

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Hukum Tanah Adat

1. Pengertian Hukum Adat

a. Pengertian Hukum

Hukum banyak sekali seginya dan luas sekali cakupannya karena hukum mengatur semua bidang kehidupan masyarakat, tidak hanya masyarakat suatu bangsa tetapi juga masyarakat dunia yang selalu mengalami perkembangan dan perubahan terus menerus. Perkembangan sejarah kehidupan umat manusia senantiasa menyebabkan terjadinya perubahan tentang apa yang di maksud dengan hukum dari masa kemasa, sebelum manusia mengenal Undang-Undang hukum identik dengan kebiasaan dan tradisi yang menjadi pedoman dalam kehidupan. (Ahmad Ali, 2008:12)

Hukum dapat didefenisikan dengan memilih satu dari 5 kemungkinan di bawah ini yaitu : (Riduan Syahrani, 2009:18)

- a. Sesuai sifat-sifatnya yang mendasar, logis, relijius, atau pun etis.
- b. Menurut sumbernya, yaitu Undang-Undang.
- c. Menurut efeknya di dalam kehidupan masyarakat.
- d. Menurut metode pernyataan formalnya atau pelaksanaan otoritasnya.
- e. Menurut tujuan yang ingin di capainya.

Berikut disebutkan beberapa defenisi hukum menurut para pakar :
(Riduan Syahrani, 2009:18)

- a. Ceorg Frenzel yang berpaham sosiologi, “hukum hanya merupakan suatu *rechtgewohnheiten*.”

- b. Holmes yang berpaham realis, hukum adalah apa yang diramalkan akan diputuskan oleh pengadilan.
- c. Paul Bohannon yang berpaham antropologis, hukum merupakan himpunan kewajiban yang telah di lembagakan dalam pranata hukum.
- d. Karl Von Savigni yang berpaham historis, keseluruhan hukum sungguh-sungguh terbentuk melalui kebiasaan dan perasaan kerakyatan yaitu melalui pengoperasian kekuasaan secara diam-diam.
- e. Emmanuel Kant yang berpaham hukum alam, hukum adalah keseluruhan kondisi-kondisi terjadi kombinasi antara keinginan pribadi seseorang dengan keinginan pribadi orang lain sesuai dengan hukum umum tentang kemerdekaan.
- f. Hans Kelsen yang berpaham positivis.

Hukum adalah suatu perintah memaksa terhadap tingkah laku manusia.

Pengertian Hukum menurut Utrecht (C.S.T. Kansil 1986:38) adalah himpunan peraturan-peraturan (perintah, dan larangan) yang mengatur tata tertib dalam suatu masyarakat dan harus ditaati oleh masyarakat itu.

Dengan demikian beberapa rumusan defenisi diatas yang dibuat oleh para ahli untuk melukiskan apa yang dimaksud dengan hukum. Selain itu masih banyak lagi defenisi-defenisi hukum yang berbeda beda akan tetapi kalau diperhatikan defenisi-defenisi atau pengertian-pengertian hukum tersebut, satu hal adalah pasti bahwa hukum itu berhubungan dengan manusia dalam masyarakat.

b. Pengertian Hukum Adat

Hukum non-statutair yang sebagian besar adalah hukum kebiasaan dan sebagian kecil hukum Islam. Hukum adat itupun melingkupi hukum yang

berdasarkan keputusan-keputusan hukum yang berisi asas-asas hukum dalam lingkungan ia memutuskan perkara hukum adat berurat berakar pada kebudayaan tradisional. Hukum adat adalah suatu hukum yang hidup, karena itu menjelaskan perasaan hukum yang nyata dari rakyat, sesuai dengan fitrahnya sendiri, hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup itu sendiri. (Soepomo, 1982:7).

Hukum adat merupakan hukum yang berkembang dan berlaku didalam kehidupan masyarakat pada suatu daerah. Menurut Soerjono Soekanto (Soerjono Soekanto, 1983:283) keseluruhan adat (yang tidak tertulis) dan hidup dalam masyarakat berupa kesusilaan kebiasaan dan kelaziman yang mempunyai akibat hukum. Hukum adat yaitu hukum yang sejak dahulu kala berlaku di kalangan rakyat, hukum yang sebagian besar masih belum tertulis, tetapi hidup dalam tindakan rakyat mengenai segala soal didalam kehidupan kita dalam masyarakat. (Subekti, 1979:9)

Menurut Ter Haar (Hilman Hadikusuma, 1996:7) Hukum Adat adalah seluruh peraturan yang ditetapkan dalam keputusan-keputusan dengan penuh wibawa, dan yang dalam pelaksanaannya ditetapkan begitu saja, artinya tanpa adanya keseluruhan peraturan yang dalam kelahirannya inyatakan mengikat sama sekali. Menurut Sorojo Wignjodipoero (1985:16) Hukum adat adalah suatu kompleks norma-norma yang bersumber pada perasaan keadilan rakyat selalu berkembang serta meliputi peraturan-peraturan tingkah laku bahwa manusia dalam kehidupan sehari-hari dalam masyarakat sebagian besar tidak tertulis, senantiasa ditaati dan dihormati oleh rakyat karena mempunyai akibat hukum.

Hukum adat merupakan suatu rangkaian norma-norma hukum yang menjadi pegangan bersama dalam kehidupan masyarakat. Berbeda dengan norma-norma hukum tertulis yang dituangkan dalam kehidupan bermasyarakat yang secara tegas dibuat oleh penguasa legislatif dalam bentuk perundang-undangan, dimana norma-norma hukum adat tidak tertulis. Boedi Harsono, (1999:179). Jimly Asshiddiqie (2002:23) mengatakan hukum adat terbentuk melalui proses pelembagaan nilai-nilai dan proses pengulangan perilaku dalam kesadaran warga masyarakat menjadi norma yang dilengkapi dengan sistem sanksi.

Dari beberapa pendapat para ahli di atas hukum adat merupakan hukum tidak tertulis yang ada dalam kehidupan masyarakat dimana terbentuk dari kebiasaan dan memiliki sanksi apabila melanggar.

c. Pengertian Masyarakat Hukum Adat

Istilah masyarakat hukum adat adalah istilah resmi yang tercantum dalam berbagai peraturan perundang-undangan, seperti dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (yang selanjutnya disebut UUPA), Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2014 tentang Perkebunan dan peraturan perundang-undangan lainnya sebagai padanan dari *rechtgemeenschapt*, atau oleh sedikit literatur menyebutnya *adatrechtgemenschap*. Istilah masyarakat hukum adat dilahirkan dan digunakan oleh pakar hukum adat yang lebih banyak difungsikan untuk keperluan teoritik akademis. Istilah masyarakat adat adalah istilah yang lazim diungkapkan dalam bahasa sehari-hari oleh kalangan non-hukum yang mengacu pada sejumlah kesepakatan internasional. (Taqwaddin, 2010:36)

Masyarakat hukum adat adalah kelompok masyarakat yang secara turun temurun bermukim di wilayah geografis tertentu karena adanya ikatan pada asal usul leluhur, adanya hubungan yang kuat dengan lingkungan hidup, serta adanya sistem nilai yang menentukan pranata ekonomi, politik, sosial, dan hukum. (Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup).

Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan mengatur keberadaan masyarakat hukum adat yang tertuang di dalam Pasal 67 ayat (1) keberadaan masyarakat hukum adat menurut kenyataannya memenuhi unsur :

- a) Masyarakatnya masih dalam bentuk paguyuban (*rechtgemenschaap*);
- b) Ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasaan adatnya;
- c) Ada wilayah hukum adat yang jelas;
- d) Ada pranata dan perangkat hukum yang khususnya peradilan adat yang masih ditaati;
- e) Mengadakan pemungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya untuk memenuhi kebutuhan hidupnya sehari-hari.

Masyarakat hukum adat menurut Ter Haar adalah kelompok masyarakat yang teratur, menetap di suatu daerah tertentu, mempunyai kekuasaan sendiri dan mempunyai kekayaan sendiri baik berupa benda yang terlihat maupun tidak terlihat, dimana para anggota kesatuan masing-masing mengalami kehidupan dalam masyarakat sebagai hal yang wajar menurut kodrat alam dan tidak seorang pun diantara para anggota itu mempunyai pikiran atau kecenderungan untuk membubarkan ikatan yang telah tumbuh itu atau meninggalkannya dalam arti melepaskan diri dari ikatan itu untuk selamanya (Husein Alting, 2010: 31). Masyarakat hukum adat menurut

Kusumadi Pujosewojo dalam (Maria S.W. Sumardjono, 2001:56) adalah masyarakat yang timbul secara spontan di wilayah tertentu, berdirinya tidak ditetapkan atau diperintahkan oleh penguasa yang lebih tinggi atau penguasa lainnya, dengan rasa solidaritas sangat besar di antara anggota, memandang bukan anggota masyarakat sebagai orang luar dan menggunakan wilayahnya sebagai sumber kekayaan yang hanya dapat dimanfaatkan sepenuhnya oleh anggotanya.

Menurut Hazairin, masyarakat hukum adat adalah kesatuan-kesatuan masyarakat yang mempunyai kelengkapan-kelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri yang mempunyai kesatuan hukum, kesatuan penguasa dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan air bagi semua anggotanya (Rikardo Simarmata, 2006 :23).

Menurut Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012 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 Mahkamah Konstitusi merupakan delegasi wewenang yang diatur 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. 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.

Ter Haar Bzn dalam bukunya yang berjudul *Beginselen en Stelsel van het Adatrecht* yang dikutip oleh Soejono Soekanto dalam bukunya Hukum Adat Indonesia, dan telah pula dijadikan sebagai Yurisprudensi Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 31/PUU-V/2007, disebutkan bahwa ciri-ciri dari kesatuan masyarakat hukum adat sebagai berikut.

- a. adanya kelompok-kelompok teratur;
- b. menetap di suatu daerah tertentu;
- c. mempunyai pemerintahan sendiri;
- d. memiliki benda-benda materiil maupun immateril

Berdasarkan pendapat beberapa ahli di atas masyarakat hukum adat adalah sekelompok orang yang berada di suatu daerah tertentu dan hidup secara turun temurun di wilayah tersebut, dimana memiliki kekayaan pada wilayahnya yang hanya dapat dimanfaatkan untuk kelompok masyarakat tersebut saja. Terbentuknya kelompok masyarakat ini terjadi secara spontan karena hidup pada wilayah yang sama.

Soepomo mengatakan corak atau pola-pola tertentu di dalam hukum adat yang merupakan perwujudan dari struktur kejiwaan dan cara berfikir yang tertentu oleh karena itu unsur-unsur hukum adat adalah: (Soepomo, 1997:140-141).

- a. Mempunyai sifat kebersamaan yang kuat, artinya, manusia menurut hukum adat, merupakan makhluk dalam ikatan kemasyarakatan yang erat, rasa kebersamaan mana meliputi sebuah lapangan hukum adat;

- b. Mempunyai corak magisch-religius, yang berhubungan dengan pandangan hidup alam Indonesia;
- c. Sistem hukum itu diliputi oleh pikiran serba kongkrit, artinya hukum adat sangat memperhatikan banyaknya dan berulang-ulangnya hubungan-hubungan hidup yang kongkret. Sistem hukum adat mempergunakan hubungan-hubungan yang kongkrit tadi dalam pengatur pergaulan hidup.
- d. Hukum adat mempunyai sifat visual, artinya- hubungan-hubungan hukum dianggap hanya terjadi oleh karena ditetapkan dengan suatu ikatan yang dapat dilihat (atau tanda yang tampak).

Dr. Holleman, dalam pidato inaugurasinya yang berjudul *De Commune trek in Indonesische rechtsieven*, menyimpulkan adanya empat sifat umum hukum adat Indonesia, yang hendaknya dipandang juga sebagai suatu kesatuan yaitu sifat religio-magis, sifat komun, sifat constant dan sifat kongkret. "Religio-magis" itu sebenarnya adalah pembulatan atau perpaduan kata yang mengandung unsur beberapa sifat atau cara berpikir seperti prelogis, animisme, pantangan, ilmu gaib, dan lain-lain. Alam pikiran religio-magis itu mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Kepercayaan terhadap makhluk-makhluk halus, roh-roh dan hantu-hantu yang menempati seluruh alam semesta dan khusus.
- b. Gejala-gejala alam, tumbuh-tumbuhan, binatang, tubuh manusia dan benda-benda;
- c. Kepercayaan terhadap kekuatan-kekuatan sakti yang meliputi seluruh alam semesta dan khusus terdapat dalam peristiwa-peristiwa yang luar biasa, binatang yang luar biasa, tumbuh-tumbuhan yang luar biasa, tubuh manusia yang luar biasa, benda-benda yang luar biasa dan suara yang luar biasa;

- d. Anggapan bahwa kekuatan sakti yang pasif itu dipergunakan sebagai magische kracht dalam berbagai perbuatan-perbuatan ilmu gaib untuk mencapai kemauan manusia atau untuk menolak bahaya gaib;
- e. Anggapan bahwa kelebihan kekuatan sakti dalam alam menyebabkan keadaan krisis, menyebabkan timbulnya berbagai macam bahaya yang hanya dapat dihindari dengan berbagai macam pantangan. (Deis Na dalam “Hukum Adat sebagai Aspek Kebudayaan” <http://tata-hkm.blogspot.com/2010/07/hukum-adat-sebagai-segi-aspek.html>)

Undang-Undang Dasar sebelum amandemen tidak secara tegas menunjukkan kepada kita pengakuan dan pemakaian istilah hukum adat. Bila ditelaah, maka dapat disimpulkan ada sesungguhnya rumusan-rumusan yang ada di dalamnya mengandung nilai luhur dan jiwa hukum adat. (I Gede A.B.Wiranata, 2005 : 40). Hukum adat diakui sebagaimana dinyatakan dalam Undang-undang Dasar 1945 Pasal 18B ayat (2), bahwa 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. Dalam memberikan tafsiran terhadap ketentuan tersebut (Jimly Ashiddiqie, 2003 : 32-33) konsitusi ini, memberikan jaminan pengakuan dan penghormatan hukum adat bila memenuhi syarat:

- a. Syarat realitas, yaitu hukum adat masih hidup dan sesuai perkembangan masyarakat;
- b. Syarat idealitas, yaitu sesuai dengan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, dan keberlakuan diatur dalam undang-undang

Pengakuan dan penghormatan itu diberikan tanpa mengabaikan ukuran-ukuran kelayakan bagi kemanusiaan sesuai dengan tingkat perkembangan keberadaan bangsa. Misalnya tradisi-tradisi tertentu yang memang tidak layak lagi dipertahankan tidak boleh dibiarkan tidak mengikuti arus kemajuan peradaban hanya karena alasan sentimental. Pengakuan dan penghormatan itu tidak boleh mengurangi makna Indonesia sebagai suatu negara yang berbentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia. Memahami rumusan Pasal 18B UUD 1945 tersebut maka Konstitusi menjamin kesatuan masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya. Jaminan konstitusi sepanjang hukum adat itu masih hidup, sesuai dengan perkembangan masyarakat; dan sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, diatur dalam undang-undang.

Tugas setiap individu di dalam masyarakat menurut hukum adat adalah mempertahankan tatanan kehidupan tersebut, yang dikemukakan oleh Abbas sebagai berikut, Tugas utama masyarakat hukum adat adalah membina keselarasan, keseimbangan, keserasian dan kesinambungan antara masyarakat sebagai makhluk hidup dengan isi alam semesta, sebab harmoni itu akan membawa kebahagiaan bagi kehidupan bersama. Setiap perbuatan yang mungkin menimbulkan disharmoni, harus dimintakan restu dari penghuni gaib (Syahrizal Abbas, 2009;241.)

2. Hukum Tanah Adat

a. Arti Penting Tanah Adat bagi masyarakat hukum adat

Hak utama yang menyebabkan tanah itu memiliki kedudukan yang sangat penting dalam hukum adat, yaitu bahwa tanah itu merupakan tempat tinggal, memberikan penghidupan, tempat dimana warga yang meninggal dunia

dikebumikan dan merupakan pula tempat tinggal pelindung persekutuan dan roh para leluhur persekutuan (Surojo Wignjodipoera 1990:217).

Antara persekutuan dengan tanah yang mendudukinya itu terdapat hubungan yang erat sekali, hubungan yang mempunyai sumber serta yang bersifat religio-magis (Surojo Wignjodipuro 1983:198). Hubungan yang erat dan bersifat religio-magis ini menyebabkan persekutuan memperoleh hak untuk menguasai tanah dimaksud, memanfaatkan tanah itu, memungut hasil dari tumbuh-tumbuhan yang hidup diatas tanah itu, juga berburu terhadap binatang-binatang yang hidup di situ. Hak persekutuan atas tanah ini disebut hak pertuanan atau hak ulayat.

Dalam pengertian hukum merupakan serangkaian wewenang dan kewajiban sesuatu masyarakat hukum adat tertentu atas suatu wilayah tertentu yang merupakan ulatnya, sebagai "lebensraum" para warganya untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah, perairan, tanaman dan binatang dalam wilayahnya yang menjadi sumber kehidupan dan mata pencariannya (Bzn. Ter Haar, 1948). A. Suriyaman Mustari Pidie mengatakan bahwa terdapat 2 hal yang menyebabkan sehingga tanah memiliki kedudukan sangat penting dalam hukum adat, yaitu:

- 1) Karena sifatnya, tanah merupakan satu-satunya benda kekayaan yang bersifat tetap dalam keadaannya sebagai benda yang nyata.
- 2) Karena faktanya, bahwa tanah merupakan tempat tinggal dan memberikan penghidupan bagi masyarakat hukum adat, tempat pemakaman leluhurnya, serta tempat tinggal roh leluhur masyarakat hukum adat tersebut (A. Suriyaman Mustari Pidie, 2014 : 120). Konsep tanah dalam hukum adat juga dianggap merupakan benda berjiwa yang tidak boleh dipisahkan dari

persekutuan dengan manusia. Tanah dan manusia, meskipun berbeda wujud dan jati diri, namun merupakan suatu kesatuan yang saling mempengaruhi dalam jalinan susunan keabadian tata alam (*cosmos*), besar (*macro cosmos*), dan kecil (*micro cosmos*). Tanah dipahami secara luas meliputi semua unsur bumi, air, udara, kekayaan alam, serta manusia sebagai pusat, maupun roh-roh di alam supranatural yang terjalin secara menyeluruh dan utuh (Herman Soesangobeng, 2003 :12).

Hukum tanah adat menurut B.F.Sihombing adalah hak pemilikan dan penguasaan sebidang tanah yang hidup dalam masyarakat adat pada masa lampau dan masa kini serta ada yang tidak mempunyai bukti-bukti kepemilikan secara autentik atau tertulis, kemudian pula ada yang didasarkan atas pengakuan dan tidak tertulis (B.F. Sihombing, 2004 : 67).

b. Macam Hak Atas Tanah dalam Hukum Adat

1) Hak Ulayat

Pengertian Hak ulayat atau hak persekutuan menurut Iman Sudiyat dalam bukunya Endang Sumiarni dan kawan-kawan yang berjudul Hukum Adat dan Kearifan Lokal Suku Sentani (2010: 24), memiliki ciri-ciri tertentu yaitu :

- a) Hanya persekutuan hukum itu sendiri beserta para warganya yang berhak dengan bebas mempergunakan tanah-tanah liar di wilayah kekuasaannya.
- b) Orang luar hanya boleh mempergunakan tanah itu dengan izin penguasa persekutuan tersebut; tanpa izin dari penguasa persekutuan, orang luar tersebut dianggap melakukan pelanggaran.
- c) Warga persekutuan hukum boleh mengambil manfaat dari wilayah hak purba dengan batasan; hanya untuk keperluan somah/brayat/keluarganya

sendiri; jika dimanfaatkan untuk kepentingan orang lain, ia dipandang sebagai orang asing sehingga harus mendapat izin lebih dahulu.

- d) Persekutuan hukum bertanggungjawab atas segala hal yang terjadi dalam wilayahnya, terutama terhadap tindakan melawan hukum yang dianggap sebagai delik.
- e) Hak purba tidak dilepaskan, dipindahtangankan, diasingkan untuk selamanya.
- f) Hak purba meliputi juga tanah yang sudah digarap, yang sudah diliputi oleh hak perorangan.

Hak atas tanah yang terjadi menurut hukum adat adalah hak milik dengan cara melalui daluwarsa. Dalam hukum adat mengenal pengaruh lampaunya waktu terhadap berlangsung atau tidaknya suatu hak atau kewajiban daluwarsa sebagai hukum untuk memperoleh hak atas tanah tersebut, yang sebenarnya tanah tersebut milik orang lain secara sah yang sampai masa daluwarsa, tanah tersebut tidak dijaga atau dikelola oleh pemilik yang sah tersebut (Iman Sudiyat, 1999: 14). Seorang warga persekutuan berhak untuk membuka tanah dan mengerjakan tanah itu terus-menerus dan menanam pohon di atas tanah itu sehingga ia mempunyai hak milik atas tanah.

Hak milik dapat diperoleh meskipun hak mengerjakan tanah itu praktis tidak boleh lebih dari satu atau dua tahun panen. Apabila hak mengerjakan tanah itu tidak dapat lebih lama daripada satu kali panen saja, maka warga persekutuan yang bersangkutan sesungguhnya hanya memperoleh hak mempergunakan tanah itu saja (Sutedi, 2014: 38).

Keberadaan hak ulayat sebagai tanah adat yang dimiliki oleh suatu masyarakat hukum adat, telah menunjukkan adanya suatu hubungan hukum antara masyarakat hukum adat sebagai subyek hukum, dan tanah sebagai obyek hukum. Hak Ulayat menunjukkan hubungan hukum antara masyarakat hukum adat sebagai subyek hak, dan tanah/wilayah tertentu sebagai obyek hak. Hak ulayat tersebut berisi wewenang untuk :

- 1) Mengatur dan menyelenggarakan penggunaan tanah (untuk permukiman, bercocok tanam, dan lain-lain), persediaan (pembuatan permukiman/persawahan baru dan lain-lain), dan pemeliharaan tanah;
- 2) Mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah (memberikan hak tertentu pada subyek tertentu)
- 3) Mengatur dan menetapkan hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum berkenaan dengan tanah (jual-beli, warisan, dan lain-lain) (tim kerja penelitian hukum, 2000:38).

Menurut Maria S.W. Sumardjono hak ulayat dikatakan ada jika memenuhi kriteria sebagai berikut.

- 1) Adanya masyarakat hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu sebagai subjek hak ulayat;
- 2) Adanya tanah / wilayah dengan batas-batas tertentu sebagai *lebensraum*(ruang hidup) yang merupakan objek hak ulayat;
- 3) Adanya kewenangan masyarakat hukum adat untuk melakukan tindakan-tindakan yang berhubungan dengan tanah, sumberdaya alam lain, serta perbuatan-perbuatan hukum (Ade Saptomo 2010:15).

Budi Harsono (2007:186) juga mengemukakan ada 3 (tiga) unsur pokok yang harus dipenuhi untuk dapat menyatakan bahwa suatu hak ulayat di suatu tempat tertentu masih ada, yaitu.

- 1) Unsur masyarakat, yaitu sekelompok orang yang merasa terkait tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum tertentu yang mengakui dan menerapkan ketentuan-ketentuan persekutuan tersebut dalam kehidupan sehari-hari;
- 2) Unsur wilayah, yaitu adanya tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum tersebut, sekaligus sebagai tempat anggota masyarakat hukum adat yang bersangkutan untuk mengambil keperluan hidupnya sehari-hari; dan
- 3) Unsur hubungan antara masyarakat adat dengan wilayahnya, yaitu adanya tatanan hukum adat tentang pengurusan, penguasaan dan penggunaan tanah.

Pendapat Van Vollenhoven sebagaimana dikemukakan oleh Muhammad Bushar, mengatakan bahwa ciri-ciri hak ulayat itu adalah: (Muhammad Bushar,1998:30)

- 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.
- 2) Bagi orang di luar anggota persekutuan hukum, untuk mengerjakan tanah harus dengan izin persekutuan hukum (dewan pimpinan adat) 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).

- 3) Persekutuan hukum sedikit banyak masih mempunyai campur tangan dalam hal tanah yang sudah dibuka dan ditanami oleh seseorang.
- 4) Persekutuan hukum bertanggungjawab atas segala sesuatu yang terjadi dalam ulayatnya. Persekutuan hukum tidak dapat memindahtangankan hak penguasaan kepada orang lain.
- 5) Hak ulayat menurut hukum adat ada di tangan suku/masyarakat hukum/desa.

Objek hak ulayat ini adalah tanah dan juga perairan, seperti sungai dan perairan pantai laut, dan juga atas tanaman yang tumbuh sendiri, seperti pohon-pohon, buah-buahan, dan batang kayu, begitu juga dengan binatang-binatang liar yang hidup dilingkungan tanah ulayat tersebut. (Ter Haar , 1999:59).

Hak-hak atas tanah yang timbul dari proses yang secara terus menerus dikerjakan oleh masyarakat, lalu dilegalkan penguasa kampung/kepala desa dengan pengakuan tanpa surat, sehingga terakhir lahir hubungan kepemilikan yang diakui oleh masyarakat sekawasan dan resmi menjadi milik seseorang dan atau masyarakat dalam lingkungan adat tersebut. Inilah yang kemudian diakui sebagai hak-hak atas tanah yang lahir karena ketentuan hukum adat. (Mhd. Yamin Lubis dan Abd. Rahim Lubis, 2012:19).

Pengaruh perkembangan manusia yang semakin maju, sudah barang tentu tanah milik bersama dalam satu kawasan atau satu

keluargapun akan menjadi sasaran untuk dikeluarkan bagian-bagian tertentu kepada individu anggota masyarakat hukum adat yang bersangkutan dari kepemilikan bersamanya. Proses seperti ini bahkan semakin lama semakin menjadi kegiatan manusia secara alamiah dan tidak terelakkan terjadinya di atas tanah-tanah adat atau tanah milik keluarga sekalipun. Akhirnya milik bersama yang sifatnya *publiekrechtjke*-pun, berkembang ke semakin terindividualisasi menjadi milik privat (hak milik adat). Milik bersama tersebut tidak mungkin ditahan untuk menjadi benda/barang milik individu dan untuk kemudian dapat dialihkan dan beralih dari kepemilikan bersama tersebut. (Mhd.Yamin Lubis dan Abd. Rahim Lubis, 2012:98).

Meskipun pada 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 agraria hak ulayat itu pada zaman penjajahan dulu sering kali diabaikan. Berhubung dengan disebutkannya hak ulayat di dalam Undang-Undang Pokok Agraria, yang pada hakikatnya berarti pula pengakuan hak itu, maka pada dasarnya hak ulayat itu akan diperhatikan sepanjang hak tersebut menurut kenyataannya memang masih ada pada masyarakat hukum yang bersangkutan. Misalnya di dalam pemberian sesuatu hak atas tanah (umpunya hak guna usaha) masyarakat hukum yang bersangkutan sebelumnya akan didengar pendapatnya dan akan diberi "*recognitie*" yang memang ia berhak menerimanya selaku pemegang hak ulayat itu. Sebaliknya tidaklah dapat dibenarkan, jika berdasarkan hak ulayat itu masyarakat hukum tersebut menghalang-halangi pemberian hak guna usaha itu, sedangkan pemberian

hak tersebut di daerah itu sungguh perlu untuk kepentingan yang lebih luas.
(Yulia Mirwati, 2016:131).

2) Hak Perseorangan

Hak perorangan yaitu suatu hak yang diberikan kepada warga desa ataupun orang luar atas sebidang tanah yang berada di wilayah hak purba (ulayat) persekutuan hukum yang bersangkutan. Jenis hak perorangan yang terpenting ada 6 (enam). (Imam Sudiyat 1999:8)

- a) Hak milik, hak yasan (*inlands bezitrecht*);
- b) Hak wenang pilih, hak kinacek, hak mendahulu (*voorkeursrecht*);
- c) Hak menikmati hasil (*genorecht*);
- d) Hak pakai (*gebruiksrecht*) dan hak menggarap/mengolah (*ontginningsrecht*);
- e) Hak imbalan jabatan (*ambtelijk profijt recht*);
- f) Hak wenang beli (*naastingsrecht*)

Menurut Purnadi Purbacaraka dan A. Ridwan Halim, (1985:27), hak perorangan ada 2, yaitu:

1. Hak milik

Hak milik (adat) atas tanah ialah suatu hak atas tanah yang dipegang 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.

2. 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.

Terjadinya hak milik perorangan atas tanah persekutuan atau hak ulayat dikarenakan perorangan dengan keluarganya membuka tanah hutan lingkungan hak ulayat marga atau kampung, untuk tanah perladangan, sampai menjadi tempat kediaman atau tempat usaha pertanian yang tetap dengan ditanami tumbuh-tumbuhan keras (pohon buah-buahan, karet, kelapa, kopi dan sebagainya) (Soerjono Soekanto, 2001:197).

B. Penyelesaian Sengketa Tanah berdasarkan Asas Kepastian Hukum dan Keadilan

1. Pengertian Penyelesaian Sengketa

a. Menurut Hukum Adat

Penyelesaian sengketa menurut hukum adat salah satunya yaitu melalui lembaga adat Kedamaian. Dalam penyelesaian sengketa tanah adat di Palangkaraya, Kalimantan Tengah diatur dalam Peraturan Daerah nomor 16 tahun 2008 Bab X tentang penyelesaian sengketa (Pasal 27, Pasal 28, Pasal 29, Pasal 30, dan Pasal 31). Dalam peraturan ini ditentukan bahwa penyelesaian secara adat adalah penyelesaian pertama dan bersifat final. Pasal 27 ayat (1) menentukan bahwa sengketa adat yang diajukan kepada kerapatan mantir/let perdamaian adat baik dalam tingkat Desa/kelurahan maupun pada tingkat kecamatan wajib untuk diterima, diproses, dan diputuskan. Pasal 28 ayat (1) menentukan segala perselisihan sengketa dan pelanggaran hukum adat yang telah didamaikan dan diberi sanksi adat melalui keputusan kerapatan mantir/let perdamaian adat tingkat kecamatan adalah bersifat final dan mengikat.

b. Menurut Hukum Negara

1) Penyelesaian sengketa melalui pengadilan (Litigasi)

Litigasi merupakan proses penyelesaian sengketa di pengadilan, semua pihak yang bersengketa saling berhadapan satu sama lain untuk mempertahankan hak-haknya di muka pengadilan. Hasil akhir dari suatu penyelesaian sengketa melalui litigasi adalah putusan yang menyatakan *win-lose solution* (Nurnaningsih Amriani, 2012:35). Ada 4 (empat) Badan Peradilan yaitu Peradilan Umum, Peradilan Tata Usaha Negara, Peradilan Agama dan Peradilan Militer.

Prosedur dalam jalur litigasi ini sifatnya lebih formal dan teknis, menghasilkan kesepakatan yang bersifat menang kalah, cenderung menimbulkan masalah baru, lambat dalam penyelesaiannya, membutuhkan biaya yang mahal, tidak responsif dan menimbulkan permusuhan di antara para pihak yang bersengketa. Kondisi ini menyebabkan masyarakat mencari alternatif lain yaitu penyelesaian sengketa di luar proses peradilan formal. Penyelesaian sengketa di luar proses peradilan formal ini lah yang disebut dengan "*Alternative dispute resolution*" atau ADR (Yahya Harahap, 2008:234).

2) Peradilan Umum

Peradilan umum ialah sebuah pelaksanaan kekuasaan dalam kehakiman untuk rakyat yang mencari keadilan. Apabila rakyat pada umumnya melaksanakan sebuah pelanggaran ataupun kejahatan, dalam peraturan mampu dihukum ataupun dikenakan sanksi serta diadili pada lingkungan peradilan umum. Peradilan umum pada saat ini telah ditetapkan dalam UU No. 49 Tahun 2009 tentang perubahan kedua atas Undang-undang nomor

2 tahun 1986 tentang peradilan umum. Kekuasaan kehakiman pada lingkungan peradilan umum diselenggarakan pada pengadilan negeri, pengadilan tinggi serta Mahkamah Agung yang berperan sebagai pengadilan negara yang tertinggi. (<https://belajargiat.id/peradilan-umum-di-indonesia/>)

3) Pengadilan Negeri

Pengadilan negeri adalah sebuah pengadilan umum yang dalam sehari-hari bertugas memeriksa serta memutuskan perkara pada tingkat pertama dari semua perkara perdata serta pidana sipil pada seluruh kelompok penduduk (warga negara serta orang asing)

4) Penyelesaian sengketa diluar pengadilan (Non Litigasi)

Penyelesaian sengketa melalui non-litigasi jauh lebih efektif dan efisien sebabnya pada masa ini, berkembangnya berbagai cara penyelesaian sengketa (*settlement method*) di luar pengadilan, yang dikenal dengan ADR dalam berbagai bentuk, seperti: (yahya Harahap, 2009:236).

a. Arbitrase

Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang arbitrase dan penyelesaian sengketa alternatif menjelaskan bahwa arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Arbitrase digunakan untuk mengantisipasi perselisihan mungkin terjadi maupun yang sedang mengalami perselisihan yang tidak dapat diselesaikan secara negosiasi/konsultasi maupun melalui pihak ketiga serta untuk menghindari penyelesaian sengketa melalui peradilan.

b. Negosiasi

Menurut Ficher dan Ury, negosiasi merupakan komunikasi dua arah yang dirancang untuk mencapai kesepakatan pada saat kedua belah pihak memiliki berbagai kepentingan yang sama maupun berbeda. (Nurnaningsih Amriani, 2012:33). Hal ini selaras dengan apa yang diungkapkan oleh Susanti Adi Nugroho bahwa, negosiasi ialah proses tawar menawar untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain melalui proses interaksi, komunikasi yang dinamis dengan tujuan untuk mendapatkan penyelesaian atau jalan keluar dari permasalahan yang sedang dihadapi oleh kedua belah pihak. (Susanti Adi Nugroho, 2009:21).

c. Mediasi

Menurut Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu mediator. Mediasi (*mediation*) melalui sistem kompromi (*compromise*) di antara para pihak, sedang pihak ketiga yang bertindak sebagai mediator hanya sebagai penolong (*helper*) dan fasilitator, (Yahya Harahap 2009 : 236).

d. Konsiliasi

Konsiliasi merupakan lanjutan dari mediasi. Mediator berubah fungsi menjadi konsiliator. Dalam hal ini konsiliator menjalankan fungsi yang lebih aktif dalam mencari bentuk-bentuk penyelesaian sengketa dan menawarkannya kepada para pihak. Jika para pihak dapat

menyetujui, solusi yang dibuat konsiliator akan menjadi *resolution*.(Nurnaningsih Amriani 2012:34).

e. Penilaian ahli

Penilaian ahli merupakan cara penyelesaian sengketa oleh para pihak dengan meminta pendapat atau penilaian ahli terhadap perselisihan yang sedang terjadi. (Takdir Rahmadi, 2011:19)

f. Perdamaian Adat

Dalam penyelesaian sengketa tanah adat melalui Kedamaian diutamakan perdamaian adat. Perdamaian adat ini merupakan salah satu cara penyelesaian sengketa dimana bagi pihak yang dianggap bersalah diberikan sanksi adat oleh Mantir Adat.

2. Asas Kepastian Hukum

Kepastian hukum dapat dimaknai bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Kepastian diartikan sebagai kejelasan norma sehingga dapat dijadikan pedoman bagi masyarakat yang dikenakan peraturan ini. Pengertian kepastian tersebut dapat dimaknai bahwa ada kejelasan dan ketegasan terhadap berlakunya hukum didalam masyarakat. Hal ini untuk tidak menimbulkan banyak salah tafsir. Kepastian hukum yaitu adanya kejelasan skenario perilaku yang bersifat umum dan mengikat semua warga masyarakat termasuk konsekuensi-konsekuensi hukumnya. Kepastian hukum dapat juga berarti hal yang dapat ditentukan oleh hukum dalam hal-hal konkret. (Van Apeldoorn, 1990:24-25).

Kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian hukum akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang. (Fence M. Wantu, 2007: 193).

3. Asas Keadilan

Menurut Aristoteles keadilan adalah tindakan yang terletak diantara memberikan terlalu banyak dan juga sedikit yang dapat diartikan ialah memberikan sesuatu kepada setiap orang sesuai dengan memberi apa yang menjadi haknya. (Bur Rasuanto, 2005:66). Pandangan-pandangan Aristoteles tentang keadilan dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Lebih khususnya, dalam buku *nichomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan yang berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, “ karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”. Yang sangat penting dari pandangannya ialah pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proposional. (Carl Joachim Friedrich, 2004:126-127)

Menurut Thomas Aquinas, seorang filsuf abad tengah, 1225-1274, membangun teori keadilan dengan bertolak pada asumsi bahwa setiap orang

memiliki integritas. Integritas diwujudkan melalui aktualisasi kesetaraan (*equality*) hak yang dimiliki. Kesetaraan daitikan bahwa tiap orang adalah dirinya sendiri dan dimiliki, dicirikan dengan berbagai milik internal dan eksternal dengan berbagai bentuk apakah mental seperti pakaian dan rumah, termasuk istri dan anak-anak.(Huijbers, Theo, 1982:42)

C. Landasan Teori

1. Teori Kepastian Hukum

Kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Walaupun kepastian hukum erat kaitannya dengan keadilan, namun hukum tidak identik dengan keadilan. Hukum bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan, sedangkan keadilan bersifat subyektif, individualistis, dan tidak menyamaratakan. Sudikno Mertokusumo (2007 : 160).

Menurut Van Apeldoorn (Achmad Ali, 1996;134-135) kepastian hukum meliputi dua hal, yakni:

- a) Kepastian hukum adalah hal yang dapat ditentukan (*bepaalbaarheid*) dari hukum, dalam hal-hal yang konkrit. Pihak-pihak pencari keadilan (*yustisiabelen*) ingin mengetahui apakah hukum dalam suatu keadaan atau hal tertentu, sebelum ia memulai dengan perkara;
- b) Kepastian hukum berarti pula keamanan hukum, artinya melindungi para pihak terhadap kewenang-wenangan hakim. Roscoe Pound juga menambahkan bahwa yang disebut dengan kepastian hukum adalah *predictability* yang artinya terukur dan dapat diperhitungkan.

Menurut Peter Mahmud Marzuki (2008, hal. 158) Teori Kepastian hukum mengandung 2 (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 hukum yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu. Kepastian hukum bukan hanya berupa Pasal-pasal dalam Undang-undang melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan hakim yang satu dengan putusan hakim lainnya untuk kasus yang serupa yang telah diputuskan

2. Teori Keadilan

Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan didalamnya. Pandangan Hans Kelsen ini pandangan yang bersifat positifisme, nilai-nilai keadilan individu dapat diketahui dengan aturan-aturan hukum yang mengakomodir nilai-nilai umum, namun tetap pemenuhan rasa keadilan dan kebahagiaan diperuntukan tiap individu.

Lebih lanjut Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif. Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan. Tetapi kebutuhan-

kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan. Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor-faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.

Sebagai aliran positivisme Hans Kelsen mengakui juga bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakikat suatu benda atau hakikat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya sah dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. (Hans Kelsen, 2011;7)

