temurun.

⁶⁰ Saleh Adiwinata, 1976, Pengertian Hukum Adat menurut UUPA, terjemahan Teer Har (Beginselen en Stelsel van het adatrecht) , Alumni, Bandung, hlm 11-12.

⁶¹ Ter Haar, 1981, Asas-asas dan Susunan Hukum Adat, Jakarta: Pradnya Paramita, hlm.28.

Subjek masyarakat hukum adat dapat dijawab dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut:⁶²

1. apakah dalam teritorir yang bersangkutan ada kelompok yang merupakan suatu kesatuan yang terorganisir
2. sebagai kelompok yang demikian apakah organisasinya itu diurus oleh pengurus yang ditaati oleh para anggotanya
3. Sejak kapankah kelompok itu ada di dalam lingkungan tanah yang bersangkutan (jelas sudah berapa generasi)
4. Apakah kelompok itu mengikuti suatu tradisi yang homogen dalam kehidupannya, sehingga kelompok itu dapat dikatakan sebagai satu persekutuan hukum
5. Bagaimana menurut tradisinya asal-usul kelompok itu sehingga merupakan suatu kesatuan dalam lingkungan tanahnya

Dalam kehidupan modern melalui positivasi hukum, maka masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum diberi dasar konstitusional. Itulah perubahan hukum yang menjadi telaah. Hukum adat telah menjadi bagian dari hukum positif atau dengan kata lain bahwa hukum adat telah menjadi bagian dari hukum Negara. Apakah dengan demikian hukum adat telah kehilangan eksistensinya sebagai hukum rakyat? Sebagai hukum rakyat, hukum adat tidak kehilangan eksistensinya. Ibarat seseorang anggota masyarakat yang hendak mengikuti upacara kenegaraan yang menggunakan baju formal, maka hanya bajunya saja yang formal, sedangkan tubuh dan jiwanya secara substansial tetap. Bahkan mungkin sikap dan perilakunya mengikuti kondisi formal, tetapi jiwa dan semangatnya tetaplah sebagaimana eksistensi dasarnya.⁶³ Hukum adat adalah tetap hukum adat yang lahir dari, oleh, dan untuk rakyat dimana ia lahir, tumbuh, dan berkembang. Hukum Negara bekerja secara tekstual, sedangkan hukum adat sebagai hukum rakyat bekerja secara kontekstual.

⁶² H.M. Koesnoe, 2000, Prinsip-Prinsip Hukum Adat tentang Tanah, Surabaya, Ubaya Press, hlm.34.

⁶³ Op.Cit., Dominikus Rato, hlm. 88.

Subjek masyarakat hukum adat berkaitan dengan konteks waktu, tempat dan orang. Konteks yang dimaksud ialah: waktu, tempat dan personal. Konteks waktu artinya hukum adat itu bekerja berdasarkan waktu : hukum adat di waktu lampau, waktu sekarang, dan waktu yang akan datang tentu saja tidak sama. Nilai dasar dan azasnya mungkin saja sama atau jika ada perubahan, maka perubahannya sangat lamban (evolusi), sedangkan norma dan perilaku manusia sebagai aktualisasi dari nilai dan azas terus berubah sejalan dengan kebutuhan subjek hukum atau pendukungnya.

Konteks tempat dimaksud adalah bahwa hukum adat masing-masing masyarakat hukum adat berbeda-beda. Hukum adat Jawa tentu saja berbeda antara Jawa Barat, Jawa Tengah dan Jawa Timur. Di Jawa Timur tentu saja berbeda-beda antara: Jawa-Mataraman, Madura, Tengger, dan Osing. Madura juga berbeda-beda antara: Madura darat, Madura Kepulauan (Talango, Sapudi, Sapeken, dan sebagainya). Belum lagi di luar Jawa seperti Bali, Lombok, Flores, Timor, Sumatera, Kalimantan, Sulawesi, dan Papua. Jika dihitung, untuk sementara menurut catatan Aliansi Masyarakat Adat Nusantara, ada 2500 masyarakat adat, belum terhitung masyarakat hukum adatnya.⁶⁴

Konteks orang dimaksud adalah bahwa penerimaan, pemahaman, dan pelaksanaan hukum adat setiap orang tentu tidaklah sama. Contoh, setiap orang Osing dalam menerima hukum adat Osing juga tidak sama. Dalam satu keluarga saja penerimaan, pemahaman, dan pelaksanaan norma hukum adat Osing tidaklah sama, tergantung pada bagaimana hukum adat itu dikonstruksi, diterima, dipahami, dan dilaksanakan.⁶⁵ Konstruksi seseorang terhadap sebuah norma hukum berbeda-beda tergantung pada kategori manakah ia dikelompokkan. Hal ini tergantung pada, dari siapa ia menerima, kemampuannya menerima, menyeleksi/menyaring, memahami, dan menjalankan norma tersebut. Bahkan juga

⁶⁴ Op.Cit., Dominikus Rato, hlm. 88.

⁶⁵ Op.Cit., Dominikus Rato, hlm. 89.

bergantung pada kemauannya untuk menerima dan menjalankan norma hukum adat itu. Demikian pula orang Jawa, Madura, Timor, Kalimantan, dan sebagainya. Setiap tingkat pendidikan, lamanya seseorang itu tinggal bersama dengan anggota masyarakat hukum adat, lingkungan sosial-budaya, teman bergaul, intensitas interaksi dan sebagainya juga berpengaruh pada konteks orang. Ada banyak faktor yang mempengaruhi seseorang ketika ia mengkonstruksi sebuah norma hukum.

Subjek masyarakat hukum adat di Indonesia dapat dibagi atas dua golongan menurut dasar susunannya, yaitu yang berdasarkan pertalian suatu keturunan (genealogi) dan berdasar lingkungan daerah (teritorial).⁶⁶ Masyarakat hukum atau persekutuan hukum yang teritorial adalah masyarakat yang tetap dan teratur, yang anggotaanggota masyarakatnya terikat pada suatu daerah kediaman tertentu, baik dalam kaitan duniawi sebagai tempat kehidupan maupun dalam kaitan rohani sebagai tempat pemujaan terhadap roh-roh leluhur. Masyarakat atau persekutuan hukum.

Van Vollenhoven membagi lingkungan masyarakat hukum adat menjadi sekurang-kurangnya 19 (sembilan belas) daerah lingkungan hukum adat (*Adatrechtskringen*), pembagian itu meliputi 5 (lima) pulau besar di Indonesia dan pulau-pulau kecil lainnya, dengan pembagiannya adalah sebagai berikut⁶⁷ :

1. Aceh
2. Tanah Gayo-Alas dan Batak serta Nias
3. Minangkabau beserta Mentawai
4. Sumatra Selatan
5. Melayu (Sumatra Timur, Jambi dan Riau)
6. Bangka dan Belitung
7. Kalimantan
8. Minahasa- menado
9. Gorontalo

⁶⁶ Ibid.,

⁶⁷ Hilman Hadikusuma, Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia, cet-kedua, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm 5-6.

10. Toraja
11. Sulawesi Selatan
12. Kepulauan Ternate
13. Maluku, Ambon
14. Irian
15. Kepulauan Timor
16. Bali dan Lombok (beserta Sumbawa Besar)
17. Jawa Tengah dan Jawa Timur (beserta Madura)
18. Daerah – Daerah Swapraja (Surakarta dan Jogjakarta)
19. Jawa Barat.

Menurut fakta, kurang lebih 350 juta penduduk di dunia ini adalah masyarakat hukum adat. Sebagian besar hidup di daerah-daerah terpencil dan merupakan masyarakat yang termarjinalkan,⁶⁸ terdiri dari ± 5.000 masyarakat hukum adat yang menyebar mulai dari masyarakat hutan (*forest peoples*) di Amazon, hingga masyarakat suku (*tribal peoples*) di India dan merentang dari suku Inuit di Arktika, hingga masyarakat Aborigin di Australia. Pada umumnya masyarakat hukum adat menduduki dan mendiami wilayah yang sangat kaya mineral dan sumber daya alam lainnya.⁶⁹ Bahkan menurut *The World Conservation Union*, dari sekitar 6.000 kebudayaan di dunia, 4.000-5.000 diantaranya adalah masyarakat hukum adat, berarti sekitar 80 persen dari semua masyarakat budaya di dunia.⁷⁰

Berdasarkan data di Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM), terdapat 20.000 kelompok masyarakat hukum adat di Indonesia. Dari jumlah tersebut, yang baru terdata oleh Komnas HAM sebanyak 6.300 kelompok di wilayah Aceh, 700 kelompok di wilayah Sumatera dan 1.000 kelompok di wilayah Bali. Sementara itu menurut catatan Aliansi Masyarakat Adat Nasional (AMAN), dengan menggunakan kriteria masyarakat hukum adat maka terdapat sekitar 50 - 70 juta penduduk di

⁶⁸ Rafael Edy Bosko, 2006, Hak-Hak Masyarakat Adat Dalam Konteks Pengelolaan Sumber Daya Alam, ELSAM, Jakarta, hlm.9.

⁶⁹ IWGIA, 2008, Indigenous Issues, <http://www.iwgia.org/sw153.asp>.

⁷⁰ Rafael Edy Bosko, 2006, op.cit. hlm.2.

Indonesia yang dapat dikategorikan sebagai masyarakat hukum adat.

Subjek hukum adat ialah *rechtsgemeenschap* atau dalam Bahasa Indonesia ada yang menerjemahkannya dengan Persekutuan Hukum Adat dan ada pula yang menyebutnya Masyarakat Hukum Adat. Kedua istilah itu pada dasarnya sama, namun perlu dilihat latar belakang mengapa Van Vollenhoven menggunakan istilah '*rechtsgemeenschap*'? ada kemungkinan istilah ini dipinjam dari konsep biolog Jerman Ferdinand Tonnies yang membagi 2 kategori social yaitu *rechtsgemeenschap* (masyarakat patembayan) dan *gemeenschap* (masyarakat paguyuban). Dalam bukunya berjudul *Gemeinschaft und Gesellscahft* (tahun 1887) ia memisahkan dua dasar pengertian bentuk kehidupan manusia yang berbeda:⁷¹

1. *Gemeinschaft* (rasa keterikatan tradisional, misalnya masyarakat pedesaan) dengan *organisasi* (komunitas dengan tujuan rasional tidak seperti masyarakat di kota besar). *Gemeinschaft* yang ditandai dengan kepolosan, suatu yang wajar, solidaritas, keramah-tamahan, hubungan tetangga yang rukun secara tradisional dan desa tradisional.
2. *Gesellschaft* menurut Tonnies ialah aspek tanpa bentuk kepribadian, bersifat instrumental dan memang telah diciptakan dan ditunjukkan oleh kenyataan social, contoh masyarakat pasar atau perumahan yang sangat individualistis.

Van Vollenhoven dengan meminjam istilah *gemeenschaap* untuk menggambarkan karakter anggota masyarakat hukum adat di Indonesia ini yang penuh dengan rasa kekeluargaan (kekitaan, *togetherness*), musyawarah untuk mencapai mufakat, dan gotong royong, (*Jw. rumangsa melu handarbeni* = merasa ikut memiliki), dan toleransi satu sama lain. Demokrasi asli Indonesia yang berfungsi menjaga *kohesi social* (ikatan kekeluargaan) dan melestarikan komunitas itu. Oleh karena masyarakat yang demikian yang membuat, melaksanakan,

⁷¹ Op.Cit., Dominikus Rato, hlm. 90.

menjaga, dan merevisi norma-norma hukum, maka Van Vollenhoven memberinya status sebagai subjek hukum adat dan disebut *rechtsgemeenschap* (masyarakat hukum adat atau persekutuan hukum). Sebagai subjek hukum tentu masyarakat hukum adat memiliki hak dan kewajiban, dan berdasarkan hak-kewajiban itu mereka diberi tugas dan wewenang.

BAB IV

PERLINDUNGAN HUKUM BERDASARKAN NILAI-NILAI PANCASILA PADA TANAH ADAT

A. Perlindungan Hukum berdasarkan nilai-nilai Pancasila pada Tanah Adat.

Tujuan utama dibentuk negara Indonesia adalah untuk mensejahterakan rakyatnya dengan berlandaskan kepada Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Tujuan ini dilaksanakan melalui upaya penegakan hukum yang mampu memelihara ketertiban termasuk penyelesaian masalah-masalah hukum yang sesuai dengan rasa keadilan dalam masyarakat. Proses penegakan hukum merupakan implementasi dari jiwa yang terkandung dalam Pancasila. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan Pancasila sebagai cita hukum dan sumber tertib hukum dan sumber tertib hukum nasional Indonesia. Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum mengandung arti bahwa Pancasila sebagai cita hukum yang menjadi landasan atau pedoman dalam rangka penyusunan semua ketentuan hukum dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.⁷²

Pandangan hidup bangsa Indonesia harus tercermin pada kesatuan lima sila dalam Pancasila sebagai falsafah yang mendasari dan menjiwai penyusunan ketentuan hukum dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan peraturan hukum dibawahnya. Pancasila melandasi serta menjiwai pelaksanaan kenegaraan di Indonesia, termasuk kegiatan menentukan politik hukumnya, untuk itu penyusunan dan penerapan tata hukum di Indonesia berlandaskan pada Pancasila.⁷³

⁷² Marwah M. Diah, 2003, Restrukturisasi BUMN di Indonesia: Privatisasi atau Korporatisasi?, Literata Lintas Media, Jakarta, hlm. 133.

⁷³ Arief Sidharta, 2008, Filsafat Hukum Pancasila: Refleksi Dinamika Hukum Dalam Rangkaian Pemikiran Dalam Dekade Terakhir, Perum Percetakan Negara RI, Jakarta, hlm. 16.

Ketentuan hukum yang dibentuk pada akhirnya bertujuan menciptakan keadilan bagi masyarakatnya. Pandangan keadilan tersebut tertuju pada dasar negara Pancasila khususnya pada sila kelima yaitu “Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia”. Menurut Kahar Masyhur terdapat tiga hal penting tentang pengertian adil yaitu : 1. Adil adalah meletakkan sesuatu pada tempatnya, 2. Adil adalah menerima hak tanpa lebih dan memberikan orang lain tanpa kurang, dan 3. Adil adalah memberikan hak kepada setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih antara kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman yang jahat atau yang melanggar hukum sesuai dengan kesalahan atau pelanggarannya.⁷⁴

Pada perspektif perlindungan hukum berdasarkan Sila ke Lima Pancasila pada penguasaan tanah ulayat yakni pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi : “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”, prinsip hak menguasai oleh Negara demi kepentingan umum pada prinsipnya dapat memberikan rasa keadilan perlindungan yang nyata bagi masyarakat hukum adat atas tanah ulayat berdasarkan sila ke lima Pancasila yakni keadilan sosial.

Penguasaan tanah ulayat/tanah adat pada masyarakat hukum adat yang diamanahkan oleh pasal 2 ayat (4) UUPA yang salah satu rumusannya menyebutkan “pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada masyarakat hukum adat” , jika dilihat dari pasal tersebut secara prinsip tanah ulayat penguasaannya pada masyarakat hukum adat, namun terkandung pemerintah lebih mengartikan negara kapan saja dapat mencabut kuasa tersebut dengan alasan prinsip hak menguasai oleh Negara demi kepentingan umum, hal tersebut apakah dapat memberikan rasa keadilan yang nyata bagi masyarakat hukum adat atas tanah ulayat. Kepentingan umum yang dimaksud oleh Negara sejatinya adalah untuk

⁷⁴ Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlak, Kalam Mulia*, Jakarta, hlm.71.

kepentingan masyarakat, masyarakat dalam hal ini termasuk masyarakat hukum adat wajib mendapat perlindungan atas penguasaan tanah ulayat oleh masyarakat hukum adat.

Konsep yang demikian jika dihubungkan dengan sila kedua Pancasila yaitu Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab pada hakikatnya menghendaki hubungan yang serasi dan seimbang antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercapai hubungan yang adil dan beradab. Jika peradaban manusia tinggi maka keadilanpun akan lebih mantap.⁷⁵

Konsep negara hukum yang dikembangkan di Indonesia adalah konsep negara hukum Pancasila, yaitu konsep negara hukum yang didasarkan pada sistem hukum Pancasila. Pancasila dijadikan pokok dan sumber hukum dalam negara hukum Indonesia demikian halnya penyelenggaraan negara dan prosedur-prosedur ketatanegaraannya dilaksanakan berdasarkan Pancasila. Tujuan yang hendak dicapai bangsa Indonesia adalah terwujudnya masyarakat adil dan makmur baik spiritual maupun materiil berdasarkan Pancasila. Tujuan tersebut harus diraih oleh negara yang diselenggarakan berdasarkan Pancasila.

Mahfud MD⁷⁶ memberikan pendapat bahwa Pancasila sebagai pemandu Politik Hukum Nasional dalam berbagai bidang. Sila “Ketuhanan Yang Maha Esa” menjadi landasan politik hukum yang berbasis moral agama. Sila “Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab” menjadi landasan politik hukum yang menghargai dan melindungi hak-hak asasi manusia yang nondiskriminatif. Sila “Persatuan Indonesia” menjadi landasan politik hukum untuk mempersatukan seluruh unsur bangsa dengan berbagai ikatan primordialnya masing-masing. Sila “Kerakyatan Yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan/Perwakilan” menjadi landasan politik hukum yang meletakkan kekuasaan dibawah kekuasaan

⁷⁵ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1982, Renungan tentang Filsafat Hukum, Rajawali, Jakarta, hlm.83.

⁷⁶ Moh. Mahfud MD I, 2006, Op. Cit, hlm. 39.

rakyat (demokratis). Sila “Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia” menjadi landasan politik hukum dalam hidup bermasyarakat yang berkeadilan sosial sehingga mereka yang lemah secara sosial ekonomi tidak tertindas oleh mereka yang kuat secara sewenang-wenang.

Konsep negara hukum yang diterapkan di Indonesia baik pada saat berlakunya UUD 1945 pra amandemen maupun dalam UUD 1945 amandemen adalah konsep negara hukum yang mempunyai ciri khas Indonesia yang didasarkan pada nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, karena Pancasila merupakan dasar bagi kehidupan berbangsa dan bernegara sehingga negara hukum Indonesia disebut dengan negara hukum Pancasila. Falsafah Pancasila sangat meresap dalam kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia hingga sering dikatakan Indonesia negara Pancasila, asas kekeluargaan merupakan titik tolak kehidupan kemasyarakatan.⁷⁷ Negara hukum Pancasila adalah negara hukum yang berlandaskan pada nilai-nilai, identitas dan karakteristik Pancasila. Nilai-nilai yang menjadi landasan negara hukum Pancasila yaitu nilai-nilai yang terdapat pada sila-sila Pancasila. Sedangkan identitas dan karakteristik negara hukum Pancasila yaitu Ketuhanan, kekeluargaan, gotong royong dan kerukunan.

Menurut Yopi Gunawan dan Kristian,⁷⁸ negara hukum Pancasila dimaknai sebagai segala aktivitas kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara berdasarkan pada Pancasila sebagai jiwa bangsa Indonesia. Pancasila dijadikan roh sedangkan negara sebagai badannya. Jiwa dalam hal ini berbicara mengenai nilai-nilai yang diakui sebagai suatu kebenaran dan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat yang tercermin dalam Pancasila. Badan dalam hal ini berbicara mengenai sistem (sistem hukum). Nilai-nilai yang terdapat dalam Pancasila dimasukkan dalam sistem yang terintegrasi

⁷⁷ A. Mukthie Fadjar, 2005, *Tipe Negara Hukum*, Bayu Media, Cet. Kedua, Malang, hlm.86.

⁷⁸ Yopi Gunawan dan Kristian, 2015, *Perkembangan Konsep Negara Hukum dan Negara Hukum Pancasila*, Refika Aditama, Cet. Kesatu, Bandung, hlm. 94.

yakni sistem pemerintahan (meliputi semua bidang) yang dilakukan secara konsisten, penuh integritas dan berkelanjutan.

Gustav Radbruch menyatakan dalam menegakkan hukum harus memperhatikan tiga unsur yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan. Akan tetapi dalam praktik tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara proporsional ketiga unsur tersebut.⁷⁹ Implementasi di lapangan terkadang tidak mudah mensinergikan ketiganya (kepastian, keadilan, dan kemanfaatan), terutama kepastian hukum dan keadilan yang saling bertentangan. Pemahaman hakim terhadap kemajuan perkembangan zaman yang semakin pesat harus diimbangi dengan perkembangan ilmu pengetahuannya.

Keadilan menurut Plato, keadilan hanya ada didalam hukum yang dibuat oleh negara adalah satu-satunya sumber hukum, segala aspek kehidupan perorangan dibawah pengawasan hukum dan administrasi negara, keadilan adalah kebaikan dalam arti harmoni dan perimbangan. Keadilan perlu ada keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (harmony) antara kepentingan pribadi, kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat, termasuk didalamnya negara.⁸⁰

Prinsip persamaan kedudukan merupakan sebagai sebuah prinsip keadilan, ide persamaan kedudukan (equality) sebagai esensi keadilan, prinsip yang menyatakan bahwa segala sesuatu yang sama harus diperlakukan sama atau dengan kata lain bahwa segala sesuatu yang sama berhak mendapatkan yang sama.⁸¹

Keadilan berdasar pada kedaulatan hukum, kedaulatan hukum merupakan teori yang menentang teori kedaulatan negara dan teori kedaulatan rakyat. John Locke mengatakan bahwa setelah para pihak membuat kesepakatan, maka kesepakatan itu telah menjadi hukum, para pihak wajib tunduk

⁷⁹ Sudikno Mertokusumo, 1996, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 130

⁸⁰ Dominikus Rato, 2010, *Op.Cit*, hlm. 63-78.

⁸¹ Hans Kelsen, 1971, *General Theory of Law and State*, Russel New York, Diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, 2006, *Teori Hukum tentang Hukum dan Negara*, Nusamedia, Bandung, hlm 615.

dan taat pada hukum. Oleh karena para pihak tunduk dan taat pada hukum maka yang berdaulat adalah hukum. Negara maupun rakyat wajib tunduk dan taat pada hukum, karena hukum adalah hasil kesepakatan / *consensus*, jika salah satu pihak, negara maupun rakyat ingkar janji (wanprestasi) maka yang melanggar kesepakatan yang telah diperjanjikan harus dihukum.⁸²

Dalam konteks penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat dapat dipahami bahwa negara yakni pemerintah sebagai pengawas hukum dan menjalankan administrasi negara wajib menjalankan prinsip keadilan yang baik dalam arti harmoni dan perimbangan antara pemerintah dengan masyarakat dan atau masyarakat hukum adat, eksistensi penguasaan tanah ulayat pada masyarakat hukum adat haruslah harmoni dan berimbang, serta perlindungan negara terhadap tanah ulayat pada masyarakat hukum adat perlu ada keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (*harmony*) antara kepentingan pribadi, kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat, termasuk didalamnya Negara. Hakekat penguasaan tanah ulayat pada masyarakat hukum adat pada prinsipnya memberikan keadilan dalam arti harmoni perimbangan antara pemerintah dengan masyarakat hukum adat sesuai dengan sila ke lima Pancasila yang menyatakan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Bila dicermati hukum agraria nasional secara garis besar bertujuan, yakni :

1. Hukum Agraria Nasional berdasarkan Hukum Adat.
2. Hukum Agraria Nasional harus sederhana.
3. Hukum Agraria Nasional harus menjamin kepastian hukum bagi rakyat seluruh Indonesia.
4. Hukum Agraria Nasional tidak boleh mengabaikan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama.
5. Fungsi bumi, air dan kekayaan alam serta ruang angkasa harus sesuai dengan kepentingan rakyat Indonesia.

⁸² Dominikus Rato, Hukum Adat Kontemporer, Op.cit, hlm. 22.

6. Hukum Agraria Nasional harus mewujudkan penjelmaan dari Pancasila sebagai azas kerohanian Bangsa Indonesia.
7. Hukum agraria Nasional harus melaksanakan ketentuan pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang mewajibkan negara harus mengatur pemilikan, penggunaan dan peruntukan tanah sehingga dapat dicapai penggunaan tanah untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

UUPA memberikan kedudukan sebagai posisi dasar perlindungan hak ulayat di tanah air. Karena itu, dapat dilihat dari berlakunya hukum adat dalam kerangka UUPA sebagai kesatuan tidak terlepas dari UUPA itu sendiri. Dengan perkataan lain, pasal-pasal dalam UUPA merupakan kristalisasi dari asas hukum adat sehingga UUPA itulah penjelmaan hukum adat. Hukum adat yang dimaksudkan UUPA adalah hukum adat hukum aslinya golongan rakyat pribumi yang merupakan hukum yang hidup dalam bentuk tidak tertulis dan mengandung unsur-unsur nasional yang asli, yaitu sifat kemasyarakatan dan kekeluargaan yang berdasar keseimbangan serta diliputi oleh suasana keagamaan atau prinsip nasionalitas, Pro kepentingan negara, Pro kepentingan bangsa, Pro Pancasila tidak bertentangan dengan Undang-undang/peraturan perundangan yang lebih tinggi dan ditambah unsur agama.

Kepastian hukum penguasaan tanah ulayat pada masyarakat hukum adat dapat merujuk pada teori Van Apeldoorn yang menyatakan bahwa kepastian hukum dapat diartikan dari beberapa segi. Pertama, kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apa yang berlaku untuk masalah-masalah yang kongkret. Dengan dapat ditentukannya peraturan hukum untuk masalah-masalah yang kongkret, pihak-pihak yang berperkara sudah dapat mengetahui sejak awal ketentuan-ketentuan apakah yang akan digunakan dalam sengketa tersebut. Kedua, kepastian hukum berarti perlindungan hukum.

Keadilan berupa pemerian perlindungan hukum untuk rakyat yakni masyarakat hukum adat dalam hal ini rakyat yang terdiri atas berbagai golongan dan etnis dengan berbagai ragam agama, adat, dan kebiasaan masing-masing yang telah ada sejak sebelum terbentuknya NKRI, terlebih lagi yang telah terbentuk sebagai suatu kesatuan masyarakat hukum, tetap diakui dan dihormati eksistensi dan hak-hak tradisionalnya sebagai hak konstitusional, terutama setelah terjadinya perubahan UUD 1945. Hal tersebut termaktub dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan “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 konstitusional tersebut, terdapat satu hal penting dan fundamental dalam lalu-lintas hubungan hukum. Hal penting dan fundamental tersebut adalah masyarakat hukum adat tersebut secara konstitusional diakui dan dihormati sebagai penyandang hak yang dengan demikian tentunya dapat pula dibebani kewajiban. Dengan demikian masyarakat hukum adat adalah subjek hukum. Sebagai subjek hukum di dalam suatu masyarakat yang telah menegara maka masyarakat hukum adat haruslah mendapat perhatian sebagaimana subjek hukum yang lain ketika hukum hendak mengatur, terutama mengatur dalam rangka pengalokasian sumber-sumber kehidupan.

B. Butir Pancasila sebagai Prinsip Penguasaan Tanah Adat.

Sebutan tanah ulayat di dalam UUPA dan tanah ulayat yang bersifat komunal di dalam Peraturan Menteri ATR/BPN, memberi kerancuan atas eksistensi penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat. Sebutan ulayat sebagai konsep asli orang Minangkabau pada prinsipnya tidak bisa dibawa atau disamakan ke wilayah adat lain di Indonesia.

Jika konsep ulayat digunakan di Papua, orang Papua tidak mengenal sebutan ulayat. Di Bali namanya juga berbeda bukan tanah ulayat tapi disebut tanah *druwe* adat, di Banten disebut tanah *wewengkon*, daerah Jawa disebut tanah *bengkok*, daerah Kalimantan disebut tanah *panyampeto*, daerah Ambon disebut tanah *pertenunan*, daerah Sulawesi disebut tanah *limpo*, daerah Lombok disebut tanah *paer*, serta di daerah Papua disebut tanah *enai tapare*.⁸³

Sebutan ulayat sebagai konsep asli orang Minangkabau pada prinsipnya tidak bisa dibawa atau disamakan ke wilayah adat lain di Indonesia. Masyarakat hukum adat di Indonesia terdiri dari banyak suku adat yang dalam penyebutan tanahnya berbeda-beda.

Masyarakat hukum adat di Indonesia dapat dibagi atas dua golongan menurut dasar susunannya, yaitu yang berdasarkan pertalian suatu keturunan (genealogi) dan berdasar lingkungan daerah (teritorial).⁸⁴ Masyarakat hukum atau persekutuan hukum yang teritorial adalah masyarakat yang tetap dan teratur, yang anggota-anggota masyarakatnya terikat pada suatu daerah kediaman tertentu, baik dalam kaitan duniawi sebagai tempat kehidupan maupun dalam kaitan rohani sebagai tempat pemujaan terhadap roh-roh leluhur. Masyarakat atau persekutuan hukum.

Sebagai bahan perbandingan dahulu Van Vollenhoven membagi lingkungan masyarakat hukum adat menjadi sekurang-kurangnya 19 (sembilan belas) daerah lingkungan hukum adat (*Adatrechtskringen*), pembagian itu meliputi 5 (lima) pulau besar di Indonesia dan pulau-pulau kecil lainnya.⁸⁵ Namun pembagian lingkungan masyarakat hukum adat tersebut telah berkembang menjadi 366 suku bangsa, Indonesia dikenal sebagai negara yang memiliki tingkat keragaman yang

⁸³ Boedi Harsono, 1997, Hukum Agraria Indonesia. Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya. Jilid I Hukum Tanah Nasional. Jakarta: Djambatan, hlm.180.

⁸⁴ Ibid.,

⁸⁵ Hilman Hadikusuma, 2003, Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia, cet-
kedua, Mandar Maju, Bandung, hlm 5-6.

tinggi, baik dari dimensi budaya, etnik, agama, ras, dan golongan. Dilihat dari keragaman etnik di Indonesia terdapat 366 suku bangsa.⁸⁶ Artinya Masyarakat hukum adat di Indonesia terdiri dari banyak suku adat yang dalam penyebutan tanah wilayah adatnya berbeda-beda.

Hal yang tepat dalam penyebutan tanah masyarakat hukum adat yaitu tanah adat. Walaupun dalam UUPA dan Peraturan Menteri ATR/BPN tidak ada menyebutkan Tanah Adat, namun secara prinsip yang terkandung didalam nilai-nilai Pancasila sebutan tanah adat lebih tepat untuk menjangkau seluruh adat di nusantara Indonesia yang sifatnya heterogen serta mengedepankan pluralisme.

Tanah adat berdasarkan nilai-nilai Pancasila antara lain :

1. Pancasila ke-1 adalah “Ketuhanan Yang Maha Esa” dimana terkandung suatu nilai religius sebagai berikut :
 - a. Kepercayaan terhadap adanya Tuhan Yang Maha Esa sebagai suatu pencipta segala hal dimana sifat - sifat yang sempurna serta suci-Nya seperti Maha Kuasa, Maha Pengasih, Maha Adil, Maha Bijaksana, Maha Perkasa dan lainnya.
 - b. Ketakwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa, yaitu menjalankan semua perintah-NYA serta menjauhi larangan - larangannya. Dalam memanfaatkan semua potensi yang diberikan oleh Tuhan Yang Maha Pemurah kita sebagai manusia harus menyadari, jika setiap benda dan makhluk yang ada di sekeliling manusia ialah amanat Tuhan yang harus dijaga dengan sebaik - baiknya, harus dirawat supaya tidak rusak dan harus memperhatikan kepentingan orang lain serta makhluk Tuhan yang lainnya.

⁸⁶ Soleman Biasane Taneko, 1987, Hukum Adat Suatu Pengantar Awal dan Prediksi Masa Mendatang, Eresco, Bandung, hlm.24.

Dalam konteks tanah adat sejalan dengan nilai sila pertama yakni tanah adat yang bersifat religius-magis. Kepercayaan masyarakat hukum adat atas Tuhan dan leluhurnya berkaitan erat dengan tanah adatnya yang telah diwariskan secara turun temurun oleh leluhurnya.

2. Sila ke 2 adalah “Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab” dimana terkandung nilai - nilai perikemanusiaan yang harus diperhatikan serta diterapkan dalam kehidupan sehari - hari karena kita adalah makhluk sosial. Pada hal ini adalah sebagai berikut :
 - a. Pengakuan atas suatu harkat dan martabat manusia dengan segala hak serta kewajiban asasi yang dimiliki tiap orang.
 - b. Perlakuan yang adil terhadap sesama manusia, mulai dari diri sendiri, alam sekitar bahkan terhadap Tuhan utamanya.
 - c. Manusia merupakan makhluk beradab ataupun berbudaya yang mempunyai daya cipta, rasa, karsa serta keyakinan masing - masing yang telah dijelaskan sebelumnya.

Penguasaan tanah adat oleh masyarakat hukum adat merupakan pengakuan atas suatu harkat dan martabat manusia dengan segala hak serta kewajiban asasi yang dimiliki tiap orang berdasarkan Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab.

3. Sila ke-3 “Persatuan Indonesia” dimana terkandung nilai persatuan bangsa, artinya dalam hal - hal yang berkaitan dengan persatuan bangsa wajib diperhatikan aspek - aspek sebagai berikut :
 - a. Persatuan Indonesia merupakan persatuan bangsa dimana seseorang mendiami wilayah Indonesia serta wajib berpartisipasi membela dan menjunjung tinggi (patriotisme);

- b. Pengakuan terhadap kebhinneka tunggal ika an suku bangsa (etnis) dan kebudayaan bangsa lain (berbeda-beda tetapi satu jiwa) yang memberikan suatu arah didalam pembinaan atau pergerakan kesatuan bangsa;
- c. Cinta dan bangga akan bangsa dan Negara Indonesia (jiwa nasionalisme).

Sebutan tanah ulayat di dalam UUPA dan tanah ulayat yang bersifat komunal di dalam Peraturan Menteri ATR/BPN, memberi kerancuan atas eksistensi penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat. Sebutan ulayat sebagai konsep Minangkabau pada prinsipnya tidak bisa dibawa atau disamakan ke wilayah adat lain di Indonesia, maka berdasarkan nilai Persatuan Indonesia sebutan tanah adat dapat dimaknai sebagai sebutan tanah-tanah masyarakat hukum adat di Indonesia.

- 4. Sila ke-4 “Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan Perwakilan” dimana terkandung nilai – nilai kerakyatan. Pada hal ini terdapat beberapa hal yang harus dicermati, yaitu :
 - a. Kedaulatan negara berada di tangan rakyat, pimpinan kerakyatan merupakan hikmat kebijaksanaan yang dilandasi oleh akal sehat bahwa manusia di Indonesia sebagai warga negara serta warga masyarakat memiliki kedudukan, hak serta kewajiban yang sama;
 - b. Keputusan diambil berdasarkan musyawarah untuk mencapai mufakat dilaksanakan bersifat kekeluargaan. Mewujudkan, menumbuhkan, mengembangkan serta meningkatkan kesadaran akan tanggung jawab para pengambil keputusan didalam pengelolaan lingkungan hidup tersebut;
 - c. Mewujudkan, menumbuhkan, mengembangkan serta meningkatkan kesadaran akan hak serta tanggung jawab masyarakatnya didalam pengelolaan lingkungan hidup tersebut; Mewujudkan, menumbuhkan, mengembang-

kan serta meningkatkan kemitraan usaha. Tidak memaksakan kehendak orang lain

Tanah adat pada masyarakat hukum adat dipimpin oleh tokoh adat yang secara turun temurun berlaku aturan adat yang mengedepankan musyawarah mufakat. Keputusan diambil berdasarkan musyawarah untuk mencapai mufakat dilaksanakan bersifat kekeluargaan yang dipimpin oleh sesepuh tokoh adat. Mewujudkan, menumbuhkan, mengembangkan serta meningkatkan kesadaran akan tanggung jawab para pengambil keputusan didalam pengelolaan lingkungan adatnya yakni tanah adat.

5. Sila ke-5 yaitu “Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia” dimana terkandung nilai keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Pada hal ini perlu diperhatikan beberapa aspek berikut ini, antara lain :
 - a. Perlakuan yang adil di berbagai bidang kehidupan terutama pada bidang politik, ekonomi dan sosial budaya. Perwujudan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.
 - b. Keseimbangan antara hak dan kewajiban seseorang, serta menghormati hak milik orang lain.
 - c. Cita - cita masyarakat yang adil dan makmur serta merata material spiritual bagi seluruh rakyat Indonesia.

Sebutan tanah adat mencerminkan suatu asas keadilan, masyarakat hukum adat di Indonesia terdiri dari banyak suku adat yang dalam penyebutan tanahnya berbeda-beda. Maka sebutan ulayat yang berasal dari suatu suku adat tertentu tidak bisa dipaksakan penyebutannya atas dasar perintah suatu Undang-Undang yakni UUPA yang mengenal dengan sebutan Ulayat dan Peraturan Menteri ATR/BPN yang menyebutkan tanah ulayat yang bersifat komunal.

Sudikno mertokusumo menjelaskan bahwa tidak ada hukum atau undang-undang yang lengkap selengkap-lengkapinya atau jelas dengan sejelas-jelasnya, karena fungsi hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dengan mengatur seluruh kegiatan manusia, sedangkan kepentingan manusia tidak dihitung jumlah dan jenisnya serta terus menerus berkembang sepanjang masa.⁸⁷ Oleh karena itu untuk melengkapi peraturan perundang-undangan dengan menemukan hukum / penemuan hukum. Terkait sebutan tanah adat seyogyanya dapat disebutkan dalam suatu Undang-Undang yang baru atau setidaknya merevisi peraturan perundang undangan terkait agar terciptanya suatu sebutan yang konsisten dimasa depan yang menjangkau segala aspek kepentingan atas penyebutan tanah adat yang berbeda-beda di Indonesia.

Pada Hakekatnya penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat mempunyai nilai keadilan substantif, keadilan dalam arti harmoni perimbangan antara pemerintah dengan masyarakat hukum adat sesuai dengan sila ke lima Pancasila yang menyatakan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, dengan prinsip bahwa keberadaan penguasaan atas tanah ulayat dibuktikan masyarakat hukum adat yang menguasai tanah ulayat memiliki wilayah, identitas dan budaya, hakekatnya sebelum Negara Indonesia lahir tanah ulayat dan masyarakat hukum adat lebih dulu ada.

Hukum sebagai landasan, tidak bisa formal. Namun terarah pada rechtsidee yakni keadilan. Keadilan sebagai suatu cita seperti yang ditunjukkan oleh Aristoteles, "yang sama diperlakukan sama dan yang tidak sama dilakukan tidak sama". Untuk mengisi cita keadilan ini dengan isi yang kongkrit, kita harus menengok pada segi finalitasnya. Untuk melengkapi keadilan dan finalitas itu diperlukan kepastian.

⁸⁷ Sudikno Mertokusumo dalam Bambang Sutyoso, 2012, Metode Penemuan Hukum : Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan, UII Press, Cet. Keempat, Yogyakarta, hlm. 190.

Jadi bagi Radbruch, hukum memiliki 3 (tiga) aspek yakni keadilan, finalitas, dan kepastian.⁸⁸

Aspek keadilan menunjuk pada “kesamaan hak di depan hukum”. Aspek finalitas menunjuk pada tujuan keadilan, yaitu memajukan kebaikan dalam hidup manusia dan aspek ini menentukan isi hukum, sedangkan aspek kepastian menunjuk pada jaminan bahwa hukum (yang berisi keadilan dan norma-norma yang memajukan kebaikan), benar-benar berfungsi sebagai peraturan yang ditaati. Dapat dikatakan, dua aspek yang disebut pertama merupakan kerangka ideal dari hukum, sedangkan aspek ketiga (kepastian) merupakan kerangka operasional hukum.⁸⁹ Dalam penegakan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan guna mewujudkan hakikat dari fungsi dan tujuan itu sendiri yaitu Kepastian Hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeit*).

Van Apeldoorn mengatakan bahwa kepastian hukum dapat diartikan dari beberapa segi. Pertama, kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apayang berlaku untuk masalah-masalah yang kongkret. Dengan dapat ditentukannya peraturan hukum untuk masalah-masalah yang kongkret, pihak-pihak yang berperkara sudah dapat mengetahui sejak awal ketentuan-ketentuan apakah yang akan digunakan dalam sengketa tersebut. Kedua, kepastian hukum berarti perlindungan hukum. Dalam hal ini para pihak bersengketa dapat dihindarkan dari kesewenangan penghakiman. Ini berarti adanya kepastian hukum juga membatasi pihak-pihak yang mempunyai kewenangan yang berhubungan dengan kehidupan seseorang, yaitu hakim dan pembuat peraturan.

Hukum termasuk putusan pengadilan idealnya mampu secara simultan merefleksikan nilai dasar kepastian (validitas *juridis*), nilai dasar kemanfaatan (validitas *sosiologis*), serta nilai dasar keadilan (validitas *filosofis*). Berkepastian,

⁸⁸ Bernard L. Tanya, dkk, 2013, *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 117.

⁸⁹ *Ibid*, hlm. 118.

bermanfaat, sekaligus berkeadilan. Meskipun dalam praktiknya untuk mewujudkan ketiganya secara integral dan simultan tidaklah mudah. Lebih mudah menteorikan ketimbang menerapkannya dalam praktik kenyataan. Sebagaimana hal tersebut telah diakui oleh Gustav Radbruch, bahwa diantara ketiga nilai dasar dan validitas tersebut secara instrinsik terkandung antinomi.⁹⁰ John Rawls menyebutkan bahwa keadilan diperlukan ada keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (harmony) antara kepentingan pribadi dengan kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat, termasuk di dalamnya negara.⁹¹

Untuk menelaah lebih jelas tentang pengertian keadilan perlu kiranya dirujuk pandangan hukum alam klasik yang diajarkan oleh Thomas Aquinas. Dengan mengikuti pandangan Aristoteles, Thomas Aquinas mengemukakan dua macam keadilan, yaitu keadilan distributive (*iustitia distributiva*) dan keadilan komutatif (*iustitia commutativa*). Dua macam keadilan ini merupakan varian-varian persamaan, tetapi bukan persamaan itu sendiri. Bentuk keadilan pertama, yaitu keadilan distributif merujuk kepada adanya persamaan diantara manusia didasarkan atas prinsip proporsionalitas. Gustav Radbruch mengemukakan bahwa pada keadilan distributif terdapat hubungan yang bersifat superordinasi dan sub ordinasi artinya antara yang mempunyai wewenang untuk membagi dan yang mendapat bagian.⁹²

Akhirnya Radbruch menyatakan bahwa keadilan distributif hanya bersangkut paut dengan hubungan diantara manusia bukan jenis perlakuan terhadap manusia yang berbeda sehingga keadilan distributif tidak bersangkut paut dengan pidanaaan. Bentuk kedua keadilan yaitu keadilan

⁹⁰ Gustav Radbruch, dalam Basuki Rekso Wibowo, 2011, *Pembaharuan Hukum Yang Berwajah Keadilan*, Artikel, *Varia Peradilan Tahun XXVII Nomor 313*, Desember 2011, hlm. 8.

⁹¹ Op, Cit., Dominikus Rato, hlm. 78.

⁹² Kurt Wilk, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Crambridge: Harvard University Press, 1950, (dalam Peter Mahmud Marzuki, 2013 *Pengantar Ilmu Hukum*, Edisi Revisi, Penerbit Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm 74.

komutatif, terdapat pada hubungan yang bersifat koordinatif diantara para pihak. Untuk melihat bekerjanya keadilan ini diperlukan adanya dua pihak yang mempunyai kedudukan yang sama. Thomas Aquinas mengungkapkan bahwa dalam hubungan antara dua orang yang bersifat koordinatif tersebut, persamaan diartikan sebagai ekuivalensi, harmoni, dan keseimbangan.⁹³

Menurut Aristoteles,⁹⁴ hakekat keadilan terletak pada penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan. Terdapat dua pihak yang terlibat yaitu yang memperlakukan dan yang diperlakukan. Keadilan yang dikemukakan oleh Aristoteles didasarkan pada prinsip "persamaan atau equality". Menurut teori ini bahwa keadilan atau justice yang merupakan tujuan hukum diartikan sebagai sikap yang tidak memihak atau impartiality yang pada akhirnya melahirkan ide persamaan (equality) atau persamaan dalam perlakuan (equality of treatment). Setiap subyek hukum yang berproses hukum dan proses di pengadilan memperoleh perlakuan yang sama atau tidak memihak. Dalam hal ini keadilan diartikan sebagai ketidakberpihakan atau impartiality.

Pada perspektif butir Pancasila sila ke lima sebagai prinsip penguasaan tanah adat, dalam hal ini dijelaskan sila kelima pada Pancasila yakni Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Terdiri dari sebelas (11) nilai butir Pancasila yaitu:

1. Mengembangkan perbuatan yang luhur, mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan kegotongroyongan.
2. Mengembangkan sikap adil pada sesama.
3. Menjaga keseimbangan antara hak serta kewajiban.
4. Menghormati hak-hak orang lain.
5. Memberi pertolongan pada orang lain untuk dapat berdiri sendiri.

⁹³ P. van Dijk, dalam Peter Mahmud Marzuki I, 2013, ibid hlm. 133,

⁹⁴ Esmi Warasih, 2005, Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologi, Suryandaru Utama, Semarang, hlm. 24.

6. Tidak menggunakan suatu hak milik untuk usaha bersifat pemerasan pada orang lain.
7. Tidak menggunakan suatu hak milik untuk hal-hal bersifat pemborosan hidup mewah.
8. Tidak menggunakan suatu hak milik untuk bertentangan dengan suatu kepentingan umum.
9. Bekerja keras giat bekerja.
10. Menghargai suatu karya orang lain yang memiliki manfaat untuk kemajuan serta kesejahteraan bersama.
11. Melakukan suatu kegiatan dalam rangka untuk mewujudkan kemajuan merata serta berkeadilan yang sosial.

Dari kesebelas butir pancasila pada sila kelima tersebut, yang dapat dipakai sebagai dasar keadilan untuk masyarakat hukum adat pada penguasaan tanah ulayat yaitu butir ke dua (2) Mengembangkan sikap adil pada sesama, butir ke empat (4) Menghormati hak-hak orang lain, dan butir ke sebelas (11) melakukan suatu kegiatan dalam rangka untuk mewujudkan kemajuan merata serta berkeadilan yang sosial.

Bahwa dalam konsep kepastian hukum oleh Soedikno Mertokusumo disebutkan, bahwa kepastian hukum merupakan perlindungan hukum terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang dihadapkan dalam keadaan tertentu.⁹⁵ Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum. ⁹⁶Menurut Gustav Radbruch, kepastian hukum (*rechtmatigheid*) merupakan asas yang ditinjau dari sudut yuridis, dalam konteks tanah ulayat kepastian hukum secara yuridis untuk memperoleh tanda bukti hak atas tanah ulayat dengan cara melakukan pendaftaran tanah sebagaimana diatur dalam Pasal 19 UUPA Ayat (1) yakni untuk menjamin kepastian hukum, oleh pemerintah diadakan pendaftaran tanah di seluruh wilayah

⁹⁵Sudikno Mertokusumo, 2002, Mengenal Hukum (Suatu Pengantar), Cetakan Ketiga, Liberty, Yogyakarta, hlm.19.

⁹⁶ Dominikus Rato, 2010, Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, hlm.59.

Republik Indonesia menurut ketentuan-ketentuan yang diatur dengan Peraturan Pemerintah. Peraturan pemerintah yang dimaksud yakni UUPA turunannya pada Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang pendaftaran tanah.

Terkait pada kepastian hukum pada hak ulayat/tanah adat tercantum pada ketentuan Peraturan Bersama Menteri Dalam Negeri, Menteri Kehutanan, Menteri Pekerjaan Umum, dan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 79 Tahun 2014, Nomor PB.3/Menhut-11/2014, Nomor 17/PRT/M/2014, Nomor 8/SKB/X/2014 tentang Tata Cara Penyelesaian Penguasaan Tanah Yang Berada di Dalam Kawasan Hutan, dalam Pasal 1 angka 13, Hak ulayat dan yang serupa itu dari masyarakat hukum adat, yang selanjutnya disebut hak ulayat adalah kewenangan yang menurut hukum adat dipunyai oleh masyarakat hukum adat.

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.⁹⁷

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran yuridis-dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivis di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan.⁹⁸ Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum

⁹⁷ Riduan Syahrani, 1999, Rangkuman Intisari Ilmu Hukum, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.23.

⁹⁸ Achmad Ali, 2012, Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis), Penerbit Gunung Agung, Jakarta, hlm.82.

tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.⁹⁹

Kepastian hukum dalam konstitusi tertuang pada UUD NRI 1945 pasal 18 huruf B ayat 2 menyatakan : 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.

Menurut rumusan pasal 18 huruf B ayat 2 UUD NRI 1945 tersebut maka:

1. Konstitusi menjamin kesatuan masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya ;
2. Jaminan konstitusi sepanjang hukum adat itu masih hidup;
3. Sesuai dengan perkembangan masyarakat;
4. Sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan
5. Diatur dalam undang-undang.¹⁰⁰

Pasal 18 huruf B ayat 2 UUD NRI 1945 tersebut memberikan jaminan kepastian hukum pada pengakuan dan penghormatan hukum adat bila memenuhi syarat realitas, yaitu hukum adat masih hidup dan sesuai perkembangan masyarakat dan syarat Idealitas, yaitu sesuai dengan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, dan keberlakuan diatur dalam undang-undang. Untuk mendapat kepastian hukum pada urusan menyangkut hak atas tanah, seharusnya diatur lebih lanjut di dalam undang-undang. Hal ini kalau dihubungkan dengan hak atas tanah yang terdapat di dalam Pasal 16 ayat (1) huruf h bahwa hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut diatas yang akan ditetapkan dengan undang-undang serta hak-hak yang sifatnya sementara sebagai yang disebutkan dalam Pasal 53 UUPA.

⁹⁹ Ibid., hlm.82-83.

¹⁰⁰ Dominikus Rato, 2015, Hukum Adat Kontemporer, Laksbang Justitia, Surabaya, hlm. 92.

Berdasarkan hal tersebut diatas maka pengaturan menyangkut hak ulayat sebagai yang disiratkan dalam UUPA dan penjelasannya harus setingkat undang-undang. Jika tidak ditentukan dalam bentuk perundang-undangan maka akan menimbulkan polarisasi konflik yang berkepanjangan dalam penerapan atau pelaksanaan UUPA.

Menurut Plato keadilan merupakan suatu hal yang ada didalam hukum yang dibuat oleh negara adalah satu-satunya sumber hukum, segala aspek kehidupan perorangan dibawah pengawasan hukum dan administrasi negara, keadilan adalah kebaikan dalam arti harmoni dan perimbangan. Keadilan perlu ada keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (harmony) antara kepentingan pribadi, kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat, termasuk didalamnya negara.¹⁰¹

Prinsip persamaan kedudukan merupakan sebagai sebuah prinsip keadilan, ide persamaan kedudukan (*equality*) sebagai esensi keadilan, prinsip yang menyatakan bahwa segala sesuatu yang sama harus diperlakukan sama atau dengan kata lain bahwa segala sesuatu yang sama berhak mendapatkan yang sama.¹⁰² Persamaan kedudukan merupakan suatu dasar dari keadilan dimana perlu adanya suatu keseimbangan antara kepentingan pribadi, kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat.

Keadilan berdasar pada kedaulatan hukum, keadulatan hukum merupakan teori yang menentang teori kedaulatan negara dan teori kedaulatan rakyat. Bahwa setelah para pihak membuat kesepakatan, maka kesepakatan itu telah menjadi hukum, para pihak wajib tunduk dan taat pada hukum. Oleh karena para pihak tunduk dan taat pada hukum maka yang berdaulat adalah hukum. Negara maupun rakyat wajib tunduk dan taat pada hukum, karena hukum adalah hasil kesepakatan/*consensus*, jika salah satu pihak, negara maupun

¹⁰¹ Dominikus Rato,2010,Loc.Cit , hlm. 63-78.

¹⁰² Hans Kelsen,1971, General Theory of Law and State, Russel New York, Diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien , 2006, Teori Hukum tentang Hukum dan Negara,Nusamedia, Bandung, hlm 615.

rakyat ingkar janji (*wanprestasi*) maka yang melanggar kesepakatan yang telah diperjanjikan harus dihukum.¹⁰³

Dalam konteks penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat dapat dipahami bahwa negara yakni pemerintah sebagai pengawas hukum dan menjalankan administrasi negara wajib menjalankan prinsip keadilan yang baik dalam arti harmoni dan perimbangan antara pemerintah dengan masyarakat dan atau masyarakat hukum adat.

Eksistensi penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat haruslah harmoni dan berimbang, serta perlindungan negara terhadap tanah ulayat pada masyarakat hukum adat perlu ada keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (*harmony*) antara kepentingan pribadi, kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat (Masyarakat Hukum Adat), termasuk didalamnya Negara).

UUPA memberikan kedudukan pada masyarakat hukum adat sebagai posisi dasar perlindungan hak ulayat/tanah adat di tanah air. Karena itu, dapat dilihat dari berlakunya hukum adat dalam kerangka UUPA sebagai kesatuan tidak terlepas dari UUPA itu sendiri. Dengan perkataan lain, pasal-pasal dalam UUPA merupakan kristalisasi dari asas hukum adat sehingga UUPA itulah penjelmaan hukum adat. Hukum adat yang dimaksudkan UUPA adalah hukum adat hukum aslinya golongan rakyat pribumi yang merupakan hukum yang hidup dalam bentuk tidak tertulis dan mengandung unsur-unsur nasional yang asli, yaitu sifat kemasyarakatan dan kekeluargaan yang berdasarakan keseimbangan serta diliputi oleh suasana keagamaan atau prinsip nasionalitas, Pro kepentingan negara, Pro kepentingan bangsa, Pro Pancasila tidak bertentangan dengan Undang-undang/peraturan perundangan yang lebih tinggi dan ditambah unsur agama.

¹⁰³ Dominikus Rato, 2015, Hukum Adat Kontemporer, Lo.cit, hlm. 22.

BAB V

PENGATURAN KEDEPAN DALAM MEMBERIKAN PERLINDUNGAN HUKUM PADA TANAH ADAT DALAM PERSPEKTIF *IUS CONSTITUENDUM*

A. *Ius constitutum* dan *Ius constituendum*.

Ius constitutum dan *Ius constituendum* adalah dua istilah hukum yang mempunyai arti berbeda, tidak ada persamaan. Sebagaimana yang dijelaskan singkat dalam artikel Hak Hidup dalam Konstitusi Masih Berupa *Ius Constituendum*, dalam ilmu hukum dikenal dua jenis hukum. Pertama, *Ius constitutum* yang artinya hukum yang berlaku saat ini atau hukum yang telah ditetapkan. Sedangkan kebalikannya, *Ius constituendum* yang berarti hukum yang dicita-citakan atau yang diangan-angankan.

Sudikno Mertokusumo dalam bukunya *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar* menjelaskan bahwa berdasarkan kriterium waktu berlakunya, hukum dibagi menjadi:¹⁰⁴

1. *Ius Constitutum*

Yaitu hukum yang berlaku di masa sekarang.

Dalam *Glossarium* di buku yang sama, Sudikno menambahkan bahwa *Ius constitutum* adalah hukum yang telah ditetapkan.¹⁰⁵

2. *Ius Constituendum*

Yaitu hukum yang dicita-citakan (masa mendatang).

Kemudian dalam *Glossarium* disebutkan bahwa *Ius constituendum* adalah hukum yang masih harus ditetapkan; hukum yang akan datang.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Sudikno Mertokusumo, 2006, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 25.

¹⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 120.

¹⁰⁶ *Ibid.*,

Menurut Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka dijelaskan bahwa:¹⁰⁷

1. *Ius constitutum* merupakan hukum yang dibentuk dan berlaku dalam suatu masyarakat negara pada suatu saat. *Ius constitutum* adalah hukum positif.
2. *Ius constituendum* adalah hukum yang dicita-citakan dalam pergaulan hidup negara, tetapi belum dibentuk menjadi undang-undang atau ketentuan lain.

Pembedaan antara *ius consitutum* dengan *ius constituendum* diletakkan pada faktor waktu, yaitu masa kini dan masa mendatang. Dalam hal ini, hukum diartikan sebagai tata hukum yang diidentikkan dengan istilah hukum positif. Kecenderungan pengertian tersebut sangat kuat, oleh karena kalangan tertentu berpendapat bahwa "Setelah diundangkan maka *ius consituendum* menjadi *ius constitutum*".¹⁰⁸ Dengan demikian, *ius constitutum* kini, pada masa lampau merupakan *ius constituendum*. Apabila *ius constitutum* kini mempunyai kekuatan hukum, maka *ius constituendum* mempunyai nilai sejarah.¹⁰⁹

Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka juga menjelaskan bahwa *Ius Constituendum* berubah menjadi *ius constitutum* dengan cara:¹¹⁰

1. Digantinya suatu undang-undang dengan undang-undang yang baru (undang-undang yang baru pada mulanya merupakan rancangan *ius constituendum*).
2. Perubahan undang-undang yang ada dengan cara memasukkan unsur-unsur baru (unsur-unsur baru pada mulanya berupa *ius constituendum*).
3. Penafsiran peraturan perundang-undangan. Penafsiran yang ada kini mungkin tidak sama dengan penafsiran pada

¹⁰⁷ Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, 1994, *Aneka Cara Pembedaan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 5.

¹⁰⁸ *Ibid.*, hlm.6.

¹⁰⁹ *Ibid.*, hlm.7.

¹¹⁰ *Ibid.*,

masa lampau. Penafsiran pada masa kini, dahulu merupakan *ius constituendum*.

4. Perkembangan doktrin atau pendapat sarjana hukum terkemuka di bidang teori hukum.

Dengan demikian, perbedaan antara *ius constitutum* dengan *ius constituendum* merupakan suatu abstraksi fakta bahwa sesungguhnya segala sesuatu merupakan proses perkembangan. Artinya, suatu gejala yang ada sekarang akan hilang pada masa mendatang oleh karena diganti oleh gejala yang semula dicita-citakan.¹¹¹

1. *Ius constitutum*

Ius constitutum dalam konteks hukum dan perubahan kehidupan masyarakat, dalam hal ini hukum merupakan sarana yang kuat, karena hukum merupakan sarana yang dapat memaksakan keputusannya dengan *eksternal power*. Oleh karena itu, hukum sebagai instrumen perubahan masyarakat bila digunakan dengan tepat akan merupakan instrumen yang berguna, tetapi bila digunakan dengan salah hukum akan menjadi instrumen yang berbahaya bagi kehidupan masyarakat.

Peran hukum dalam merubah masyarakat dapat dilakukan secara langsung, dan dapat pula secara tidak langsung, dalam hal demikian hukum menetapkan langsung hubungan hukum yang berlaku dalam masyarakat. Peran hukum dalam merubah masyarakat yang tidak langsung misalnya, penetapan hukum tentang pendirian suatu gedung sekolah di suatu tempat. Penetapan hukum demikian akan menimbulkan keharusan wajib belajar bagi anak-anak usia sekolah di wilayah tersebut. Kenyataan dalam praktik menunjukkan bahwa hukum dapat mengubah kehidupan masyarakat.

¹¹¹ Ibid.,

2. *Ius constituendum*

Ius constituendum adalah hukum yang dicita-citakan oleh pergaulan hidup dan Negara, tetapi belum merupakan kaidah dalam bentuk undang-undang atau berbagai ketentuan lain. *Ius Constituendum* juga bisa diartikan hukum yang diharapkan berlaku pada waktu yang akan datang. Secara harfiah *ius constituendum* adalah hukum yang seharusnya berlaku, yang meliputi dua pengertian, yakni apa dan bagaimana hukum yang harus ditetapkan serta apa dan bagaimana penetapan hukum itu.

Bentuk bentuk *Ius Constituendum*, Kebanyakan ketentuan hukum itu dirumuskan dalam bentuk kalimat berita, kalimat bersyarat (hipotesis), kalimat mengharuskan, dan kalimat larangan, seperti :

- a. Bahasa sehari-hari dan bahasa hukum. Seharusnya bahasa yang digunakan dalam kehidupan hukum bahasa sehari-hari, yakni bahasa yang digunakan masyarakat tempat berlakunya hukum tersebut. Namun kenyataannya dalam pembentukan hukum para ahli sering menggunakan bahasa khusus, katakanlah bahasa hukum sesuai kekhususan hukum yang bersangkutan.
- b. Peraturan dan ketetapan. Ketentuan hukum yang berlaku umum lazim disebut peraturan, dan ketentuan hukum yang berlaku khusus lazim disebut ketetapan.
- c. Proses penetapan ketentuan hukum. Proses pembentukan hukum yang berlaku dalam kehidupan masyarakat pada prinsipnya ada dua macam, yaitu perundang-undangan dan kebiasaan.

Sahnya *Ius Constituendum*, hukum yang seharusnya berlaku ditetapkan dalam proses politik hukum haruslah merupakan hukum yang sah, yang berarti berlaku menurut hukum (*rechtsgelding*). Agar suatu ketentuan hukum itu merupakan hukum atas ketentuan hukum yang sah, harus memenuhi beberapa syarat:

- a. ditetapkan oleh alat pemerintahan yang berwenang
- b. penetapan hukum atau ketentuan hukum itu tanpa cacat kehendak
- c. bentuk penetapan hukum atau ketentuan hukum itu sesuai dengan bentuk yang ditetapkan peraturan yang menjadi dasar penetapan hukum.
- d. isi dan tujuan penetapan hukum atau ketentuan hukum itu sesuai dengan isi dan tujuan yang ditetapkan peraturan yang menjadi dasar penetapan hukum tersebut.

3. Proses Perubahan *Ius Constitutum* menjadi *Ius Constituendum*.

Ius constitutum dapat menjadi *Ius constituendum* dengan beberapa proses yang dilakukan, yaitu :¹¹²

a. Unsur-unsur *Ius Constituendum*

Ius constitutum suatu ketentuan hukum, ketentuan hukum itu memiliki beberapa unsur di dalamnya. *Ius constitutum* secara harfiah memang berarti hukum yang telah ditetapkan. Namun dalam proses politik hukum *Ius constitutum* itu diartikan juga ketentuan hukum yang belum ditetapkan atau ketentuan hukum yang belum ada. Contohnya pada tanggal 17 Agustus 1945 yang merupakan *Ius constitutum* adalah pasal 1 ayat 1 *Indische staatsregeling* yang menetapkan bahwa “pelaksanaan pemerintahan hindia belanda dilakukan oleh gubernur jenderal atas nama raja, dilakukan sesuai dengan ketentuan IS ini dan dengan memperhatikan petunjuk raja. Dalam ketentuan tersebut mengandung unsur-unsur:

- 1) pelaksanaan pemerintahan umum hindia belanda dilakukan oleh gubernur jenderal.
- 2) gubernur jenderal dalam melaksanakan tugasnya dilakukan atas nama raja.

¹¹² Asrori Ibnu Ridlo, 2014, Perubahan *Ius Constitutum* menjadi *Ius Constituendum*, E-Jurnal, Jawa Timur, hlm.5.

- 3) gubernur jenderal dalam melaksanakan tugasnya harus berdasarkan pada ketentuan IS dan petunjuk raja.
- b. Unsur-unsur perubahan kehidupan masyarakat
- Perubahan kehidupan masyarakat yang terjadi pada tanggal 17 Agustus 1945 mengandung unsur:
- 1) proklamasi kemerdekaan adanya pernyataan melepaskan diri dari kekuasaan negara lain.
 - 2) dengan melepaskan diri dari penjajahan bangsa lain, bangsa Indonesia menetapkan mengambil kekuasaan atas dirinya di tangannya sendiri.
 - 3) bangsa Indonesia berubah dari bangsa terjajah menjadi bangsa merdeka.

- c. Membandingkan unsur-unsur *Ius Constitutum* dengan unsur-unsur perubahan masyarakat.

Ius constitutum pada saat Indonesia merdeka adalah pasal 1 ayat 1 IS, yang diatur oleh raja Belanda, sedangkan perubahan kehidupan masyarakat yang terjadi waktu itu dengan adanya proklamasi kemerdekaan telah menegaskan bahwa Indonesia tidak lagi dijajah dan sudah memegang sendiri kedaulatannya.

Pelaksanaan pemerintahan umum Hindia Belanda, yang telah berubah menjadi Indonesia, oleh gubernur jenderal, yang melakukan pemerintahan atas nama raja Belanda tidaklah sesuai dengan kemerdekaan bangsa Indonesia, yang telah melepaskan diri dari kekuasaan bangsa asing.

- d. Pelaku proses politik hukum

Pelaku proses politik hukum adalah alat pemerintahan dalam arti luas, yakni alat pemerintahan dalam bidang legislatif, alat pemerintahan dalam bidang yudikatif.

Titik tolak pembedaan antara *ius constitutum* dan *ius constituendum* diletakkan pada faktor ruang waktu, yaitu masa kini dan masa mendatang. Dalam hal ini,

hukum diartikan sebagai tata hukum yang diidentikkan dengan istilah hukum positif. Kecenderungan pengertian tersebut sangat kuat, oleh karena kalangan tertentu berpendapat bahwa setelah diundangkan maka *ius constituendum* menjadi *ius constitutum*.

Pengaturan hukum dalam perspektif *ius constituendum* (yang dicita-citakan) merupakan hakekat hukum itu sendiri. Hakekat hukum itu sendiri dapat dijelaskan dengan cara memberikan suatu definisi tentang hukum¹¹³. Sampai saat ini para ahli hukum sendiri pun masih mencari tentang apa definisi dari hukum. Membuat definisi hukum tidaklah mudah sehingga tidak mungkin orang dapat membuat definisi secara memuaskan. Sukarnya membuat definisi ini terbukti dari sejak jaman Romawi hingga sekarang tidak ada keseragaman di antara para sarjana atau ahli hukum mengenai definisi hukum.

Metode pendefinisian hukum itu sendiri menurut G.W. Paton dapat memilih salah satu dari lima kemungkinan, yaitu¹¹⁴ :

1. Sesuai sifat-sifatnya yang mendasar, logis, religius, ataupun etis.
2. Menurut sumbernya, yaitu kebiasaan, preseden, atau undang-undang.
3. Menurut efeknya di dalam kehidupan masyarakat.
4. Menurut metode pernyataan formalnya atau pelaksanaan otoritasnya.
5. Menurut tujuan yang ingin dicapainya.

¹¹³ J.J.H. Bruggink, 1999, *Refleksi Tentang Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 71.

¹¹⁴ Achmad Ali, 2009, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Jakarta, Kencana, hlm. 42-43.

Teori-teori Hakekat hukum dapat dijelaskan sebagai berikut:

1. Teori imperative (hukum merupakan perintah).

Teori imperative artinya mencari hakekat hukum. Keberadaan hukum di alam semesta adalah sebagai perintah Tuhan dan Perintah penguasa yang berdaulat. Pada teori hakekat imperatif ini terdapat 2 teori besar didalamnya yaitu¹¹⁵ :

a. Teori Hukum Alam - Thomas Aquinas (1225 - 1274)

Teori hukum alam dengan tokohnya Thomas Aquinas dikenal pendapatnya membagi hukum (*lex*) dalam skema, yaitu : Hakekat Hukum menurut Aquinas, harus dibangun dalam struktur yang berpuncak kepada kehendak Tuhan. Maka konfigurasi tata hukum dimulai dari:

- 1) *lex aeterna* atau hukum dan kehendak Tuhan,
- 2) *lex naturalis* atau hukum alam,
- 3) *lex divina* atau hukum Tuhan dalam kitab suci, dan
- 4) *lex humane* atau hukum buatan manusia yang sesuai dengan hukum alam.

Pengklasifikasiannya yaitu *lex aeterna* dan *lex divina* itu berasal dari wahyu Tuhan sedangkan *lex naturalis* dan *lex humane* itu berasal dari akal manusia (ciptaan rasional). Jadi, bersumber pada *lex naturalis*, hukum dalam perundang-undangan itu harus: rasional, ditujukan bagi kebaikan umum, dibuat oleh nalar semua orang, dan perlu dipublikasikan kepada orang banyak.

b. Teori John Austin (1790-1859) - *Analytical Jurisprudence*

Aliran positivisme hukum Jhon Austin beranggapan bahwa hukum berisi perintah, kewajiban, kedaulatan dan sanksi. Dalam teorinya yang dikenal dengan nama "*analytical jurisprudence*" atau teori hukum yang analitis bahwa dikenal ada 2 (dua) bentuk hukum

¹¹⁵ Ibid, hlm 53.

yaitu *positive law* (undang-undang) dan *morality* (hukum kebiasaan). John Austin dengan *analytical legal positivism*-nya memberikan ajaran positivisme yuridis bahwa hakekat hukum merupakan perintah-perintah dalam bentuk peraturan-peraturan formal dari penguasa yang sah suatu negara dan keberlakuannya dipaksakan. Kalau tidak, maka dijatuhi sanksi. Sehingga unsur-unsur hukum menurut Austin antara lain¹¹⁶:

- 1) penguasa;
- 2) perintah;
- 3) kewajiban; dan
- 4) sanksi.

2. Teori Indikatif (Kenyataan sosial yang mendalam).

Teori indikatif bisa disebut juga teori yang mempelajari hakekat hukum dalam kenyataan sosial. Pada teori hakekat Indikatif ini terdapat 2 (dua) teori besar didalamnya yaitu¹¹⁷ :

a. Teori Friedrich Carl von Savigny - Mazhab Sejarah (1770-1861)

Von Savigny dengan madzhab sejarahnya terdapat relasi antara hukum dengan watak bangsa yang merupakan cerminan dari *volkgeist* atau jiwa bangsa. Maka hukum adat yang tumbuh dan berkembang dalam *volkgeist* harus dipandang sebagai hukum kehidupan yang sejati. Persoalan utama dalam hukum adalah menemukan asas dan doktrin dalam nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang mengikuti evolusi *volkgeist*. Lalu posisi ilmuwan hukum berada di depan pembuat undang-undang.

b. Teori Roscoe Pound - *Sociological Jurisprudence* (1912)

Aliran *sociological jurisprudence* dengan tokohnya Eugen Eurlich dan Roscoe Pound dengan konsepnya

¹¹⁶ J.J.H. Bruggink, Op.Cit, hlm 76.

¹¹⁷ Ibid, hlm 83.

bahwa “hukum yang dibuat agar memperhatikan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) baik tertulis maupun tidak tertulis”. Roscoe Pound menyatakan bahwa terdapat hubungan timbal balik (fungsional) antara hukum dengan masyarakat. Artinya hukum yang baik menurut Pound adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat atau populernya *the living law* yang digagas oleh Eugen Erlich. Untuk mempraktikkannya, maka dilakukan langkah yang progresif, yaitu memfungsikan hukum untuk menata atau sebagai alat perubahan, sehingga muncullah teorinya tentang *law as a tool of social engineering*. Agar benar-benar efektif sebagai alat rekayasa sosial, Pound mengajukan 6 (enam) langkah¹¹⁸:

- 1) Mempelajari *social effect* yang nyata dari peran lembaga dan doktrin-doktrin hukum.
- 2) Melakukan studi sosiologis untuk menyiapkan peraturan perundang-undangan dan dijalankan.
- 3) Melakukan studi bagaimana peraturan hukum menjadi Efektif.
- 4) Melakukan studi sejarah hukum tentang *social effect* yang timbul dari doktrin hukum masa lalu.
- 5) Melakukan penyelesaian individu berdasarkan nalar, bukan semata peraturan hukum.
- 6) Mengusahakan efektifnya pencapaian tujuan hukum.

3. Teori Optatif (Tujuan hukum)

a. Teori Aristoteles (384 SM - 322 SM) - Keadilan

Inti manusia moral yang rasional menurut Aristoteles adalah memandang kebenaran (*theoria*, kontemplasi) sebagai keutamaan hidup (*summum bonum*). Hal ini manusia dipandu dua peran, yaitu akal dan moral. Akal (*ratio*, nalar) memandu pada pengenalan hal yang benar dan yang salah secara nalar murni. Sedang moral memandu manusia untuk memilih jalan

¹¹⁸ H.L.A. Hart, Op.Cit, hlm 43.

tengah antara dua ekstrim yang berlawanan, termasuk dalam menentukan keadilan (sikap moderat).

Dasar teori Aristoteles menempatkan “perasaan sosial etis” dalam ranah keadilan yang bertumpu kepada tiga prinsip keadilan umum, yaitu *honeste vivere, alterum non laedere, sum quique tribuere* (hidup secara terhormat, tidak mengganggu orang lain dan memberi kepada tiap orang bagiannya). Prinsip ini patokan dari apa yang benar, baik dan tepat dalam hidup sehingga mengikat semua orang, baik masyarakat maupun penguasa. Menurut Aristoteles sebagai pendukung teori etis, bahwa tujuan hukum utama adalah keadilan yang meliputi¹¹⁹ :

- 1) Distributive, yang didasarkan pada prestasi
- 2) Komunitatif, yang tidak didasarkan pada jasa
- 3) Vindikatif, bahwa kejahatan harus setimpal dengan hukumannya
- 4) Kreatif, bahwa harus ada perlindungan kepada orang yang kreatif
- 5) Legalis, yaitu keadilan yang ingin dicapai oleh undang-undang.

b. Teori Hans Kelsen (1881-1973) - Kepastian

Hukum sebagai suatu sistem norma, yang dibuat menurut norma yang lebih tinggi dan tertinggi yaitu *grundnorm* atau norma dasar. Norma dasar ini harus dibersihkan dari anasir-anasir yang bersifat meta-yuridis, maka harus diletakkan di luar kajian hukum.

Dengan menggunakan konsep *Stufenbau Theory*, Kelsen mengkonstruksi aturan-aturan yang tertib yuridis dengan ditentukan jenjang perundang-undangan secara hierarki, mulai dari yang abstrak (*grundnorm*) sampai kepada yang konkret dari sistem perundang-undangan. Dan sistem perundang-undangan itu satu sama lain harus konsisten, koheren dan koresponden.

¹¹⁹ Ibid, hlm. 45.

Hans Kelsen dengan konsepnya (Rule of Law) atau Penegakan Hukum. Dalam hal ini mengandung arti¹²⁰ :

- 1) Hukum itu ditegakkan demi kepastian hukum.
- 2) Hukum itu dijadikan sumber utama bagi hakim dalam memutus perkara.
- 3) Hukum itu tidak didasarkan pada kebijaksanaan dalam pelaksanaannya.
- 4) Hukum itu bersifat dogmatik.

Pengaturan hukum dalam perspektif *ius cunctituendum* pada tanah ulayat masyarakat hukum adat memiliki cita-cita agar tidak terjadi konflik yang berkepanjangan atas sengketa tanah ulayat. Upaya menghakimi sendiri misalnya, perkelahian, pembunuhan, perang antar suku, bahkan antar wilayah. Dampaknya adalah pembangunan terhambat, kepercayaan masyarakat kepada lembaga peradilan Negara berkurang, kohesi sosial renggang dan harmoni sosial terganggu, karena antar komponen bangsa ini saling curiga.

Konflik tanah adat berawal dari beberapa faktor: a) proses pencarian keadilan melalui lembaga peradilan Negara selalu berakhir dengan kekecewaan, biaya yang mahal, dan proses yang panjang dan berbelit-belit.2 Indikatornya adalah:¹²¹

- a. putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap tidak dapat dieksekusi sebab ditolak oleh masyarakat;

¹²⁰ Munir Fuady, 2013, Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum, Yogyakarta, hlm. 24.

¹²¹ Dominikus Rato, 2001, Menggugat Pertanggungjawaban Hukum Perilaku Birokrasi Pasca Orde Baru: Kajian Terhadap Keangkuhan Birokrasi dalam Proses Pelepasan Tapol/Napol. Dalam Achmad Gunaryo dan I.S. Soesanto, (Ed) Hukum, Birokrasi, & Kekuasaan di Indonesia. Semarang: Walisongo Research Institute (WRI), hlm. 114 - 137.

- b. ada kantor pengadilan yang dibakar, jaksa yang diseret dijalan-jalan, hakim yang ditikam dalam ruang pengadilan;
- c. banyak anggota masyarakat mencari jalan lain untuk menyelesaikan sengketa mereka, misalnya menghakimi sendiri (*eigen richting*).

Pengaturan hukum dalam perspektif *ius counstituendum* pada tanah adat masyarakat hukum adat memiliki cita-cita agar tidak terjadi konflik sosial. Konflik sosial yang bersumber dari tanah ulayat, terus meningkat jika tidak adanya peraturan khusus yang mengatur, dampaknya adalah kohesi sosial semakin rentan serta harmoni sosial terganggu. Dampak lanjutannya adalah pembangunan baik sosial, budaya, politik, ekonomi, penegakan hukum lemah, dan wibawa pemerintah serta kepercayaan masyarakat kepada Pemerintah terus menurun.

Pada masyarakat adat Ngadha ditemukan dua pola penyelesaian sengketa yaitu pola penyelesaian sengketa ke dalam yang disebut *fego bhoko bhogi kedhi* dan pola penyelesaian sengketa tanah adat keluar yang disebut *kadhi wai dheso lesa*. Pola terakhir yaitu pola keluar dengan cara-cara yang digunakan adalah: a) *boka goe* yaitu persaingan membunuh hewan terbanyak, khususnya babi dan kerbau. Dalam cara kerja ini orang yang membunuh hewan terbanyak dialah pemenangnya; b) *poke wako/poke dha* atau lempar lembing. Dalam pola ini orang yang melempar lembing paling jauh dialah pemenangnya; dan, c) *buu* atau perang, dalam pola ini pihak yang membunuh lawannya paling banyak dialah pemenangnya.¹²² Saat ini pola yang demikian itu sudah tidak sesuai lagi karena bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD NRI 1945 sehingga nilai-nilai hukum adat tersebut tidak dapat diterapkan dalam pengaturan hukum kedepannya

¹²² Dominikus Rato, 1997, Peranan Institusi Hukum Adat Dalam Upaya Penyelesaian Sengketa Tanah Adat Menurut Hukum Adat Ngadha. Jember: Lemlit. Sumber Dana: Kerjasama Pemda Ngada - LPM UNEJ.

(*ius counstituendum*) pada tanah ulayat masyarakat hukum adat.

Penyelesaian sengketa tanah adat pada masyarakat Osing di Desa Kemiren, ditemukan bahwa pada masyarakat Osing di Desa Kemiren memiliki pola penyelesaian sengketa tanah dengan menggunakan hukum adat dan hukum Negara, tidak melahirkan konflik, sebab pada masyarakat ini mampu melakukan adaptif –aktif terhadap hukum yang datang dari luar, seperti hukum agama dan hukum negara,¹²³ maka nilai-nilai hukum adat tersebut dapat diterapkan dalam pengaturan hukum kedepannya (*ius counstituendum*) pada tanah ulayat masyarakat hukum adat.

Pengaturan hukum kedepannya (*ius counstituendum*) pada tanah ulayat masyarakat hukum adat dapat merujuk pada hasil seminar nasional dan call for papers yang telah diikuti oleh sejumlah pengajar hukum adat dan hukum agraria dari berbagai Fakultas Hukum Universitas se Indonesia, serta peminat lainnya yang diselenggarakan pada tanggal 16-17 November 2017 di Gedung Fakultas Hukum Universitas Pancasila, dengan rumusan sebagai berikut:

1. Nomenklatur RUU Masyarakat Adat, namun perlu ditinjau kembali agar tidak ada kerancuan antara Masyarakat Hukum Adat, Masyarakat Adat Dan Masyarakat Tradisional
2. RUU Masyarakat Adat ini bersifat unifikasi administrasi dan tetap memperhatikan pluralisme hukum.
3. RUU Masyarakat Adat memuat konsep Hukum Adat, Adat Istiadat dan Adat, namun perlu dikaji kembali agar tidak ada kerancuan
4. Kriteria Masyarakat Adat, Masyarakat Hukum Adat dan Masyarakat Tradisional

¹²³ Dominikus Rato, 1998, Peranan Instusi Hukum Adat dalam Penyelesaian Sengketa Tanah Adat Pada Masyarakat Kemiren, Banyuwangi. Jember: Lembaga Penelitian Universitas Jember.

5. Hak-Hak Masyarakat Adat berupa identitas budaya dan hak tradisional. Sistem Religi masuk sebagai hak masyarakat tradisional.
6. Inventarisasi dan verifikasi tidak perlu dibahas dalam RUU Masyarakat Adat
7. Pemberdayaan masyarakat adat dilakukan oleh masyarakat adat sendiri dan pemerintah hanya sebagai pendamping dan fasilitator.
8. Peradilan Adat adalah peradilan perdamaian di lingkungan masyarakat adat yang berfungsi memeriksa, mengadili dan memutuskan sengketa- sengketa menurut hukum adat dengan memperhatikan HAM, kecuali pelanggaran yang sudah diatur dalam peraturan perundang-undangan dengan ancaman penjara paling sedikit 5 (lima) tahun.
9. Peradilan Adat berwenang untuk menyelesaikan sengketa di masyarakat adat termasuk dibidang pertanahan.
10. Kalau berkaitan dengan pihak di luar Masyarakat Adat, maka diperlukan Peradilan Pertanahan secara Ad Hoc.

Hukum suatu bangsa sesungguhnya merupakan pencerminan kehidupan sosial bangsa bersangkutan,¹²⁴ maka sebenarnya pembentukan hukum suatu negara harus bebas dari pengaruh dan kepentingan negara lain, butuh pembentukan hukum yang demokratis, namun pembentukan hukum yang demokratis tidak sekaligus berarti hukum yang dibentuk akan efektif. Dalam konteks ini misalnya, tujuan dari sebuah undang-undang bukan terletak dari seberapa demokratis pembentukan undang-undang yang dibentuk, tetapi terletak pada sejauh mana apa yang ingin dituju dari pembentukan undang-undang dapat dicapai atau tercapai.

Pengaturan hukum dalam perspektif *ius counstituendum* pada tanah adat masyarakat hukum adat memiliki cita-cita agar tidak terjadi suatu kekaburan norma dimasa depan dalam

¹²⁴ Satjipto Rahardjo, 1986, Hukum Dalam Perspektif Sejarah dan Perubahan Sosial, dalam Pembangunan Hukum Dalam Perspektif Politik Hukum nasional, Editor Artdjo Alkostar dkk, Rajawali, Jakarta, hlm. 27.

suatu peraturan terkait tanah adat pada masyarakat hukum adat, contohnya kekaburan norma yang terjadi pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 j.o. Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019.

Namun adanya kekaburan norma dalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 j.o. Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 tersebut, hal ini dilandasi dalam konsideran dijelaskan bahwa lahirnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 berdasarkan UUPA, setelah ditelusuri di dalam UUPA tidak mengenal dengan adanya sebutan hak komunal melainkan di sebut hak ulayat, seperti yang tercantum dalam Pasal 3 UUPA terkait hak ulayat. Artinya adanya norma kabur (*vague norm*) pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 disebutkan hak komunal sedangkan dalam UUPA disebut hak ulayat.

Selanjutnya terbit Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang / Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 18 Tahun 2019 tentang Tata Cara Penatausahaan Tanah Ulayat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat (Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019) yang menyebutkan dalam Pasal 1 angka 2 bahwa :

“Hak Ulayat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat atau yang serupa itu adalah hak Kesatuan Masyarakat Hukum Adat yang bersifat Komunal untuk menguasai, mengelola dan/atau memanfaatkan, serta melestarikan wilayah adatnya sesuai dengan tata nilai dan hukum adat yang berlaku”

Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 kembali menyebutkan hak ulayat yang bersifat komunal, bahwa pada prinsipnya jika berdasarkan Pasal 16 UUPA huruf h, yakni hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak yang tersebut didalam UUPA akan ditetapkan dengan undang-undang. Sebutan hak komunal tidak disebutkan dalam UUPA maka atas perintah UUPA semestinya ditetapkan dengan Undang-Undang, namun realitanya yang muncul adalah suatu

peraturan menteri padahal pada pasal 16 UUPA huruf h mengamanahkan ditetapkan dengan undang-undang.

Akibat kekaburan norma dan inkonsistensi tersebut dapat mengakibatkan kerugian dalam memberikan perlindungan hukum terhadap tanah ulayat pada masyarakat hukum adat. Maka diperlukan peraturan perundangan yang baru dan konsisten dan seragam di masa depan khusus tentang perlindungan tanah ulayat pada masyarakat hukum adat.

Bahwa pada prinsipnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 harus sesuai dengan UUPA, karena lahirnya peraturan menteri tersebut dari Pasal 16 UUPA huruf h, yakni hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut diatas yang akan ditetapkan dengan undang-undang. Namun realitanya yang muncul adalah suatu peraturan menteri padahal pada pasal 16 UUPA huruf h mengamanahkan ditetapkan dengan undang-undang. Ironisnya dengan lahirnya Peraturan Menteri ATR/BPN No.10/2016 otomatis mencabut keberlakuan Peraturan Menteri/BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat yang sumbernya relevan dan konsisten dengan UUPA terkait sebutannya sama-sama menyebut hak ulayat, maka akan berpengaruh pada eksistensi hak ulayat.

Urusan menyangkut hak atas tanah seharusnya diatur lebih lanjut di dalam undang-undang. Hal ini kalau dihubungkan dengan hak atas tanah yang terdapat di dalam Pasal 16 ayat (1) huruf h bahwa hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut diatas yang akan ditetapkan dengan undang-undang serta hak-hak yang sifatnya sementara sebagai yang disebutkan dalam Pasal 53 UUPA. Berdasarkan hal tersebut diatas maka pengaturan menyangkut hak ulayat sebagai yang disiratkan dalam UUPA dan penjelasannya harus setingkat undang-undang. Jika tidak ditentukan dalam bentuk perundang-undangan maka akan menimbulkan polarisasi konflik yang berkepanjangan dalam penerapan atau pelaksanaan UUPA dalam hal ini yakni Peraturan Menteri

ATR/BPN No.10/2016 juncto Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019.

Menurut Maria S.W. Sumardjono , Hak ulayat berdimensi publik sekaligus perdata sedangkan hak komunal hanya berdimensi perdata. Hak ulayat lebih luas mencakup kewenangan masyarakat hukum adat untuk mengatur (1) tanah/wilayah sebagai ruang hidupnya terkait pemanfaatannya termasuk pemeliharannya; (2) hubungan hukum antara masyarakat hukum adat dan tanahnya; dan (3) pembuatan hukum terkait dengan tanah masyarakat hukum adat. Dimensi perdata hak ulayat tampak dalam manifestasi hak ulayat sebagai kepemunaan bersama.¹²⁵

Hak ulayat berdimensi publik sekaligus perdata artinya hak ulayat lebih luas mencakup kewenangan masyarakat hukum adat (publik), sedangkan hak komunal hanya berdimensi perdata artinya pada hak komunal sebagai kepemunaan bersama.

Negara Indonesia dibangun diatas masyarakat yang secara histori dan kultural sudah ada sejak abad nenek moyang belum mengenal tulisan, sehingga budaya yang berakar di hati masyarakat adalah budaya tutur maka hukum adat di bangun diatas budaya tutur itu, sebagian besar norma hukum adat ini tidak tertulis, demikian pula hak-hak komunal mereka yakni hak-hak atas tanah.¹²⁶ Hak ulayat masyarakat hukum adat pada hakekatnya secara histori filosofi lebih dulu lahir sebelum negara Indonesia lahir.

Menurut Edy Ikhsan, pengakuan pada hak-hak masyarakat hukum adat harus dilakukan sejalan dengan penghormatan atas kebiasaan-kebiasaan, tradisi-tradisi dan sistem penguasaan tanah pada masyarakat hukum adat yang bersangkutan.¹²⁷

Hukum adat materiil yang ada dibeberapa daerah di Indonesia wajib masih benar-benar diakui keberadaanya dan

¹²⁵ Op.Cit., Maria S.W. Sumardjono, hlm. 4.

¹²⁶ Op.Cit., Dominikus Rato , hlm. 83.

¹²⁷ Op.Cit., Edy Ikhsan, hlm. 331.

dianut oleh masyarakat.¹²⁸ Seperti halnya pada Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2014 tentang perkebunan (selanjutnya disebut UU No. 18/2014), Pasal 12 ayat (1) menyatakan dalam hal tanah yang diperlukan untuk usaha perkebunan merupakan tanah ulayat masyarakat hukum adat, pelaku usaha perkebunan harus melakukan musyawarah dengan masyarakat hukum adat pemegang hak ulayat untuk memperoleh persetujuan mengenai penyerahan tanah dan imbalannya. Namun hal tersebut terkadang diingkari atas dasar kepentingan mendesak investor serta merta memberi ganti rugi yang tidak sewajarnya (fakta hukumnya contoh pada pembangunan bandara di Nabire Papua).

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011 bahwa dinyatakan kawasan hutan tanpa melalui proses atau tahapan-tahap yang melibatkan berbagai pemangku kepentingan diantaranya masyarakat hukum adat yang telah berada sebelum penunjukan kawasan hutan oleh Negara sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan, merupakan pelaksanaan pemerintah yang otoriter dan mengabaikan hak-hak masyarakat hukum adat. Setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011 tersebut kembali ditetapkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012 yang menyatakan hutan adat adalah hutan adat yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat (hak ulayat).

Kembali pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 juncto Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019, lahirnya peraturan menteri tersebut berasal dari Pasal 16 UUPA huruf h, yakni hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut diatas yang akan ditetapkan dengan undang-undang. Namun realitanya yang muncul adalah suatu peraturan menteri padahal pada pasal 16 UUPA huruf h mengamanahkan ditetapkan dengan undang-undang, disini dapat diketahui adanya inkonsistensi dan rasa setengah hati dari pemerintah baik itu eksekutif dan legislatif untuk

¹²⁸ Op.Cit., Herowati Poesoko, hlm. 10.

membentuk suatu undang-undang khusus tentang tanah yang dikuasai oleh masyarakat hukum adat, hal ini berujung pada keuntungan investor yang dapat menguasai tanah dikawasan adat contohnya dihutan adat demi kepentingan industri/kepentingan umum maka otomatis masyarakat hukum adat akan tergusur.

Pasal 5 ayat (4) huruf c Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.18/2019 yang menyebutkan bahwa “penatausahaan Tanah Ulayat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat meliputi pencatatan dalam daftar tanah” jika berpijak pada peraturan yang lebih tinggi (*lex superiori*) peraturan perundang-undangan yang dimaksud yaitu Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah (PP No. 24/1997), dalam hal ini hak komunal dan hak ulayat tidak termasuk dalam obyek pendaftaran tanah. Sebagaimana Pasal 9 ayat (1) PP No. 24/1997 menyebutkan mengenai obyek pendaftaran tanah meliputi:

- a. bidang-bidang tanah yang dipunyai dengan hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan, dan hak pakai;
- b. tanah hak pengelolaan;
- c. tanah wakaf;
- d. hak milik atas satuan rumah susun;
- e. hak tanggungan;

Makna hak ulayat berbeda dengan hak komunal, ditinjau dari etimologi ulayat berasal dari kata *ula-yat* yang berasal dari adat Minangkabau sedangkan Komunal berasal dari kata *communal* Eropa, ditinjau dari segi etimologi saja sudah berbeda asal usul maknanya, merancukan hak komunal dengan hak ulayat dalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 juncto Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 hakikatnya adalah membangun fiksi hukum, karena hak ulayat dan hak komunal memiliki karakteristik berbeda, tetapi oleh Peraturan Menteri dianggap sama. Maka diperlukannya pengaturan hukum dalam perspektif *ius counstituendum* pada tanah adat masyarakat hukum adat agar tidak terjadi suatu

kekaburan norma dimasa depan dalam suatu peraturan terkait tanah adat pada masyarakat hukum adat

Sebutan tanah ulayat di dalam UUPA dan tanah ulayat yang bersifat komunal di dalam Peraturan Menteri ATR/BPN, memberi kerancuan atas eksistensi penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat. Sebutan ulayat sebagai konsep asli orang Minangkabau pada prinsipnya tidak bisa dibawa atau disamakan ke wilayah adat lain di Indonesia.

Jika konsep ulayat digunakan di Papua, orang Papua tidak mengenal sebutan ulayat. Di Bali namanya juga berbeda bukan tanah ulayat tapi disebut tanah *druwe* adat, di Banten disebut tanah *wewengkon*, daerah Jawa disebut tanah *bengkok*, daerah Kalimantan disebut tanah *panyampeto*, daerah Ambon disebut tanah *pertenunan*, daerah Sulawesi disebut tanah *limpo*, daerah Lombok disebut tanah *paer*, serta di daerah Papua disebut tanah *enai tapare*.¹²⁹

Akibat adanya kekaburan norma dan inkonsistensi tersebut dapat mengakibatkan kerugian dalam memberikan perlindungan hukum terhadap tanah adat pada masyarakat hukum adat. Maka diperlukan peraturan perundangan yang baru dan konsisten dan seragam di masa depan khusus tentang perlindungan sebutan tanah adat pada masyarakat hukum adat. Hal ini dikarenakan juga banyaknya definisi yang tidak seragam dalam peraturan perundang-undangan pada definisi masyarakat hukum adat, masyarakat adat, masyarakat tradisional, maka diperlukan peraturan perundangan yang baru dan konsisten dan seragam di masa depan.

B. Pengembangan Hukum Teoritis tentang Tanah Adat

Pengembangan berasal dari kata emban, berdasarkan Kamus Besar Bahasa Indonesia kata emban diartikan sebagai melaksanakan tugas.¹³⁰ Pengembangan hukum teoritis dapat diteliti dengan menggunakan ilmu hermeneutika.

¹²⁹ Boedi Harsono, 1997, Hukum Agraria Indonesia. Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya. Jilid I Hukum Tanah Nasional. Jakarta: Djambatan, hlm.180.

¹³⁰ Kamus Besar Bahasa Indonesia, Op.Cit., hlm.226.

Hermeneutika merupakan ilmu untuk menafsirkan suatu ketentuan dalam bidang hukum.¹³¹

Metode interpretasi atau penafsiran yaitu metode untuk menafsirkan terhadap teks perundang-undangan yang tidak jelas, agar perundang-undangan tersebut dapat diterapkan terhadap peristiwa konkrit tertentu. Ajaran interpretasi dalam penemuan hukum sudah lama dikenal yang sering disebut dengan *hermeneutika yuridis*.¹³² Pengembangan hukum teoritis tentang tanah ulayat, maka metode interpretasi atau penafsiran diperlukan untuk menafsirkan terhadap teks perundang-undangan dalam suatu rancangan undang-undang. Pengaturan hukum kedepannya dalam memberi perlindungan tanah ulayat dalam hal ini dalam rancangan undang-undang wajib memberi frasa atas tafsir pada setiap definisi tanah ulayat, tidak hanya sebutannya tanah ulayat namun juga dalam undang-undang disebutkan nama lain sesuai nama tanah adat di setiap daerah, hal ini karena di setiap daerah di negara Indonesia sebutan tanah adat berbeda-beda.

Sebutan tanah ulayat / tanah adat di beberapa daerah di Indonesia antara lain yaitu daerah Minangkabau disebut ulayat, daerah Jawa disebut tanah *bengkok*, daerah Bali disebut Tanah *Druwe*, daerah Kalimantan disebut tanah *panyampeto*, daerah Ambon disebut tanah *pertenunan*, daerah Sulawesi disebut tanah *limpo*, daerah Lombok disebut tanah *paer*, serta di daerah Papua disebut tanah *enai tapare*.¹³³

Di atas negeri papua barat tidak di jumpai tanah yang tidak bertuan, bahkan setiap bagian tanah, air, dan gunung di beri nama tertentu. Tanah menurut orang papua identik dengan kehidupan manusia, sehingga di beri simbol sebagai seorang ibu atau mama yang selalu mengayomi, melindungi,

¹³¹ Martin Basiang, 2016, *The Contemporary Law Dictionary*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm.247.

¹³² Bambang Sutiyo, 2012, *Metode Penemuan Hukum : Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Cet. Keempat, Yogyakarta, hlm 135.

¹³³ Boedi Harsono, 1997, *Hukum Agraria Indonesia. Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*. Jilid I Hukum Tanah Nasional. Jakarta: Djambatan, hlm.180.

dan membesarkan seseorang sejak bayi, kanak-kanak sampai mencapai dewasa, misalnya orang kamoro menyebut Enai Tapare, orang mybrat sebut Tabam Ramu, atau tanah kami atau tanah ibu.¹³⁴

1. Penafsiran Gramatikal tentang Tanah Adat

Penafsiran gramatikal merupakan penafsiran menurut tata bahasa atau kata-kata. Kata dan bahasa merupakan alat bagi pembuat undang-undang untuk menyatakan maksud dan kehendaknya. Kata-kata itu harus singkat, jelas dan tepat.¹³⁵

Penafsiran gramatikal dalam hal ini pada penafsiran kata-kata harus dihubungkan dengan susunan kalimat-kalimat dan dengan peraturan lain. Pada hakikatnya penafsiran mengenai arti kata hanya merupakan penafsiran yang pertama saja dan harus dilanjutkan dengan cara penafsiran yang lain.¹³⁶

Pasal 1 angka 1 Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal Atas Tanah Masyarakat Hukum Adat, merumuskan hak komunal atas tanah yang selanjutnya disebut hak komunal adalah hak milik bersama atas tanah suatu masyarakat hukum adat, atau hak milik bersama atas tanah yang diberikan kepada masyarakat yang berada dalam kawasan tertentu.

Norma Pasal 1 angka 1 Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 ini merupakan norma kabur dikarenakan norma ini tidak jelas pengaturannya, hal ini disebabkan bertentangan dengan Pasal 3 UUPA yang menyatakan dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak-ulyat.

Lahirnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 tersebut bertujuan memberikan perlindungan hukum terhadap tanah ulayat pada masyarakat hukum

¹³⁴ Papua Barat Tanah Adat, 2009, <http://kritingnews.blogspot.co.id>.

¹³⁵ R.Soerso, 2013, Pengantar Ilmu Hukum, Sinar Grafika, Cetakan ke-13, Jakarta, hlm. 97.

¹³⁶ Ibid., hlm. 100.

adat, namun adanya kekaburan norma dalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 tersebut, hal ini dilandasi dalam konsideran dijelaskan bahwa lahirnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 berdasarkan UUPA, setelah ditelusuri di dalam UUPA tidak mengenal dengan adanya sebutan hak komunal melainkan di sebut hak ulayat, artinya adanya norma kabur (*vague norm*) pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10//2016 disebutkan hak komunal sedangkan dalam UUPA disebut hak ulayat.

Hak ulayat dengan Hak Komunal merupakan suatu hal yang berbeda jika ditinjau dari penafsiran gramatikal. Antara makna hak komunal dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 dengan Pasal 3 UUPA sangat lah jauh berbeda. Letak perbedaannya Hak ulayat dalam penjelasan Pasal 3 UUPA disebut *beschikkingsrecht*, sedangkan dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016, hak komunal tidak disebutkan demikian.

Menurut Maria S.W. Sumardjono, Hak ulayat berdimensi publik sekaligus perdata sedangkan hak komunal hanya berdimensi perdata. Hak ulayat lebih luas mencakup kewenangan masyarakat hukum adat untuk mengatur (1) tanah/wilayah sebagai ruang hidupnya terkait pemanfaatannya termasuk pemeliharannya; (2) hubungan hukum antara masyarakat hukum adat dan tanahnya; dan (3) perbuatan hukum terkait dengan tanah masyarakat hukum adat. Dimensi perdata hak ulayat tampak dalam manifestasi hak ulayat sebagai kepemilikan bersama.¹³⁷ Hak ulayat berdimensi publik sekaligus perdata artinya hak ulayat lebih luas mencakup kewenangan masyarakat hukum adat (publik), sedangkan hak komunal hanya berdimensi perdata artinya pada hak komunal sebagai kepemilikan bersama.

¹³⁷ Maria S.W. Sumardjono, 2015, *Ihwal Hak Komunal Atas Tanah*, Kompas, Jakarta, hlm. 4.

Hal tersebut sesuai dengan pendapat B.Arief Sidharta yaitu “untuk dapat membaca dan memahami dengan baik sebuah teks orang, harus terlebih dahulu memahami keseluruhan teks itu untuk dapat menginterpretasi dengan baik setiap kalimat yang mewujudkan keseluruhan tersebut”.¹³⁸ Pendapat diatas jika dikaitkan dengan dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 hak komunal dengan Pasal 3 UUPA hak ulayat, dalam normanya harus sesuai dengan yang diinginkan oleh apa yang akan diaturnya sehingga norma tersebut akan terkandung nilai kepastian hukum. Penafsiran gramatikal terhadap pembahasan diatas dalam hal ini maka pembentuk undnag-undang dalam mengkonstruksikan hukumnya seharusnya benar-benar teliti dan cermat dalam membuat penafsiran hukum sehingga norma tersebut mempunyai nilai kepastian hukum yang berkeadilan.

2. Penafsiran Sejarah tentang Tanah Adat

Sejarah hukum pertanahan di Indonesia tidak terlepas dari Hak Ulayat. Jauh sebelum terciptanya UU No 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA), masyarakat hukum adat kita telah mengenal hak ulayat. Hak ulayat sebagai hubungan hukum yang konkret, pada asal mulanya diciptakan oleh nenek moyang atau Kekuatan Gaib, pada waktu meninggalkan atau menganugerahkan tanah yang bersangkutan kepada orang-orang yang merupakan kelompok tertentu (Boedi Harsono, 1999).¹³⁹ Hak Ulayat itu sendiri bagian yang tidak terpisahkan dari masyarakat hukum adat.

Bagi masyarakat hukum adat tanah itu mempunyai kedudukan yang sangat penting, karena merupakan satu-satunya benda kekayaan yang bersifat tetap dalam keadaannya, bahkan lebih menguntungkan. Selain itu tanah

¹³⁸ B.Aief Sidharta, Op.Cit., hlm. 96.

¹³⁹ Boedi Harsono, 1999. Hukum Agraria Indonesia, sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya. Djembatan, Jakarta, hlm. 23.

merupakan tempat tinggal, tempat pencaharian, tempat penguburan, bahkan menurut kepercayaan mereka adalah tempat tinggal dayang-dayang pelindung persekutuan dan para leluhur.

Sejarah berlakunya hukum adat pada tanah ulayat, g berasal dari zaman kolonial dan yang pada zaman sekarang masih tetap berlaku, adalah Pasal 131 ayat 2 sub b IS. Menurut ketentuan tersebut, maka bagi golongan hukum Indonesia asli dan golongan hukum timur asing berlaku hukum adat mereka. Tetapi bilamana keperluan sosial mereka memerlukannya, maka pembuat ordonansi dapat menentukan bagi mereka:

- a. hukum Eropa,
- b. hukum Eropa yang telah diubah (*gewijzigd Europees recht*)
- c. hukum bagi beberapa golongan bersama-sama (*gemeenschappelijkrecht*), dan apabila kepentingan umum memerlukannya
- d. hukum baru (*nieuw recht*), yaitu hukum yang merupakan "*syntese*" antara hukum adat dan hukum Eropa ("*fantasierecht*" van Vollen hoven atau "*ambtenarenrecht*" van Idsinga)

Konsitusi RIS pasal 146 ayat 1 disebutkan bahwa segala keputusan kehakiman harus berisi alasan-alasannya dan dalam perkara harus menyebut aturan-atiuran undang-undang dan aturan-aturan hukum adat yang dijadikan dasar hukum itu Selanjutnya dalam UUD Sementara, pasal 146 ayat 1 dimuat kembali. Dengan demikian hakim harus menggali dan mengikuti perasaan hukum dan keadilan rakyat yang senantiasa berkembang. Dalam pasal 102 dan dengan memperhatikan ketentuan pasal 25 UUDS 1950 ada perintah bagi penguasa untuk membuat kodifikasi hukum. Maka hal ini termasuk di dalamnya hukum adat. Perintah kodifikasi ini pada hematnya juga berlaku pula terhadap hukum adat, dan perintah kodifikasi ini merupakan pertama kalinya disebutkan di dalam Peraturan Perundang-

Undang-undang Republik Indonesia yang mengatur ketentuan terhadap kodifikasi hukum adat, walaupun dalam kenyatannya belum dapat dilaksanakan.¹⁴⁰

Setelah amandemen konstitusi, hukum adat diakui sebagaimana dinyatakan dalam UUD NRI 1945 pasal 18 huruf B ayat 2 menyatakan : 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.

Keberadaan hak ulayat itu perlu dipastikan mengingat pengertian masyarakat hukum adat masih terdapat penafsiran yang berbeda, sehingga sering terjadi "marginalisasi" masyarakat adat. Melihat kenyataan ini, maka beberapa aliansi masyarakat hukum adat menuntut hak agar mereka diakui keberadaannya dan juga hak-hak masyarakat adatnya. Hak-hak masyarakat adat ini merupakan hak dasar manusia pada umumnya di dunia. Berlakunya universal, karena itu dalam membicarakan perlindungan hak-hak penduduk lokal dapat ditarik dari teori "menentukan nasib sendiri" dalam kerangka Negara kesatuan.¹⁴¹

Tentang eksistensi hak ulayat itu sendiri terdapat 2 (dua) pandangan sikap, di satu pihak terdapat kekhawatiran bahwa hak ulayat itu semula tidak ada, kemudian dihidupkan lagi. Di pihak lain ada juga kekhawatiran bahwa dengan semakin meningkatnya kebutuhan akan tanah akan semakin mendesak hak ulayat.¹⁴² Terlebih lagi dengan dimunculkannya berbagai persyaratan akan eksistensi dan implementasi hak ulayat (*beschikldngsrecht*)

¹⁴⁰ Op.Cit., Dewi C Wulansari., Hukum Adat Indonesia Suatu Pengantar, hlm. 108.

¹⁴¹ S. James Anaya,1994, Indegenous Peoples International Law, Oxford University Press, New York, hlm. 89.

¹⁴² Maria S.W. Sumardjono,2001, Kebijakan Pertanahan; Antara Regulasi dan Implementasi.; Penerbit Buku Kompas, Jakarta, hlm. 54.

masyarakat adat. Pertama, mengenai eksistensinya, apabila menurut kenyataan masih ada. Di daerah mana hak itu tidak ada lagi atau memang tidak pernah ada, tidak akan dihidupkan lagi bahkan tidak akan dilahirkan hak ulayat yang baru. Kedua, mengenai pelaksanaan hak ulayat harus sedemikian rupa, sehingga (1). sesuai dengan kepentingan nasional dan negara berdasarkan atas persatuan bangsa, serta (2). tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan yang lebih tinggi.¹⁴³

Pengakuan dengan syarat terhadap hak ulayat tersebut mencerminkan pengaturan secara sistematis mengenai pengidentifikasian dan penggunaan hak ulayat atas tanah di Indonesia. Sehingga memunculkan kritik yang mendasar: Pertama, bel urn jelasnya indikasi pemahaman ten tang hak ulayat yang hilang atau yang sudah tidak ada, sehingga pada implementasinya akan dapat disalahgunakan oleh pihak penguasa untuk menghilangkan hak ulayat. Kedua, masih begitu dominannya negara atau pemerintah dengan "topeng" kepentingan umum terhadap tanah, sehingga terkadang mengintervensi ruang hidup (*labensraum, livingspace*) komunitas masyarakat pemilik hak ulayat. Apakah dengan alasan kepentingan umum dapat menghapus norma-norma adat yang berkenaan dengan hak ulayat. Ketiga, argumentasi bertentangan dengan peraturan perundangundangan yang berlaku berarti telah menafikan eksistensi hukum adat itu sendiri. Padahal Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 mendeklarasikan dirinya bahwa hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat.

Konflik mengenai tanah ulayat sering tejadi di beberapa daerah Indonesia, misalnya di Aceh, Sumatera Utara, Sumatera Barat, Riau, Kalimantan Barat, Kalimantan Tengah, Kalimantan Timur, Maluku, Ambon, dan Wamena-

¹⁴³ Op.Cit, Hasan Wargakusumah, hlm. 55.
Hasan Wargakusumah, et.al., Op. Cit., hlm. 5.

Papua.¹⁴⁴ Perlawanan masyarakat hukum adat juga terjadi di Sumatera Selatan, Riau, Bulu Kumba (Sulawesi), dan Wamena.¹⁴⁵ Konflik agraria merata di Indonesia, konflik dan sengketa lahan yang dibiarkan dapat berujung pada konflik sosial, sehingga seharusnya pemerintah harus mengambil peran di dalam penyelesaian masalah tersebut khususnya Badan Pertanahan Nasional yang mempunyai otoritas untuk itu.

Untuk mengetahui apakah hak ulayat (*beschikkingsrecht*) itu masih ada, terdapat kriteria yang dapat digunakan sebagai parameter. Adapun kriteria untuk menentukan masih ada atau tidaknya hak ulayat menurut Maria S.W.Sumardjono,¹⁴⁶ harus dilihat pada 3 (tiga) hal, yakni:

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

Dipenuhinya ketiga persyaratan tersebut secara kumulatif, kiranya cukup obyektif sebagai kriteria penentu masih ada atau tidaknya hak ulayat, sehingga misalnya, walaupun ada masyarakat hukum dan ada tanah atau wilayahnya, namun apabila masyarakat hukum tersebut sudah tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan tiga tindakan tersebut, maka hak ulayat dapat dikatakan sudah tidak ada lagi.¹⁴⁷ Justru itu, tanah-tanah ulayat seperti "tanah

¹⁴⁴ Agung Pryo Sarjono, 2000, Konflik Sosial di Kalimantan Timur, Hutan Indonesia, Edisi 07, II!Maret ,hlm. 14.

¹⁴⁵ Berdayakan Masyarakat Hukum Adat untuk Perlindungan Lingkungan , Tempt/HOCVP07L, hlm. 1.

¹⁴⁶ Op.Cit., Maria S.W.Sumardjono, hlm 57.

¹⁴⁷ Ibid., hlm. 57.

bengkok" dan "tanah titisara" ataupun "tanah hak kaula" (di Aceh) yang lembaga desanya telah dihapuskan dan menjadi kelurahan, menjadi milik atau diserahkan kepemilikannya kepada pemerintah kabupaten atau kota. Sebab masyarakat hukum adat sudah tidak mempunyai kewenangan atas tanah-tanah ulayat tersebut.¹⁴⁸

Perihal hak ulayat (*beschikkingsrecht*) secara yuridis (*ius constitutum*) telah diatur dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 yang menegaskan bahwa Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang 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.

Norma yang terkandung dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tersebut, kemudian lebih dijelaskan bahwa:¹⁴⁹ Ketentuan ini pertama-tama berpangkal pada pengakuan adanya hak ulayat itu di 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 di dalam melaksanakan peraturan-peraturan agrarian hak ulayat itu pada zaman penjajahan dulu sering kali diabaikan. Berhubung dengan disebutkan hak ulayat di dalam UUP A yang pada hakekatnya berarti pula pengakuan hak itu, maka pada dasarnya hak ulayat itu akan diperhatikan, sepanjang hak tersebut menurut kenyataannya memang masih ada pada masyarakat hukum yang bersangkutan.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Darwin Ginting, 2009, *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah Bagi Penanaman Modal Bidang Agrobisnis di Indonesia*, Unpad Press, Bandung, hlm. 93.

Memaknai dan memahami maksud para perumus UUPA, khususnya yang menyangkut Pasal 3 tersebut di atas, maka sudah semestinya hak ulayat masyarakat hukum adat dijadikan sebagai salah satu prinsip dasar dalam kebijakan pertanahan di Indonesia. Hal ini relevan dengan pendapat Maria S.W. Sumardjono yang menegaskan bahwa prinsip-prinsip dasar UUPA adalah :

- a. Prinsip Negara Menguasai;
- b. Prinsip penghormatan terhadap hak atas tanah masyarakat hukum adat,
- c. Prinsip fungsi sosial semua hak atas tanah,
- d. Prinsip *landreform*,
- e. Prinsip perencanaan dalam penggunaan tanah dan upaya pelestariannya, dan
- f. Prinsip nasionalitas.¹⁵⁰

Karakter produk hukum agraria sangat responsif pada periode demokrasi terpimpin yang nota bene otoriter, yakni pengecualian atas kesimpulan umum ini hanya terjadi dalam hukum agraria yang pada periode demokrasi terpimpin yang otoriter berkarakter sangat responsif. Tetapi hal ini dapat dijelaskan empat hal, yakni:¹⁵¹

- a. Pertama, UUPA disahkan berdasarkan rancangan yang telah disiapkan oleh periode sebelumnya.
- b. Kedua, UUP A membongkar dasar-dasar kolonialisme yang ditentang oleh semua pemerintah Indonesia tanpa tergantung pada konfigurasi politiknya.
- c. Ketiga, UUPA memuat materi yang tidak menyangkut hubungan kekuasaan.
- d. Keempat, UUP A tidak semata-mata memuat bidang hukum administrasi negara, tetapi juga memuat bidang hukum keperdataan.

¹⁵⁰ Op.Cit., Maria S.W.Sumardjono, hlm. 42.

¹⁵¹ Op.Cit., Moh. Mahfud. MD, Op. Cit., hlm. 355.

UUPA ada sejak masa periode kekuasaan pemerintahan demokrasi liberal (1945- 1959), yang memang pada saat itu masih melihat hukum sebagai "panglima", bukan politik sebagai "panglima" (masih tegaknya supremasi hukum). Oleh karenanya, karakter produk hukum agrariannya cenderung responsif. Sebagaimana pendapat Mahfud¹⁵² lainnya yang menyatakan bahwa: Pada periode ini (periode demokrasi liberal, penults) pemerintah bersungguh-sungguh untuk membuat hukum agraria yang responsive atau sesuai dengan rasa keadilan dalam masyarakat. Meskipun belum ada hukum agraria nasional yang komprehensif, tetapi dari produk-produknya yang parsial itu, dapat dilihat dengan jelas hukum agrarian pada periode ini berkarakter sangat responsif.

Karakter produk hukum agraria nasional pada periode orde baru terlihat ortodoks. Terhadap UUPA yang sebenarnya responsif itu telah dilakukan interpretasi pemerintah melalui bentuk-bentuk peraturan perundangundangan yang cenderung konservatif. Memang sebagai produk hukum yang tidak menyangkut *gezagverhouding* dan mencakup hukum publik dan privat, UUPA berkarakter responsif, tetapi interpretasi pemerintah dalam bentuk peraturan perundang-undangan secara parsial untuk keperluan pragmatis dalam rangka pelaksanaan program-program pembangunan memperlihatkan *wa-tak* yang konservatif. Adanya Keppres Nomor 55 Tahun 1993 (Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum), meskipun membawa sedikit kemajuan, namun bentuk peraturannya tetap tidak proporsional. Materinya yang prinsip seharusnya menjadi materi undang-undang yang tidak dibuat sepihak oleh eksekutif.¹⁵³

¹⁵² Ibid., hlm. 344.

¹⁵³ Ibid., hlm. 354-355.

Letak konservatifnya produk hukum agraria nasional di masa orde baru bukan terletak pada UUPA, melainkan pada peraturan perundang-undangan lain yang menyangkut keagrariaan. Contoh adalah Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. Tetapi dengan lahirnya Undang-Undang nomor 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum, menunjukkan terdapat semangat yang responsive.

Memperhatikan masyarakat secara *egalitis* (merakyat), yakni kembali melindungi hak-hak rakyat dalam bidang pertanahan, khususnya yang menyangkut hak-hak adat atas tanah, terutamanya hak ulayat. Agar tercipta keteraturan mekanisme dalam pengadaan tanah bagi pembangunan, maka kemudian dikuatkan dengan Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 dan Peraturan Presiden No.65 Tahun 2006 tentang Pengadaan Tanah Untuk Pembangunan. Meskipun demikian, Perpres ini menurut hennat penulis perlu dinaikkan status bentuk hukumnya menjadi materi muatan undang-undang, karena pelepasan hak seorang atas tanah sangat tersangkut paut dengan hak-hak asasi manusia (*human rights*). Hal tersebut telah direspon oleh pemerintah dengan disahkannya undang-undang No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum.

Arah politik hukum agraria nasional dan keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat dalam menghadapi globalisasi yakni pluralisme hukum dan penyalarsan hukum. Maksud pluralisme hukum agraria nasional adalah bahwa pada era reformasi tidak akan dibentuk suatu penyatuan hukum agraria yang bersifat nasional, akan tetapi masih disandarkan pada hukum adat masing-masing, termasuk yang menyangkut hak ulayat masyarakat adat. Sebagaimana pula yang telah termaktub dalam konsiderans UUPA yang menegaskan bahwa hukum agraria tersebut

mempunyai sifat dualisme, dengan berlakunya hukum adat di samping hukum agraria yang didasarkan hukum barat.

Istilah dualisme menurut UUPA, sama maknanya dengan pluralisme. Maksud "penyelarasan hukum agraria nasional" adalah. Pertama, bahwa hukum agraria yang disandarkan pada hukum adat berdasarkan pluralisme hukum akan diselaraskan dengan kepentingan nasional ke depan. Kedua, bahwa hukum agraria yang didasarkan pada hukum adat akan diselaraskan dengan keadaan dunia yang semakin mengglobal, sehingga dibutuhkan modernisasi hukum agrarian nasional yang tidak meninggalkan nilai-nilai budaya masyarakat yang berkenaan dengan tanah.

Argumentasi ini terkait dengan pendapat Mochtar Kusumaatmadja¹⁵⁴, yang mengatakan bahwa :

... dalam proses pertumbuhan budaya nasional, pembinaan budaya bangsa yang berakar pada kebudayaan daerah yang beraneka ragam itu tidak bisa diisolasi dari pengaruh luar... Karena di dalam pergaulan masa kini bangsa Indonesia tidak dapat lagi memencilkan dirinya atau mencegah pergaulan atau kompetisi dengan bangsa lain, maka mau tidak mau kita harus sedapat mungkin berusaha memiliki sifat-sifat yang berlaku umum (uni-versal) .. Indonesia mempunyai keadaan yang tersendiri atau unik, dalam arti bahwa walaupun pada satu pihak manusia Indonesia tidak dapat mengisolasi dirinya dari pergaulan dengan bangsa lain sebagai akibat dari perhubungan dan komunikasi antara bangsa yang sudah intensif sekarang, di pihak lain ia masih dekat sekali bahkan dalam beberapa hal masih terikat oleh adat ke-biasaan dan tradisi-tradisi tempat asalnya.

Hukum agraria nasional-pun demikian, tidak bisa diisolasi (dikungkung) dari perkembangan global yang lebih modern. Meskipun harus diakui bahwa sebagian besar

¹⁵⁴ Mochtar Kusumaatmadja, 1996, Tradisi dan Pembaharuan Di Negara Sedang Berkembang, Naskah Pidato Kuliah Perdana Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran, Bandung, hlm. 27.

masyarakat Indonesia masih terikat dengan adat kebiasaannya terhadap tanah, seperti halnya hak ulayat (*beschikkingsrecht*) itu sendiri. Sehubungan dengan pendapat Mochtar di atas, maka arah politik hukum agraria nasional ke depan dalam menghadapi globalisasi adalah tetap dalam kerangka pluralisme dan penyesuaian hukum, yakni dengan memparalelkan antara kepentingan masyarakat adat dalam bentuk hak ulayat yang masih ada dengan kepentingan pembangunan ekonomi nasional yang membutuhkan peranan hukum agraria nasional yang lebih besar.

3. Penafsiran Sistematis tentang Tanah Adat

Sistem merupakan tatanan atau kesatuan yang utuh yang terdiri bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain yaitu kaidah atau pernyataan tentang apa yang seharusnya, sehingga sistem hukum merupakan sistem normatif. Dengan kata lain sistem hukum adalah suatu kumpulan unsur-unsur yang ada dalam interaksi satu sama lain yang merupakan satu kesatuan yang terorganisasi dan kerjasama kearah tujuan kesatuan.¹⁵⁵

Pembagian atau klasifikasi merupakan ciri sistem hukum, untuk dapat mengadakan pembagian atau klasifikasi harus ada kriterium yakni hukum materiil (*substansif*) dan hukum formil (*ajektif*).¹⁵⁶ Menurut Fuller, suatu sistem hukum tidak boleh mengandung aturan yang bertentangan satu sama lain.¹⁵⁷

Penafsiran sistematis tentang pengaturan tanah ulayat pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 dengan PP No. 38/1963 mengalami system hukum yang mengandung norma yang bertentangan satu sama lain, hal ini dilihat dari penunjukan badan-badan hukum yang

¹⁵⁵ Sudikno Mertokusumo, 2009, Penemuan Hukum Sebuah Pengantar, Liberty, Yogyakarta, hlm. 18.

¹⁵⁶ Ibid., hlm. 25.

¹⁵⁷ Fon Fuller dalam Agus Brotosusilo, 2013, Pengantar Ilmu Hukum seduah Sketsa, Refika Aditama, Bandung, hlm.75.

dapat mempunyai hak milik atas tanah disebutkan dalam Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 masyarakat hukum adat dapat melakukan permohonan penetapan hak atas tanah, sedangkan dalam Peraturan Pemerintah No. 38/1963 masyarakat hukum adat bukan merupakan badan hukum yang dapat mempunyai hak milik atas tanah.

Seperti yang tercantum dalam ketentuan Peraturan Pemerintah No. 38/1963 pada Pasal 1 menyatakan badan-badan hukum yang disebut dibawah ini dapat mempunyai hak milik atas tanah :

- a. Bank-bank yang didirikan oleh Negara
- b. Perkumpulan-perkumpulan Koperasi Pertanian
- c. Badan-badan keagamaan
- d. Badan-badan sosial

Dalam PP No. 38/1963 masyarakat hukum adat bukan merupakan badan hukum yang dapat mempunyai hak milik atas tanah, sedangkan dalam ketentuan Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No. 18/2019 menyatakan masyarakat hukum adat yang memenuhi persyaratan dapat dikukuhkan hak atas tanahnya.

Akibat kekaburan norma dan inkonsistensi tersebut dapat mengakibatkan kerugian dalam memberikan perlindungan hukum terhadap tanah ulayat pada masyarakat hukum adat. Maka diperlukan peraturan perundangan yang baru dan konsisten dan seragam di masa depan khusus tentang perlindungan tanah adat pada masyarakat hukum adat.

C. Pengembangan Hukum Praktis terhadap Tanah Adat

Pengembangan hukum praktis dalam hal ini, hakim dalam melaksanakan sistem hukum praktiknya dengan beberapa cara, yaitu diantaranya melakukan penafsiran hukum, kontruksi hukum ataupun membuat penemuan hukum. Paul Scholten menyatakan penemuan hukum

merupakan sesuatu yang lain dari pada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogy ataupun *rechtsverwijning* (penyempitan hukum).¹⁵⁸

Putusan hakim dilandasi atas pertimbangan hukum (legal reasoning, ratio decidendi) yang komprehensif. Putusan hakim yang tidak cukup pertimbangannya menyebabkan putusan tersebut dapat dikategorikan *onvoldoende gemotiveerd*. Keadaan demikian merupakan permasalahan yuridis, karena dapat dibatalkan oleh pengadilan yang lebih tinggi. Ketentuan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan "Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili." Hal yang serupa juga dinyatakan dalam ketentuan Pasal 178 ayat (1) HIR/Pasal 189 ayat (1) RBg yaitu "Hakim karena jabatannya waktu bermusyawarah wajib mencukupkan segala alasan hukum yang dikemukakan oleh kedua belah pihak."

Kedua ketentuan hukum tersebut mengandung makna putusan hakim harus memberikan pertimbangan yang cukup dan lengkap. Putusan hakim harus mempertimbangkan seluruh alat bukti yang diajukan para pihak, fakta hukum yang terungkap, serta seluruh bagian dari dalil gugatan penggugat. Pertimbangan hakim selain mempertimbangkan persfektif yuridis, juga mempertimbangkan persfektif filosofis, sosiologis dan bahkan psikologis, karena hukum sejatinya bukan satu-satunya entitas yang bertanggung jawab dalam ketertiban, akan tetapi entitas-entitas lain juga memegang peran dan tanggung jawab. Frase "... atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili" dalam ketentuan Pasal 50 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman tersebut menunjukkan bahwa dalam memutus suatu perkara, hakim tidak hanya

¹⁵⁸ Paul Scholten disadur oleh Achmad Rifai, 2011, Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.31.

terpaku pada ketentuan-ketentuan hukum yang bersifat tertulis (teks-teks pada perundang-undangan), melainkan juga memperhatikan sumber-sumber hukum lain di luar perundang-undangan. Pertimbangan hukum putusan hakim akan dipandang cukup dan lengkap jika semua sumber hukum dijadikan dasar pertimbangannya. Salah satu indikator dalam menilai lengkapnya pertimbangan hakim adalah saksama dan rinci yang juga mengandung makna dilarang adanya kontradiksi antara satu pertimbangan dengan pertimbangan lainnya.

Sudikno mertokusumo menjelaskan bahwa tidak ada hukum atau undang-undang yang lengkap selengkap-lengkapannya atau jelas dengan sejelas-jelasnya, karena fungsi hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dengan mengatur seluruh kegiatan manusia, sedangkan kepentingan manusia tidak dihitung jumlah dan jenisnya serta terus menerus berkembang sepanjang masa.¹⁵⁹ Oleh karena itu untuk melengkapi peraturan perundang-undangan dengan menemukan hukum / penemuan hukum.

Metode penemuan hukum (*rechtsvinding*) diantaranya metode interpretasi atau penafsiran, metode argumentasi (*argumentum per analogium*, *argumentum a contrario*, *rechtverwijning*, *fiksi hukum*) dan metode eksposisi / konstruksi hukum. Momentum dimulainya penemuan hukum ialah setelah peristiwa konkritnya dibuktikan, karena pada saat itulah peristiwa konkrit yang telah dibuktikan harus dicari atau ditemukan hukumnya..Peristiwa konkrit itu harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat tercakup oleh peraturan hukum itu, sebaliknya peraturan hukum harus disesuaikan dengan peristiwa konkritnya agar dapat diterapkan.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Sudikno Mertokusumo dalam Bambang Sutiyoso, 2012, Metode Penemuan Hukum : Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan, UII Press, Cet. Keempat, Yogyakarta, hlm. 190.

¹⁶⁰ Sudikno Mertokusumo, 2009, Penemuan Hukum Sebuah Pengantar, Liberty, Yogyakarta, hlm. 75.

Metode Eksposisi / kontruksi hukum yaitu metode yang menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian (hukum), bukan untuk menjelaskan barang, pengertian hukum yang dimaksud adalah konstruksi hukum (*rechts constructie*) yang merupakan alat-alat yang dipakai untuk menyusun bahan hukum yang dilakukan secara sistematis dalam bentuk istilah yang baik.¹⁶¹ Menyusun disini adalah menyatukan apa yang termasuk dalam satu bidang yang sama , satu pengertian yang sama. Pada konteks penemuan hukum dalam pengaturan hukum kedepannya dalam memberi perlindungan tanah ulayat maka metode Eksposisi / kontruksi hukum diperlukan untuk menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian (hukum), dalam rancangan undang-undang perlindungan tanah ulayat pada masyarakat hukum adat dicantumkan dalam pasal pembuka yakni pasal 1 nya menjelaskan arti atau definisi masyarakat adat dan masyarakat hukum adat.

Definisi masyarakat adat dan masyarakat hukum adat disetiap peraturan perundang undangan berbeda, ada yang memakai masyarakat adat ada pula yang memakai masyarakat hukum adat, secara *lex specialis* diperlukan suatu undang-undang khusus yang menjelaskan kedua definisi tersebut. Hal ini karena masyarakat adat merupakan sebutan secara umum dalam konteks sosial sosiologis (landasan sosiologis) sedangkan masyarakat hukum adat merupakan sebutan secara khusus dalam konteks sosial yuridis (landasan yuridis) , serta adat nya merupakan hakekat dasar (landasan filosofis).

1. Konsep Pengaturan Tanah Adat ke Depan

Arti konsep yaitu rancangan / ide atau pengertian yang diabstrakkan dari peristiwa kongkret.¹⁶² Sudikno mertokusumo menjelaskan bahwa tidak ada hukum atau undang-undang yang lengkap selengkap-lengkapnyanya atau jelas dengan sejas-jelasnya, karena fungsi hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dengan mengatur

¹⁶¹ Sudikno Mertokusumo, 1996, Mengenal Hukum Suatu Pengantar, Liberty, Yogyakarta, hlm. 69.

¹⁶² Kamus Besar Bahasa Indonesia, Op.Cit, hlm. 748.

seluruh kegiatan manusia, sedangkan kepentingan manusia tidak terhitung jumlah dan jenisnya serta terus menerus berkembang sepanjang masa.¹⁶³ Oleh karena itu untuk melengkapi peraturan perundang-undangan dengan merancang konsep yang baru.

Konsep pengaturan tanah Adat ke depan yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan teori sistem hukum menurut Kees Schuit. Menurut Kees Schuit¹⁶⁴ dalam teori sistem hukum idealisme hukum positif perlu dilakukan secara sistematis karena hukum adalah suatu sistem, sebagai sebuah sistem cara kerjanya adalah fungsional antara sub system yang satu dengan sub sistem yang lain.

Kees Schuit sebagaimana dikutip J.J.H. Bruggink dari perspektif sosiolog hukum menyebutkan sistem hukum terdiri atas tiga unsur yang memiliki kemandirian tertentu (memiliki identitas dengan batas-batas yang relative jelas) yang saling berkaitan, dan masing-masing dapat dijabarkan lebih lanjut. Unsur-unsur yang mewujudkan sistem hukum tersebut pada hakikatnya berupa:¹⁶⁵

a. Unsur idiil.

Unsur ini terbentuk oleh sistem makna dari hukum, yang terdiri atas aturan-aturan, kaidah-kaidah, dan asas-asas. Unsur inilah yang oleh para yuris disebut "sistem hukum".

b. Unsur Operasional.

Unsur ini terdiri atas keseluruhan organisasi-organisasi dan lembaga-lembaga yang didirikan dalam suatu sistem hukum. Yang termasuk didalamnya adalah juga para pengemban jabatan (*ambtsdrager*) yang

¹⁶³ Sudikno Mertokusumo dalam Bambang Sutiyoso, 2012, Metode Penemuan Hukum : Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan, UII Press, Cet. Keempat, Yogyakarta, hlm. 190.

¹⁶⁴ Dominikus Rato, Op.Cit, hlm.37.

¹⁶⁵ J.J.H. Bruggink, 1999, Refleksi Hukum, Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm. 140.

berfungsi dalam kerangka suatu organisasi atau lembaga.

c. Unsur Aktual.

Unsur ini adalah keseluruhan putusan-putusan dan perbuatan-perbuatan kongkret yang berkaitan dengan sistem makna dari hukum, baik dari pengembian jabatan maupun dari para warga wasyarakat yang di dalamnya terdapat sistem hukum itu.

Teori sistem hukum digunakan sebab idealisme hukum positif perlu dilakukan secara sistemik karena hukum adalah suatu sistem, sebagai sebuah sistem cara kerjanya adalah fungsional antara sub sistem yang satu dengan sub sistem yang lain. Aspek dari sistem hukum adalah substansinya, yang dimaksud dengan substansinya adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu. Jadi substansi hukum menyangkut peraturan perundang-undangan yang berlaku yang memiliki kekuatan yang mengikat. Peraturan-peraturan hukum memang tidak berdiri sendiri, tetapi mempunyai hubungan satu sama lain sebagai konsekuensi adanya keterkaitan antara aspek-aspek kehidupan dalam masyarakat. Bahkan keseluruhan peraturan hukum dalam setiap kelompok masyarakat merupakan suatu sistem hukum.

Teori sistem hukum ini dipakai untuk menguji dan menganalisis tentang sistem penguasaan tanah hak ulayat pada masyarakat hukum adat, yaitu dengan menggunakan teori sistem Kess Schuit. Untuk mengetahui unsur-unsur teori sistem menurut Kess Schuit yaitu unsur idiil; unsur operasional dan unsur aktualnya, selanjutnya dijelaskan unsur-unsurnya sebagai berikut:¹⁶⁶

¹⁶⁶ J.J.H. Bruggink, Terjemahan Arif Sidharta , 1995, Refleksi Hukum, Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm. 140

Unsur idiil : unsur ini terbentuk dari sistem makna dari hukum, yang terdiri dari atas aturan-aturan, kaidah-kaidah dan asas-asasnya. Ilmu hukum adalah ilmu tentang makna-makna, dan makna nilai yang hakiki adalah sesuatu yang diinginkan atau sesuatu yang tidak diinginkan.¹⁶⁷ Hal ini terkait dengan makna hak ulayat dan hak komunal yang diinginkan oleh norma hukumnya harus benar-benar konsisten dengan yang diinginkan oleh normanya dan sesuai dengan prinsip-prinsip dan asasnya.

Unsur operasional: Unsur ini terdiri atas keseluruhan organisasi-organisasi dan lembaga-lembaga, yang didirikan dalam suatu sistem hukum. Lembaga atau organisasi seperti yang di maksud pada unsur operasional ini jika di kaitkan dengan Lembaga seperti yang dimaksud pada unsur operasional ini,¹⁶⁸ jika dikaitkan dengan pengaturan tanah ulayat adalah lembaga pemerintah yakni Kementerian Agraria dan Tata Ruang / Kepala Badan Pertanahan Nasional. Oleh karena itu Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 juncto Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.18/2019 yang dilaksanakan oleh Kementerian Agraria dan Tata Ruang / Kepala Badan Pertanahan Nasional, harus jelas dan benar sesuai dengan prinsip dan asasnya sesuai dengan rujukan konsiderannya yakni UUPA, agar tercapai nilai keadilan dan kepastian hukum. Tanah ulayat dalam UUPA sudah jelas landasan yuridisnya yang tercantum dalam ketentuan pasal 3 UUPA merupakan hak ulayat, namun sebutan hak komunal pada Pasal 1 angka 1 Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.10/2016 disebut hak komunal ,oleh karenanya peraturannya harus jelas dan benar sesuai dengan prinsip-prinsip dan asasnya.

Unsur aktuil: unsur ini adalah keseluruhan putusan-putusan dan perbuatan-perbuatan konkret yang berkaitan dengan sistem makna dari hukum, baik dari para penganban jabatan, maupun dari warga masyarakat, yang

¹⁶⁷ Ibid.,

¹⁶⁸ Ibid.,

di dalamnya terdapat sistem hukum itu.¹⁶⁹ Unsur aktuul dikaitkan dengan pengaturan tanah ulayat dalam hal ini adanya putusan-putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*). Putusan-putusan yang dimaksud yakni Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012. Putusan-putusannya yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*inkracht van gewijsde*), yang merupakan hasil dari sistem pada unsur operasional dalam bentuk unsur aktual.

Sistem hukum dalam hal ini peraturan-peraturan hukum memang tidak berdiri sendiri, tetapi mempunyai hubungan satu sama lain sebagai konsekuensi adanya keterkaitan antara aspek-aspek kehidupan dalam masyarakat.

2. Unsur Idiil pada Tanah Adat

Unsur idiil menurut teori sistem hukum Kess Schuit¹⁷⁰ merupakan sistem makna, unsur terbentuk dari sistem makna dari hukum, yang terdiri dari aturan-aturan, kaidah-kaidah dan asas-asasnya, ilmu hukum adalah tentang makna, dan makna nilai yang hakiki adalah sesuatu yang diinginkan. Hal tersebut berkaitan dengan makna tanah Adat dalam hukum adat harus konsisten dengan yang diinginkan oleh norma hukumnya.

Idiil atau ideal dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia berarti sesuai dengan yang dicita-citakan atau dibayangkan atau dikehendaki / diinginkan.¹⁷¹ Tanah Adat dalam UUPA sudah jelas landasan yuridisnya yang tercantum dalam ketentuan pasal 3 UUPA merupakan hak Adat, namun sebutan hak ulayat yang bersifat komunal pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.18/2019, yang berpijak pada UUPA dalam konsiderannya , jika ditinjau dari unsur idiil

¹⁶⁹ Ibid.,

¹⁷⁰ Ibid, hlm. 140.

¹⁷¹ Ibid.,

dalam teori sistem maka norma maknanya tidak konsisten dan tidak sesuai yang diinginkan oleh UUPA, hal ini jelas UUPA tidak mengenal sebutan hak ulayat yang bersifat komunal, yang dikenal melainkan hanya hak ulayat dan tidak sebutan hak komunal.

3. Unsur Operasional pada Tanah Adat

Unsur Operasional merupakan bagian dari teori sistem Kess Schuit, unsur ini terdiri atas keseluruhan organisasi-organisasi dan lembaga-lembaga yang didirikan dalam suatu sistem hukum. yang termasuk didalamnya adalah juga para pengemban jabatan (*ambtsdrager*) yang berfungsi dalam kerangka suatu organisasi atau lembaga.¹⁷²

Lembaga seperti yang dimaksud pada unsur operasional ini, jika dikaitkan dengan pengaturan tanah Adat adalah lembaga pemerintah yakni Kementerian Agraria dan Tata Ruang / Kepala Badan Pertanahan Nasional. Oleh karena itu Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN kedepannya, harus jelas dan benar sesuai dengan prinsip dan asasnya sesuai dengan rujukan konsiderannya yakni UUPA, agar tercapai nilai keadilan dan kepastian hukum.

Tanah Adat dalam UUPA sudah jelas landasan yuridisnya yang tercantum dalam ketentuan pasal 3 UUPA merupakan hak ulayat, namun sebutan hak ulayat yang bersifat komunal pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.18/2019 tidak dikenal UUPA, maka diperlukan Metode Eksposisi / kontruksi hukum dalam penyelesaiannya.

Metode Eksposisi / kontruksi hukum yaitu metode yang menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian (hukum), bukan untuk menjelaskan barang, pengertian hukum yang dimaksud adalah konstruksi hukum (*rechts constructie*) yang merupakan alat-alat yang dipakai untuk menyusun bahan hukum yang dilakukan secara sistematis

¹⁷² J.J.H. Bruggink, Lo.Cit. hlm. 140.

dalam bentuk istilah yang baik.¹⁷³ Menyusun disini adalah menyatukan apa yang termasuk dalam satu bidang yang sama, satu pengertian yang sama. Pada konteks sebutan hak ulayat yang bersifat komunal pada Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN No.18/2019 yang tidak dikenal UUPA, maka metode Eksposisi / konstruksi hukum diperlukan untuk menjelaskan kata-kata dalam hal ini lebih tepat yaitu hak ulayat bukan lah hak komunal, hal ini agar sinkron dan konsisten sesuai UUPA yang menjadi dasar lahirnya Peraturan Menteri ATR/Kepala BPN tersebut, dalam pasal pembuka yakni pasal 1 angka 1 semestinya nya menjelaskan arti atau definisi hak ulayat bukanlah hak komunal.

Sebutan tanah ulayat di dalam UUPA dan tanah ulayat yang bersifat komunal di dalam Peraturan Menteri ATR/BPN, memberi kerancuan atas eksistensi penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat. Sebutan ulayat sebagai konsep asli orang Minangkabau pada prinsipnya tidak bisa dibawa atau disamakan ke wilayah adat lain di Indonesia.

Jika konsep ulayat digunakan di Papua, orang Papua tidak mengenal sebutan ulayat. Di Bali namanya juga berbeda bukan tanah ulayat tapi disebut tanah *druwe* adat, di Banten disebut tanah *wewengkon*, daerah Jawa disebut tanah *bengkok*, daerah Kalimantan disebut tanah *panyampeto*, daerah Ambon disebut tanah *pertenunan*, daerah Sulawesi disebut tanah *limpo*, daerah Lombok disebut tanah *paer*, serta di daerah Papua disebut tanah *enai tapare*.¹⁷⁴

Sebutan ulayat sebagai konsep asli orang Minangkabau pada prinsipnya tidak bisa dibawa atau disamakan ke wilayah adat lain di Indonesia. Masyarakat hukum adat di Indonesia terdiri dari banyak suku adat yang dalam penyebutan tanahnya berbeda-beda.

¹⁷³ Sudikno Mertokusumo, 1996, Op.Cit., hlm. 69.

¹⁷⁴ Boedi Harsono, 1997, Hukum Agraria Indonesia. Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya. Jilid I Hukum Tanah Nasional. Jakarta: Djambatan, hlm.180.

Masyarakat hukum adat di Indonesia dapat dibagi atas dua golongan menurut dasar susunannya, yaitu yang berdasarkan pertalian suatu keturunan (genealogi) dan berdasar lingkungan daerah (teritorial).¹⁷⁵ Masyarakat hukum atau persekutuan hukum yang teritorial adalah masyarakat yang tetap dan teratur, yang anggota-anggota masyarakatnya terikat pada suatu daerah kediaman tertentu, baik dalam kaitan duniawi sebagai tempat kehidupan maupun dalam kaitan rohani sebagai tempat pemujaan terhadap roh-roh leluhur. Masyarakat atau persekutuan hukum.

Sebagai bahan perbandingan dahulu Van Vollenhoven membagi lingkungan masyarakat hukum adat menjadi sekurang-kurangnya 19 (sembilan belas) daerah lingkungan hukum adat (*Adatrechtskringen*), pembagian itu meliputi 5 (lima) pulau besar di Indonesia dan pulau-pulau kecil lainnya.¹⁷⁶ Namun pembagian lingkungan masyarakat hukum adat tersebut telah berkembang menjadi 366 suku bangsa, Indonesia dikenal sebagai negara yang memiliki tingkat keragaman yang tinggi, baik dari dimensi budaya, etnik, agama, ras, dan golongan. Dilihat dari keragaman etnik di Indonesia terdapat 366 suku bangsa.¹⁷⁷ Artinya Masyarakat hukum adat di Indonesia terdiri dari banyak suku adat yang dalam penyebutan tanah wilayah adatnya berbeda-beda.

Hal yang tepat dalam penyebutan tanah masyarakat hukum adat yaitu tanah adat. Walaupun dalam UUPA dan Peraturan Menteri ATR/BPN tersebut tidak ada menyebutkan Tanah Adat, namun secara prinsip yang terkandung didalam nilai-nilai Pancasila sebutan tanah adat lebih tepat untuk menjangkau seluruh adat di nusantara

¹⁷⁵ Ibid.,

¹⁷⁶ Hilman Hadikusuma, Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia, cet-kedua, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm 5-6.

¹⁷⁷ Soleman Biasane Taneko, 1987, Hukum Adat Suatu Pengantar Awal dan Prediksi Masa Mendatang, Eresco, Bandung, hlm.24.

Indonesia yang sifatnya heterogen serta mengedepankan pluralisme.

Tanah adat berdasarkan nilai-nilai Pancasila antara lain :

a. Pancasila ke-1 adalah “Ketuhanan Yang Maha Esa” dimana terkandung suatu nilai religius sebagai berikut :

- 1) Kepercayaan terhadap adanya Tuhan Yang Maha Esa sebagai suatu pencipta segala hal dimana sifat – sifat yang sempurna serta suci-Nya seperti Maha Kuasa, Maha Pengasih, Maha Adil, Maha Bijaksana, Maha Perkasa dan lainnya.
- 2) Ketakwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa, yaitu menjalankan semua perintah-NYA serta menjauhi larangan – larangannya. Dalam memanfaatkan semua potensi yang diberikan oleh Tuhan Yang Maha Pemurah kita sebagai manusia harus menyadari, jika setiap benda dan makhluk yang ada di sekeliling manusia ialah amanat Tuhan yang harus dijaga dengan sebaik – baiknya, harus dirawat supaya tidak rusak dan harus memperhatikan kepentingan orang lain serta makhluk Tuhan yang lainnya.

Dalam konteks tanah adat sejalan dengan nilai sila pertama yakni tanah adat yang bersifat religius-magis. Kepercayaan masyarakat hukum adat atas Tuhan dan leluhurnya berkaitan erat dengan tanah adatnya yang telah diwariskan secara turun temurun oleh leluhurnya.

b. Sila ke 2 adalah “Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab” dimana terkandung nilai – nilai perikemanusiaan yang harus diperhatikan serta diterapkan dalam kehidupan sehari – hari karena kita adalah makhluk sosial. Pada hal ini adalah sebagai berikut :

- 1) Pengakuan atas suatu harkat dan martabat manusia dengan segala hak serta kewajiban asasi yang dimiliki tiap orang.

- 2) Perlakuan yang adil terhadap sesama manusia, mulai dari diri sendiri, alam sekitar bahkan terhadap Tuhan utamanya.
- 3) Manusia merupakan makhluk beradab ataupun berbudaya yang mempunyai daya cipta, rasa, karsa serta keyakinan masing - masing yang telah dijelaskan sebelumnya.

Penguasaan tanah adat oleh masyarakat hukum adat merupakan pengakuan atas suatu harkat dan martabat manusia dengan segala hak serta kewajiban asasi yang dimiliki tiap orang berdasarkan Kemanusiaan Yang Adil Dan Beradab.

- c. Sila ke-3 "Persatuan Indonesia" dimana terkandung nilai persatuan bangsa, artinya dalam hal - hal yang berkaitan dengan persatuan bangsa wajib diperhatikan aspek - aspek sebagai berikut :
 - 1) Persatuan Indonesia merupakan persatuan bangsa dimana seseorang mendiami wilayah Indonesia serta wajib berpartisipasi membela dan menjunjung tinggi (patriotisme);
 - 2) Pengakuan terhadap kebhinneka tunggal ika an suku bangsa (etnis) dan kebudayaan bangsa lain (berbeda-beda tetapi satu jiwa) yang memberikan suatu arah didalam pembinaan atau pergerakan kesatuan bangsa;
 - 3) Cinta dan bangga akan bangsa dan Negara Indonesia (jiwa nasionalisme).

Sebutan tanah ulayat di dalam UUPA dan tanah ulayat yang bersifat komunal di dalam Peraturan Menteri ATR/BPN, memberi kerancuan atas eksistensi penguasaan tanah adat pada masyarakat hukum adat. Sebutan ulayat sebagai konsep Minangkabau pada prinsipnya tidak bisa dibawa atau disamakan ke

wilayah adat lain di Indonesia, maka berdasarkan nilai Persatuan Indonesia sebutan tanah adat dapat dimaknai sebagai sebutan tanah-tanah masyarakat hukum adat di Indonesia.

- d. Sila ke-4 “Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan Perwakilan” dimana terkandung nilai – nilai kerakyatan. Pada hal ini terdapat beberapa hal yang harus dicermati, yaitu :
- 1) Kedaulatan negara berada di tangan rakyat, pimpinan kerakyatan merupakan hikmat kebijaksanaan yang dilandasi oleh akal sehat bahwa manusia di Indonesia sebagai warga negara serta warga masyarakat memiliki kedudukan, hak serta kewajiban yang sama;
 - 2) Keputusan diambil berdasarkan musyawarah untuk mencapai mufakat dilaksanakan bersifat kekeluargaan. Mewujudkan, menumbuhkan, mengembangkan serta meningkatkan kesadaran akan tanggung jawab para pengambil keputusan didalam pengelolaan lingkungan hidup tersebut;
 - 3) Mewujudkan, menumbuhkan, mengembangkan serta meningkatkan kesadaran akan hak serta tanggung jawab masyarakatnya didalam pengelolaan lingkungan hidup tersebut; Mewujudkan, menumbuhkan, mengembangkan serta meningkatkan kemitraan usaha. Tidak memaksakan kehendak orang lain

Tanah adat pada masyarakat hukum adat dipimpin oleh tokoh adat yang secara turun temurun berlaku aturan adat yang mengedepankan musyawarah mufakat. Keputusan diambil berdasarkan musyawarah untuk mencapai mufakat dilaksanakan bersifat kekeluargaan yang dipimpin oleh sesepuh tokoh adat. Mewujudkan, menumbuhkan, mengembangkan serta meningkatkan kesadaran akan tanggung jawab para

pengambil keputusan didalam pengelolaan lingkungan adatnya yakni tanah adat.

- e. Sila ke-5 yaitu “Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia” dimana terkandung nilai keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Pada hal ini perlu diperhatikan beberapa aspek berikut ini, antara lain :
- 1) Perlakuan yang adil di berbagai bidang kehidupan terutama pada bidang politik, ekonomi dan sosial budaya. Perwujudan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.
 - 2) Keseimbangan antara hak dan kewajiban seseorang, serta menghormati hak milik orang lain.
 - 3) Cita - cita masyarakat yang adil dan makmur serta merata material spiritual bagi seluruh rakyat Indonesia.

Sebutan tanah adat mencerminkan suatu asas keadilan, masyarakat hukum adat di Indonesia terdiri dari banyak suku adat yang dalam penyebutan tanahnya berbeda-beda. Maka sebutan ulayat yang berasal dari suatu suku adat tertentu tidak bisa dipaksakan penyebutannya atas dasar perintah suatu Undang-Undang yakni UUPA yang mengenal dengan sebutan Ulayat dan Peraturan Menteri ATR/BPN yang menyebutkan tanah ulayat yang bersifat komunal.

4. Unsur Aktuil pada Tanah Adat

Aktuil atau aktual diartikan “betul-betul ada sesungguhnya terjadi”¹⁷⁸ Unsur aktuil yang merupakan bagian dari teori sistem Kess Schuit, menjelaskan keseluruhan putusan-putusan dan perbuatan-perbuatan kongkret yang berkaitan dengan sistem makna dari hukum,

¹⁷⁸ Kamus Besar Bahasa Indonesia, Op.Cit,hlm.17.

baik dari pengembalian jabatan maupun dari para warga masyarakat yang di dalamnya terdapat sistem hukum itu.¹⁷⁹

Unsur aktual dikaitkan dengan pengaturan tanah Adat dalam hal ini adanya putusan-putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*). Putusan-putusan yang dimaksud yakni Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011 bahwa dinyatakan kawasan hutan tanpa melalui proses atau tahapan-tahap yang melibatkan berbagai pemangku kepentingan diantaranya masyarakat hukum adat yang telah berada sebelum penunjukan kawasan hutan oleh Negara sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan, merupakan pelaksanaan pemerintah yang otoriter dan mengabaikan hak-hak masyarakat hukum adat.¹⁸⁰ Setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011 tersebut kembali ditetapkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012 yang menyatakan hutan adat adalah hutan adat yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat (hak Adat).

Pengaturan hukum kedepan dalam memberikan perlindungan hukum terhadap tanah Adat pada masyarakat hukum adat dalam perspektif *ius constituendum* yakni adanya keseragaman definisi tentang Tanah adat Masyarakat Hukum Adat, Masyarakat Adat, Masyarakat Tradisional dalam suatu peraturan perundangan yang khusus tentang perlindungan tanah Adat pada masyarakat hukum adat. Konstruksi norma pengaturan penguasaan tanah Adat kedepan idealnya berdasarkan unsur idiil pada makna dan karakteristiknya, unsur operasional yakni lembaga yang konsisten mengeluarkan peraturan perundangan, dan unsur aktual agar terpenuhinya material hukum utama, unsur aktual dikaitkan dengan pengaturan tanah Adat

¹⁷⁹ J.J.H. Bruggink, *Lo.Cit.*, hlm. 140.

¹⁸⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 45/PUU-IX/2011, hlm 157-158.

dalam hal ini adanya putusan-putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*).

Pengaturan kedepan tersebut perlu dilakukan hal ini karena cakupan ontologi, epistemologi dan aksiologi pada Peraturan Menteri ATR/BPN No. 18/2019 belum terpenuhinya nilai kemanfaatan dan kepastian hukum, belum bermanfaat dikarenakan hak komunal dan hak ulayat merupakan makna yang berbeda, belum mencapai kepastian hukum dikarenakan dengan dicabutnya Permen Agraria No.5/1999 tentang Hak ulayat atas lahirnya Permen ATR/BPN No.10/2016 Juncto Peraturan Menteri ATR/BPN No. 18/2019 tentang hak komunal otomatis terjadi ketidakpastian hukum terhadap penetapan hak ulayat, sekalipun telah memberikan keadilan pada masyarakat hukum adat dengan adanya inisiatif pemerintah menerbitkan Permen ATR/BPN tersebut. Pada persepektif *ius constituendum* kedepannya disebutkan tanah adat dalam suatu undang-undang karena sebutan ulayat tidak bisa disamakan dengan sebutan tanah adat masyarakat hukum adat di seluruh Indonesia berbeda-beda dalam penyebutan tanah adat.

Perlu adanya harmonisasi peraturan antara Kementerian Dalam Negeri dengan Kementerian ATR/BPN , Permendagri No.52/2014 tentang pengakuan perlindungan masyarakat hukum adat dengan Peraturan Menteri ATR/BPN No. 18/2019 terkait tanah ulayat yang bersifat komunal, hal dikarenakan saling berkaitan yaitu subyek hukumnya yaitu masyarakat hukum adat dan obyek hukumnya yaitu tanah adat sebagai sebutan yang seragam di Indonesia. Bahwa perlunya suatu badan pengawas terhadap pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi dalam konteks putusan terkait hak-hak masyarakat hukum adat agar pelaksanaannya dapat diimplementasikan secara maksimal.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku-Buku

- Ahmad Ali, 1996, *Menguak Takbir Hukum (Suatu Kajian Filosofis Dan Sosiologis)*, Chandra Pratama, Jakarta.
- Abu Daud Busroh, 2009, *Ilmu Negara, cet-kesembilan*, Bumi Aksara, Jakarta.
- Aslan Noor, 2006, *Konsep hak milik atas tanah bagi bangsa Indonesia ditinjau dari ajaran hak asasi manusia*, Cetakan ke 1, Mandar Maju, Bandung.
- Arief Shidarta, Benard, 2000, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum Sebuah Penelitian Tentang Fundasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Mandar Maju, Bandung.
- Bambang Sunggono, 1998, *Metodologi Penelitian Hukum*, , Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- JJ.H. Bruggink, 1999, *Refleksi Tentang Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Berman, Paul Schiff, 2008, *Federalism and internasional law Through the Lens of Legal Plurarisme*, Missouri Law Review, Volume 73, 2008.
- Darji Darmodiharjo, 1988, *Pancasila Suatu Tinjauan Filosofis, Historis dan Yuridis-Konstitusional Usaha Nasional*, Surabaya.
- Edy Ikhsan, 2015, *Konflik Tanah Ulayat dan Pluralisme Hukum*, Pustaka Obor, Jakarta.
- Farida Indrati Soeprapto, 2010, *Ilmu Perundang-Undangan : Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Kanisius, Yogyakarta.
- Griffiths, Jhon, 2005, *Memahami plirarisme Hukum, Sebuah deskripsi konseptual dalam plurarisme hukum Sebuah pendekatan Interdisipliner*, penerjemahan Andri Akbar dkk, huma, Jakarta.
- Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian hukum*, Prenada Media, Jakarta.

- Herowati Poesoko, M. Khoidin, & Dominikus Rato, 2014, Eksistensi Pengadilan Adat Dalam Sistem Peradilan Di Indonesia, LaksBang Justitia, Surabaya.
- Herowati Poesoko, 2013, Pelatihan Metodologi Penelitian Dan Penulisan Hukum , Modul Mata Kuliah Metode Penelitian Hukum, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Jember.
- Hans Kelsen, 2011, General Theory of Law and State, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Bandung, Nusa Media.
- Hadjon, Philipus M., 1987, Perlindungan hukum bagi Rakyat Indonesia, PT Bina Ilmu, Surabaya.
- Hilman Hadikusuma, 2003, Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia, cet-ke dua, Mandar Maju, Bandung.
- Hadjon, Philipus M., Titik Sri Djamiati, 2005, Argumentasi Hukum, Gajah Mada University Press, Yogyakarta.
- Jujun S, Suriasumantri, 1987, Filsafat Ilmu Sebagai Pengantar Populer, Sinar harapan, Jakarta.
- K. Oka Setiawan, 2003, Hak ulayat desa adat tenggan pegrisingan Bali pasca UUPA, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta.
- Lili Rasjidi, Ira Thania Rasjidi, 2002, Pengantar Filsafat Hukum, Mandar Maju, Bandung.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2011, Penelitian Hukum, Kencana-Cetakan ke 11, Jakarta.
- Martua Sirait, Chip Fay dan A. Kusworo, 1999, Bagaimana Hak-hak Masyarakat Hukum Adat dalam Mengelola Sumber Daya Alam Diatur, ICRAF, Bogor.
- Moh. Mahfud MD, 2009, Politik Hukum di Indonesia, Edisi Revisi, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Maria Kaban, 2004, Keberadaan hak masyarakat adat atas tanah di Tanah Karo, USU Repository, Sumatera Utara.
- Rawls, John, A Theory of Justice, 2006, London: Oxford University press, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Teori Keadilan, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

- Rato, Dominikus, 2015, *Hukum Adat Kontemporer*, Laksbang Justitia, Surabaya.
- _____ 2010, *Filsafat Hukum , Mencari, Menemukan dan Memahami Hukum*, Laksbang Justicia, Surabaya.
- Riduan Syahrani, 1999, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Sudikno Mertokusumo, 2002, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Cetakan Ketiga, Liberty, Yogyakarta.
- Suseno , Frans Magnis, 2006, *Hubungan Struktural Masyarakat Hukum Adat, Suku Bangsa, Bangsa, Dan Negara*, Komnas HAM, Jakarta.
- Soepomo, 1991, *Bab-bab Tentang Hukum Adat*, dikutip dari Ter Haar, *Beginsellen En Stelsel Van Adatrecht*, 1939. Cet. VI, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Sumardjono, Maria S.W., 2015, *Ihwal Hak Komunal Atas Tanah*, Kompas, Jakarta
- Soerjono Soekanto, 1983, *Pengantar Sejarah Hukum*, Alumni, Bandung.
- Soerjono Soekanto & Soleman B. Taneko, 2012, *Hukum Adat Indonesia*, Raja Grafiika Persada, Jakarta.
- Sirait, Martua, 2001, *Kajian Kebijakan Hak-Hak Masyarakat Adat di Indonesia; Suatu Refleksi Pengaturan Kebijakan dalam era Otonomi Daerah*, ICRAF, Jakarta.
- Soetandyo Wignjosoebroto, 1999, *Komunitas Lokal versus Negara Bangsa, dalam tulisan Menggugat Posisi Masyarakat hukum adat Terhadap Negara*, LSPP, Jakarta.
- Ter Haar, 1985, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat*, Sumur Batu, Bandung.
- Utrecht, 1957, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Iktiar, Jakarta.
- Windia P. Wayan, 2008, *Bali Mawacara: Gagasan suatu hukum adat (awig-awig) dan pemerintahan di Bali*, Pusat Penelitian Hukum, Univ. Udayana, Denpasar.

- _____, 2008, Menyoal awig-awig eksistensi hukum adat dan desa di Bali, Lembaga Dokumentasi dan Publikasi FH Univ. Udayana, Denpasar.
- Wignodipuro Berojo, 1987, Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat Indonesia, Masagung, Jakarta.
- Yanis Maladi, 2008, Pendaftaran Tanah Nasional Dan Kehidupan Hukum Masyarakat (Perspektif teori-teori Sosial), Mahkota Kata, Yogyakarta.

B. Jurnal

- Andi Agus, 2017, Eksistensi Masyarakat Adat dalam Kerangka Negara Hukum di Indonesia, Jurnal Sosialisasi, Universitas Negeri Makassar, Makassar.
- I Dewa Gede Palguna, 2014, Implikasi hak menguasai Negara terhadap hak milik perorangan sebagai politik agrarian dalam penyelenggaraan atas tanah, Jurnal Bagian Hukum Pemerintahan Fakultas Hukum Universitas Udayana, Vol.1 No. 1, Denpasar.
- I Nyoman Prabu Buana Rumiarta, 2016, Aleniasi Kedudukan Masyarakat Hukum Adat, Jurnal Akses Nasional, Volume 7 No. 2, Denpasar.
- _____, 2015, Prinsip Negara Hukum Pada Freies Ermessen, Jurnal Akses Nasional, Volume 7 No. 1, Denpasar Bali.
- _____, 2018, Implementation Instruments of Recognition of Indigenous and Tribal Peoples on Land Mastery, Proceeding International Conference Law, ICLEH, Semarang-Indonesia.
- Sri Hajati, 2005, Restrukturisasi Hak Atas Tanah dalam rangka Pembaruan Hukum Agraria Nasional, Jurnal FH Unair, Surabaya.
- Widodo Ekatjahjana, 2010, Mencermati Rasio Decidenti MK dalam Putusan No. 12/PUU-VII/2009 tentang Penderogasian Norma Hukum dan Sifat Putusan PTUN, Jurnal Konstitusi, Volume 7 No. 5, Jakarta.