























mengandung banyak inti (*essensial*) yang sama dengan hak *Eigendom* menurut hukum perdata BW, dan istilah asing yang digunakan untuk ini adalah “*Indonesisch Bezits Recht*”. Menurut pendirian pemerintah hak milik ini di bagi ke dalam dua bagian yaitu:

- 1) Hak milik perorangan yang turun-temurun, atau dengan singkat hak milik (*Erfelijk individual bezit*).
- 2) Hak milik komunal, atau dengan singkat hak komunal (*Communal Bezit*).

Perbedaanya di antara hak milik perseorangan dan hak milik komunal hanya terletak pada pasangan haknya saja, sebab mengenai isinya adalah sama. B. Ter Haar Bzn (1989: 124), mengemukakan teorinya yang dikenal dengan “Teori Bola” bahwa:

Hubungan hak peraturan terhadap hak orang seseorang adalah menguncup mengembang dengan tiada hentinya. Besar perbedaan di pandang dari sudut nilai sosial orang seseorang terhadap hak masyarakat untuk mempertahankan diri terhadap hak seseorang itu, demikian juga sebaliknya.

Berdasarkan teori tersebut maka dapat dikatakan bahwa hak milik perorangan dan hak milik bersama (komunal) itu akan semakin kuat, apabila ada usaha yang terus-menerus dilakukan oleh yang mempunyai hak. Hak tersebut sebaliknya akan lemah, apabila tanah itu tidak usahakan terus-menerus dan diterlantarkan.

b. Sesudah Berlakunya UUPA

Dalam Hukum Tanah Nasional ada bermacam-macam hak penguasaan atas tanah sebagai berikut :

- 1) Hak Bangsa Indonesia disebut dalam Pasal 1 UUPA, sebagai hak penguasaan atas tanah yang tertinggi, beraspek perdata dan publik.
- 2) Hak Menguasai dari Negara yang disebut dalam Pasal 2 UUPA, semata-mata beraspek publik.
- 3) Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat disebut dalam Pasal 3 UUPA beraspek perdata dan publik.
- 4) Hak-hak Perorangan atau Individu, semuanya beraspek Perdata terdiri atas:
  - a) Hak-hak atas tanah sebagai hak-hak individu yang semuanya secara langsung atau pun tidak langsung bersumber pada hak bangsa, yang disebut dalam Pasal 16 UUPA dan Pasal 53 UUPA.
  - b) Wakaf, yaitu hak milik yang sudah diwakafkan dalam Pasal 49 UUPA.
  - c) Hak Jaminan atas tanah yang disebut hak tanggungan dalam Pasal 25 UUPA, Pasal 33 UUPA, Pasal 39 UUPA, dan Pasal 51 UUPA.

Berdasarkan macam-macam hak penguasaan atas tanah tersebut, maka Pasal 16 UUPA menyebutkan hak-hak atas tanah yang dapat dipunyai oleh perseorangan yaitu :

- 1) Hak Milik
- 2) Hak Guna Usaha
- 3) Hak Guna Bangunan
- 4) Hak Pakai
- 5) Hak Sewa
- 6) Hak Membuka Tanah
- 7) Hak Mengungut Hasil Hutan

- 8) Hak-hak yang lain termasuk dalam hak-hak tersebut akan ditetapkan dengan Undang-Undang serta hak-hak yang sifatnya sementara sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 53 UUPA.

Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 4 ayat (1) UUPA, menentukan bahwa :

Atas dasar hak menguasai dari Negara sebagai yang dimaksud dalam Pasal 2 ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi, yang disebut tanah, yang dapat diberikan kepada dan dipunyai oleh orang-orang baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain serta badan-badan hukum.

Atas dasar hak menguasai dari Negara tersebut dalam pelaksanaannya dikuasakan kepada daerah-daerah swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat. Pelaksanaan hak menguasai dari Negara kepada masyarakat hukum adat. Di dalam hukum adat, antara masyarakat hukum adat sebagai kesatuan dengan tanah yang kuasainya, terhadap hubungan yang erat sekali dan hubungan yang bersifat pandangan religio magis. Hubungan yang erat dan bersifat religio magis ini, menyebabkan masyarakat hukum adat memperoleh hak untuk menguasai tanah, memanfaatkan tanah, memungut hasil dari tumbuh-tumbuhan yang hidup diatas tanah, dan juga berburu terhadap binatang-binatang yang hidup di wilayah persekutuan hukum adat. Dengan demikian macam-macam hak penguasaan atas tanah salah satunya disebut hak ulayat. (Tolib Setiady, 2008: 78).

## **B. Hak Ulayat**

### **1. Pengertian Hak Ulayat**

Hidup manusia tidak mungkin dilepas dari tanah. Tiap membicarakan eksistensi manusia sebenarnya secara tidak langsung kita juga berbicara tentang tanah. Tanah adalah sesuatu tempat dari manusia menjalani kehidupannya serta memperoleh sumber untuk melanjutkan kehidupannya, karena itu sampai taraf perkembangan sekarang manusia mempunyai kebutuhan terhadap tanah.

Di lain pihak jumlah manusia yang membutuhkan tanah sangat banyak, oleh karena itu, diperlukan adanya kaidah-kaidah itu, karena adanya hubungan antara manusia. Keseluruhan kaidah-kaidah hukum yang bangkit dari pergaulan hidup antar manusia yang berkenaan dengan pemanfaatan tanah, (Djaren Saragih, 1984: 74).

Peraturan Daerah Khusus Provinsi Papua Nomor 23 Tahun 2008 Tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Hak Perorangan Warga Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah, Pasal 1 angka 6, menentukan bahwa :

Hak Ulayat masyarakat hukum adat atas tanah adalah hak persekutuan yang dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas suatu wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya yang meliputi hak untuk memanfaatkan tanah beserta segala isinya sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Hak ulayat masyarakat hukum adat atas tanah adalah hak persekutuan yang dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas suatu wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya yang meliputi hak untuk memanfaatkan tanah beserta segala isinya sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Masyarakat hukum adat adalah warga asli Papua yang sejak

kelahirannya hidup dalam wilayah tertentu dan terikat serta tunduk kepada hukum adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi di antara para anggotanya.

Ter Haar (Salle, 1999: 32) dalam bukunya (Robert K.H. Hammar, 2008: 35-36) mengemukakan bahwa :

Hubungan antara manusia dengan tanah, yaitu tanah tempat mereka berdiam, tanah yang memberi makan mereka, tanah tempat mereka dimakamkan dan yang menjadi tempat kediaman orang-orang halus pelindungan beserta arwah leluhurnya, tanah tempat meresap daya-daya hidup, termasuk juga hidupnya umat, oleh karenanya tergantung dari padanya, maka pertalian itu yang dirasakan dan berakar dalam alam pikirannya itu dapat dan seharusnya dianggap sebagai pertalian hukum (*rechtbetrekking*) umat manusia dengan tanah.

Menurut kamus hukum (M. Marwan dan Jimmy. P, 2009: 243), Hak Ulayat adalah :

Hak masyarakat hukum adat untuk menguasai tanah beserta isinya di lingkungan wilayahnya; Serangkaian wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat tertentu dengan suatu wilayah tertentu, yang merupakan lingkungan hidup dan penghidupan para warganya sepanjang masa.

Hak ulayat (*rechtbetrekkingrecht*) adalah berupa hak dan kewajiban dari pada persekutuan hukum sebagai suatu keseluruhan atas suatu wilayah tertentu yakni wilayah dimana mereka hidup (Djaren Saragih, 1984: 75). Soetiknjo dan Ruwiasuti, (1997 :113), mengatakan bahwa hak ulayat berasal dari kata wilayah, yang artinya hak untuk menguasai tanah ulayat dan untuk hubungan hukum antara masyarakat hukum tersebut dengan tanah hak ulayat, maka selanjutnya disebut dengan hak ulayat merupakan induk dari hak pengelolaan sumber daya alam yang dimiliki oleh masyarakat.

Menurut Fifik Wiryani, (2009: 20) yang dimaksud dengan hak ulayat adalah:

Hak dari persekutuan hukum untuk menggunakan dengan bebas tanah-tanah yang masih merupakan hutan belukar di dalam lingkungan wilayahnya, guna kepentingan persekutuan hukum adat itu sendiri dan anggota-anggotanya, atau guna kepentingan orang-orang luaran (pendatang atau orang asing) akan tetapi, dengan ijinnya dan senantiasa dengan pembayaran pengakuan (rekognisi) dalam pada itu persekutuan hukum tetap campur tangan, secara keras atau tidak, juga atas tanah-tanah yang diusahakan orang yang terletak di dalam lingkungan wilayahnya.

Masyarakat adat adalah suatu kesatuan komunitas yang memiliki asal-usul leluhur secara turun-temurun hidup di wilayah geografis tertentu, serta memiliki sistem nilai, ideologi, ekonomi, politik, budaya, dan sosial yang khas, (Supriyanto, dalam Machmur (editor), 1999: 95). Boedi Harsono mengartikan hak ulayat adalah:

Sebagai seperangkat wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat, yang berhubungan dengan tanah yang terletak dalam lingkungan wilayahnya, yang merupakan pendukung utama penghidupan dan kehidupan masyarakat yang bersangkutan sepanjang masa. Kewenangan dan kewajiban tersebut ada yang termasuk kedalam bidang hukum perdata yaitu yang berhubungan dengan hak bersama dan ada yang termasuk dalam hukum publik, yaitu berupa tugas kewenangan untuk mengelola, mengatur, dan memimpin, peruntukan, penguasaan dan pemeliharannya, (Harsono Boedi, 2007: 185).

Konsep mengenai tanah adat tidak langsung diartikan namun beberapa ahli hukum telah mengartikan kedalam hak ulayat dan hak milik sebagai tanah adat. Hak ulayat dan yang serupa itu (tanah warga) 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-temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan. Tanah ulayat adalah



bidang tanah yang di atasnya terdapat hak ulayat dari suatu masyarakat hukum adat tertentu.

Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Negara Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Sengketa Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, Pasal 1, menentukan bahwa :

- (1) Hak ulayat yang serupa itu dari masyarakat hukum adat, (untuk selanjutnya hak ulayat), adalah kewenangan yang menurut hukum adat dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas wilayah tertentu merupakan lingkungan para warganya untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah, dalam wilayah tersebut, bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya, yang ditimbulkan dari hubungan secara lahiriah dan batiniah turun-temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan.
- (3) Masyarakat hukum adat adalah sekelompok orang yang terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga suatu persekutuan hukum karena kesamaan tempat tinggal atau pun atas dasar keturunan.

Menurut Eddy Ruchiyat, (1995: 34), hak ulayat adalah :

Hak ulayat adalah hak desa menurut adat dan kemampuannya untuk menguasai tanah dalam lingkungan daerahnya buat kepentingan anggota-anggotanya atau untuk kepentingan orang lain dengan membayar ganti rugi, kepada desa. Dalam hal mana desa itu sedikit banyak turut campur dalam pembukaan tanah dan turut bertanggungjawab terhadap perkara-perkara yang belum dapat diselesaikan.

Hak ulayat menurut hukum adat dapat dirumuskan sebagai konsep yang komunalistik religious magis. Yang dimaksud dengan komunalistik adalah hak bersama para anggota persekutuan hukum adat yang disebut hak ulayat. Sifat religious magis adalah tanah ulayat yang merupakan milik bersama atau kepunyaan bersama yang diyakini sebagai suatu karunia kekuatan gaib atau peninggalan nenek moyang kepada kelompok masyarakat hukum adat yang melangsungkan kehidupan. Hak ulayat mempunyai kekuatan yang berlaku ke dalam dan ke luar. Ke

dalam berhubungan dengan para warganya, sedangkan kekuatan yang berlaku ke luar dalam hubungannya dengan bukan anggota masyarakat hukum adatnya, yang disebut orang asing atau orang luar, (Alting Husen, 2010:49-53).

## 2. Subjek Hak Ulayat

Subjek hak ulayat adalah masyarakat hukum adat, baik yang merupakan persekutuan hukum adat yang didasarkan pada kesamaan tempat tinggal (teritorial), maupun yang didasarkan pada keturunan (genealogis), yang di kenal dengan berbagai nama yang khas daerah yang bersangkutan misalnya suku, marga, dati, dusun, nagari, dan sebagainya. Dalam hukum adat atau hukum apapun masyarakat sangat memiliki arti yang sangat penting sebagai endapan kenyataan sosial. Soerjono Soekanto (1985: 148), menyebutkan masyarakat merupakan suatu bentuk kehidupan bersama, yang warga-warganya hidup bersama untuk jangka waktu yang cukup lama, sehingga menghasilkan kebudayaan. Masyarakat merupakan suatu sistem sosial yang menjadi wadah dari pola-pola interaksi sosial atau hubungan interpersonal maupun hubungan antar kelompok sosial. Untuk itu dalam hukum adat dapat disimpulkan bahwa suatu masyarakat hukum adat dapat terjadi dalam suatu bingkai kedaerahan yang di kenal dengan asas teritorial dan berdasarkan keturunan (asas genealogis) atau gabungan teritorial dan genealogis.

Masyarakat hukum adat dapat dikategorikan berdasarkan teritorial, yakni susunan berasaskan lingkungan hubungan darah, anggota masyarakatnya merasa bersatu dan oleh sebab itu merasa bersama-sama merupakan kesatuan kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan, karena ada ikatan antara mereka masing-masing dengan tanah tempat tinggal. Jadi unsur yang mempersatukan

anggota masyarakat adalah ikatan antara orang dengan tanah yang didiami sejak kelahirannya, didiami oleh orang dan bahkan nenek moyang secara turun-temurun. Untuk itu, pada masyarakat kategori ini, ikatan dengan tanah (wilayah) merupakan inti dari asas teritorial.

Salah satu sifat khas dari hak ulayat pada masyarakat hukum adat yakni komunalistik religius yang memungkinkan penguasaan tanah secara individu, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi sekaligus mengandung unsur kebersamaan. Unsur kebersamaan ini merupakan hak bersama masyarakat hukum adat atas tanah yang di kenal dengan hak ulayat, sekaligus sifat religius karena tanah hak ulayat yang diperoleh warga masyarakat yang diyakini sebagai karunia TUHAN yang diberikan kepada nenek moyang sampai pada generasi selanjutnya.

Pemanfaatan hak ulayat dilakukan oleh para warga sebagai anggota kelompok masyarakat hukum adat (baik teritorial maupun genealogis). Masing-masing mempunyai hak untuk menguasai dan menggunakan sebagai tanah kepunyaan bersama guna memenuhi kebutuhan keluarga. Penguasaan hak dapat berlangsung sementara waktu, biasa dilakukan sampai tanpa batas waktu (hak milik) secara individu. Kewajiban untuk melakukan penguasaan dan pemanfaatan secara kolektif atau kelompok tidak ada, namun hal itu dapat dilakukan sepanjang yang bersangkutan menginginkannya. Walaupun ada hak individu, bukan berarti tanah tersebut bersifat pribadi semata-mata, harus sadari bahwa yang dikuasai dan digunakan itu adalah sebagian dari tanah bersama. Pendapat Imam Ruchiyat dikutip oleh Husen Alting, (2010: 56), bahwa hak ulayat tidak dapat dilepaskan kecuali untuk sementara waktu, guna kepentingan anggota-anggotanya atau mungkin orang

pendatang dan orang asing. Sifat penguasaan yang demikian itu pada dirinya mengandung apa yang disebut unsur kebersamaan.

Tanah bersama tersebut bukan hanya peruntukan bagi pemenuhan kebutuhan suatu generasi, tetapi diperuntukan sebagai unsur pendudukan utama dalam kehidupan dan penghidupan generasi yang pendahulu, sekarang dan yang akan datang. Tanah tersebut wajib di kelola dengan baik dan dimanfaatkan untuk memenuhi kebutuhan bersama dan kebutuhan para warga masing-masing dan keluarganya. Dengan demikian hak ulayat masyarakat hukum adat tersebut di samping mengandung hak kepunyaan bersama atas tanah bersama para anggota atau warganya termasuk hukum perdata, dan mengandung tugas kewajiban mengelola, mengatur penguasaan, pemeliharaan, peruntukan dan penggunaannya termasuk dalam bidang hukum publik.

Selain subjek hak ulayat berupa masyarakat atau individu juga di kenal badan hukum sebagai pihak yang diberi wewenang dan tugas untuk melakukan pemeliharaan, pemanfaatan terhadap sumber daya alam yang dimiliki, sekaligus mengatur hubungan hukum antara masyarakat dengan sumber daya alam tersebut, dengan tujuan agar pemanfaatannya tetap lestari dari tidak menimbulkan konflik, (Alting Husen, 2010: 54-55).

### 3. Objek Hak Ulayat

Objek hak ulayat meliputi semua tanah yang ada dalam lingkup wilayah masyarakat hukum adat yang bersangkutan baik yang sudah mempunyai hak di atas tanah tersebut maupun yang belum, dengan demikian dalam lingkup hak ulayat tidak mengenal adanya tanah yang *res nullius*, sehingga tanah yang ada dalam

wilayah masyarakat pasti ada pemiliknya. Penentuan batas tanah dilakukan dengan memperhatikan keadaan alam yang ada disekitarnya. Batas-batas tersebut misalnya dengan pohon, tanaman, kali, batu besar, dan benda-benda lain yang ada disekitarnya serta dapat bertahan dalam jangka waktu lama. Hak diperoleh atas tanah dapat berupa hak ulayat, membuka tanah (*ontginnings-recht*), memunggut hasil hutan atau hak menikmati (*genot-recht*), hak pakai (*gebruiks-recht*), hak milik adat (*inlandsh bezit-recht*), hak memunggut hasil hutan (*zemel-recht*), hak menebang pohon atau hutan (*kap-recht*), hak berburu (*jacht-recht*), dan sebagainya, (Alting Husen, 2010: 56-57).

Menurut Tolib Setiady, (2009: 316) yang menjadi objek hak ulayat adalah meliputi :

- a) Tanah (daratan)
- b) Air (perairan) seperti misalnya : kali, danau, pantai beserta perairannya.
- c) Tumbuh-tumbuhan yang hidup serta liar (pohon buah-buahan, pohon untuk kayu pertukangan atau kayu bakar dan lain sebagainya).
- d) Binatang-binatang yang hidup di atas lingkungan hak ulayat (hidup liar dan bebas dalam hutan)

Menurut Teer Haar, (1989: 23), objek hak ulayat berlaku baik atas tanah maupun atas perairan (sungai dan pantai) dan juga atas tanaman yang tumbuh sendiri (pohon-pohonan, lembah, pohon buah-buahan, dan pohon untuk pertukangan) beserta atas binatang-binatang yang hidup liar. Objek hak ulayat berbeda pada masing-masing daerah hukum adatnya. Daerah yang memiliki objek hak ulayat, termasuk lahan perkebunan, alat-alat pusaka, kuburan, dan tempat-tempat yang di anggap keramat.

Objek hak ulayat menurut Erari (1999: 25-26) dalam bukunya Robert K. H. Hammar, 2008 : 35-36 mengemukakan bahwa :

Tanah yang di pandang sekadar dari aspek ekonomi, telah menjadi titik tolak dari berbagai Undang-Undang dan peraturan kendati secara konstitusional, soal tanah berada dibawah kontrol UUD 1945, Pasal 33 yang jelas menyebutkan bahwa tanah, air, udara dan segala kekayaan yang dapat didalamnya dikuasai oleh Negara dan di pergunakan untuk kepentingan rakyat, telah menjadi referensi utama dalam hal pemanfaatan tanah di Indonesia, sehingga interpretasi Pasal 33 UUD 1945 adalah pertama, Negara mempunyai kepentingan dalam hal penguasaan tanah di Indonesia; dan kedua, penguasaan tersebut hendaknya menjamin semua penduduk Indonesia yang memperoleh hak yang sama dari tanah dan semua kekayaan yang terdapat didalamnya.

Tanah sebagai sumber hidup yang patut dihormati dan dilindungi agar hidup manusia dapat terjamin. Menurut Erari (1999: 25) realitas menunjukkan bahwa tanah tidak lagi dihargai, dihormati, dan dilindungi, bahkan tanah menjadi sumber konflik. Konflik tersebut menurut Salindehu (1987: 17) disebabkan tanah dipandang sebagai benda yang bernilai ekonomi semata.

Konsorsium pembaharuan agraria wilayah Irian Jaya (1999: 193) dalam penelitiannya terungkap bahwa bagi masyarakat Papua, tanah bukanlah komoditi. Tanah adalah sesuatu yang menganggap sakral. Tanah diibaratkan bagaikan *“seorang ibu yang begitu erat hubungan batin dengan anaknya”*.

#### 4. Kedudukan Hak Ulayat

Pada dasarnya hak ulayat keberadaannya dalam UUPA adalah sudah diakui, akan tetapi, pengakuan tersebut masih diikuti oleh syarat-syarat tertentu, yaitu : “eksistensi” dan mengenai pelaksanaannya. Hak ulayat dapat diakui sepanjang menurut kenyataan masih ada. Maksudnya adalah apabila di daerah-daerah dimana hak itu tidak ada lagi, maka tidak akan dihidupkan kembali. Di daerah-daerah yang tidak pernah ada hak ulayat, tidak akan dilahirkan hak ulayat baru.

Pelaksanaan tentang hak ulayat diatur di dalam Pasal 3 UUPA, yang menentukan bahwa:

Pelaksanaan hak ulayat harus sedemikian rupa, sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas peraturan bangsa serta tidak bertentangan dengan Undang-Undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi. Sesuai dengan penjelasan di atas ditegaskan pula bahwa kepentingan sesuatu masyarakat harus tunduk pada kepentingan nasional dan Negara yang lebih tinggi dan lebih luas.

Pelaksanaan hak ulayat secara mutlak, yaitu seakan-akan anggota-anggota masyarakat itu sendirilah yang berhak atas tanah wilayahnya itu, seakan hanya peruntukan masyarakat hukum adat itu sendiri. Sikap yang demikianlah yang oleh UUPA di anggap bertentangan, hal ini sesuai dengan asas-asas yang tercantum dalam Pasal 1 UUPA dan Pasal 2 UUPA. Dalam Undang-Undang Pokok Agraria dan hukum tanah nasional, bahwasannya hak ulayat tidak di hapus, tetapi juga tidak akan mengaturnya, dalam artian adalah mengatur hak ulayat dapat berakibat melanggengkan atau melestarikan eksistensinya. Hak ulayat pada dasarnya hapus dengan sendirinya melalui proses alamiah, yaitu dengan menjadi kuatnya hak-hak perorangan dalam masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Pasal 5, menentukan bahwa :

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

Keberadaan hak ulayat diatur dalam Peraturan Daerah Khusus Provinsi Papua Nomor 23 Tahun 2008 Tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan

Hak Perorangan Warga Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah, Pasal 3, menentukan

bahwa :

- (1) Keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat dan atau hak perorangan warga masyarakat hukum adat atas tanah didasarkan atas hasil penelitian di Kabupaten/Kota di daerah.
- (2) Penelitian untuk menentukan ada atau tidak adanya hak ulayat masyarakat hukum adat dan atau hak perorangan warga masyarakat hukum adat atas tanah dalam wilayah Kabupaten/Kota dilakukan oleh suatu panitia peneliti yang terdiri dari :
  - a. para pakar hukum adat;
  - b. lembaga adat/tetua adat atau penguasa adat yang berwenang atas hak ulayat dan atau hak perorangan warga dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan;
  - c. lembaga swadaya masyarakat;
  - d. pejabat dari Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia;
  - e. pejabat dari Bagian Hukum Kantor Bupati/Walikota;
  - f. pejabat dari instansi kehutanan dan instansi pertambangan; dan
  - g. pejabat dari instansi terkait lainnya.
- (3) Panitia peneliti sebagaimana dimaksud pada ayat (2) melakukan penelitian pada wilayah masyarakat hukum adat tertentu sesuai dengan yang ditetapkan oleh Pemerintah Kabupaten/Kota.
- (4) Susunan keanggotaan panitia peneliti sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan wilayah yang akan diteliti sebagaimana dimaksud pada ayat (3) ditetapkan dengan Keputusan Bupati/Walikota.
- (5) Susunan keanggotaan panitia peneliti sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan wilayah yang akan diteliti meliputi lintas kabupaten/kota ditetapkan dengan Keputusan Gubernur.

Hal ini sesuai dengan pasal di atas, maka pemerintah daerah mengakui keberadaan hak ulayat masyarakat adat diatur dalam Peraturan Daerah Khusus Provinsi Papua Nomor 23 Tahun 2008 Tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dan Hak Perorangan Warga Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah, Pasal 2, menentukan bahwa :

- (1) Pemerintah Daerah mengakui keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat dan atau hak perorangan warga masyarakat hukum adat atas tanah.
- (2) Pengakuan terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat dan atau hak perorangan warga masyarakat hukum adat atas tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus didasarkan atas hasil penelitian.



Dari penjelasan di atas dapat diketahui bahwa eksistensi hak ulayat masih diakui sepanjang masih ada, tidak boleh dimunculkan hak-hak ulayat baru, dan tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum, bangsa, dan Negara. Selain dalam UUPA, eksistensi hak ulayat juga diakui dalam Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Negara Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Tujuan Peraturan Menteri Agraria Negara adalah untuk melaksanakan urusan pertanahan dalam kaitannya dengan hak ulayat yang masih ada di daerah tersebut. (Boedi Harsono, 2008: 191).

### **C. Kepastian Hukum**

Kepastian menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia, menerangkan kepastian berasal dari kata pasti yang berarti tentu, sudah tetap, tidak boleh tidak, sehingga kepastian berarti ketentuan, ketetapan. Hukum berarti peraturan, segala undang-undang, ketentuan, dan keputusan, (Poerwadarminta W.J.S, 2007: 426, 847).

Persoalan kepastian selalu dikaitkan dengan hukum, memberikan konsekuensi bahwa kepastian hukum, mempersoalkan hubungan hukum antara warga negara dengan Negara. Sebagai sebuah nilai, kepastian hukum tidak semata-mata selalu berkaitan dengan Negara, karena esensi dari kepastian hukum adalah masalah perlindungan dari tindakan kesewenang-wenangan, maka itu, aktor-aktor yang mungkin melakukan kesewenang-wenangan tidak terbatas pada Negara saja, tetapi juga oleh sekelompok pihak lain di luar Negara, (Manullang, 2007: 94).

Kepastian merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna

karena tidak dapat lagi digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang. Kepastian mengandung beberapa arti, yaitu: (a) adanya kejelasan, (b) tidak menimbulkan multi tafsir, (c) tidak menimbulkan kontradiktif, (d) dapat dilaksanakan, (Fence M. Wantu, 2011: 58). Hukum harus berlaku tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan, sehingga siapapun dapat memahami makna atas suatu ketentuan hukum. Hukum yang satu dengan yang lain tidak boleh kontradiktif, sehingga tidak menjadi sumber keraguan.

Menurut Sudikno Mertokusumo, (2010: 160), kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Kepastian hukum dalam artian undang-undang maupun suatu peraturan setelah diperundangkan dan dilaksanakan dengan pasti oleh pemerintah. Kepastian hukum berarti setiap orang dapat menuntut agar hukum dapat dilaksanakan dan tuntutan itu di penuhi, dan bahwa pelanggaran hukum akan di tindak dan dikenakan sanksi hukum juga, (Suseno 1988: 79).

Dalam kaitannya dengan kepastian hukum tersebut, mengenai penguasaan dan pemilikan hak atas tanah dikatakan bahwa hak atas pemilikan atas tanah sebagai hak yang terpenting yang dapat dimiliki oleh warga Negara atas sebidang tanah. Hak ini memberi kesempatan kepada pemegang haknya untuk mengusahakan tanahnya demi kesejahteraan, akan tetapi penguasaan atas tanah ini tidak boleh bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan demi mewujudkan kepastian hukum.

Kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan. Dalam memahami nilai kepastian hukum yang harus diperhatikan adalah nilai itu mempunyai relasi yang

erat dengan instrument hukum yang positif dan peranan Negara dalam mengaktualisasikannya dalam hukum positif, (Fernando M. Manullang, 2007: 95).

Pemberian atau penetapan hak-hak atas tanah termasuk dalam setiap penyelesaian masalah pertanahan tersebut dimaksudkan sebagai upaya untuk pemberian jaminan kepastian hukum bagi pemegang haknya. Untuk dapat diberikan jaminan kepastian hukum dan legitimasi dari Negara, maka setiap penguasaan dan pemanfaatan atas tanah termasuk dalam penanganan masalah pertanahan harus didasarkan pada hukum dan diselesaikan secara hukum untuk melakukan pengaturan dan pemanfaatan tanah dalam konteks sebesar-besar kemakmuran rakyat termasuk melaksanakan pendaftaran tanah diseluruh Indonesia dalam rangka memberikan jaminan kepastian hukum. Pemberian jaminan kepastian hukum terhadap hak-hak atas tanah bagi rakyat seluruhnya merupakan salah satu tujuan pokok UUPA yang sudah tidak bisa ditawarkan lagi, sehingga undang-undang mengintruksikan kepada pemerintah untuk mengadakan pemerintah pendaftaran tanah di seluruh wilayah Negara Indonesia yang bersifat *rechtskadaster* artinya yang bertujuan menjamin kepastian hukum dan kepastian haknya.

Redbuch sebagaimana dikutip oleh Riswandi (2005: 167), mengemukakan ada tiga cita (ide) dalam hukum yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Keadilan menuntut agar hukum selalu mengedepankan keadilan, kemanfaatan menuntut agar hukum selalu mengedepankan manfaat, sedangkan kepastian hukum menuntut terutama adanya peraturan hukum.

Dalam perspektif kepastian hukum, pada prinsipnya selalu dikaitkan dengan hukum. Kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan

sewenang-wenang, yang berarti seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu, (Mertokusumo, Sudikno 1999: 145).

Banyak sarjana yang mendefinisikan hukum sebagai himpunan peraturan-peraturan hukum konkrit yang mengatur kegiatan kehidupan manusia yang dapat dipaksakan pelaksanaannya (Mertokusumo, Sudikno, 2004: 14). Sampai saat ini belum ada kesatuan pendapat tentang definisi hukum, masing-masing ahli hukum mempunyai pandangan dan pendapat sendiri tentang pengertian hukum. Secara umum, hukum dapat didefinisikan sebagai himpunan peraturan yang dibuat oleh yang berwenang dengan tujuan untuk mengatur tata kehidupan bermasyarakat yang mempunyai ciri memerintah dan melarang serta mempunyai sifat memaksa dengan menjatuhkan sanksi (hukuman) bagi mereka yang melanggar, (Soeroso, 2002: 38).

Mengacu pada keseluruhan pendapat-pendapat dari berbagai para ahli mengenai nilai kepastian hukum diatas, maka dapat disimpulkan bahwa nilai yang terkandung di dalam kepastian hukum adalah suatu perangkat hukum yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga Negara, dan mampu memberikan perlindungan hukum bagi masyarakat dari tindakan sewenang-wenangan sesuai dengan apa yang diamanatkan oleh pancasila sila kedua yaitu “*kemanusiaan yang adil dan beradab*”.

#### **D. Landasan Teori**

Dalam penelitian ini penulis menggunakan dua landasan teori adalah “teori komunalistik religius” (*Communalistic Religius Theory*) dan “teori keadilan” (*A Theory of Justice*).

##### **1. Teori Komunalistik Religius (*Comunalistic religious theory*)**

Teori ini yang memungkinkan penguasaan tanah secara individual, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi, sekaligus mengandung unsur kebersamaan. Sifat komunalistik menunjukan kepada adanya hak bersama para anggota masyarakat hukum adat atas tanah, yang dalam kepustakaan disebut hak ulayat. Hak ulayat merupakan tanah kepunyaan bersama, yang diyakini sebagai karunia suatu kekuatan gaib atau peninggalan nenek moyang kepada kelompok yang merupakan masyarakat hukum adat, sebagai unsur pendukung utama bagi kehidupan dan penghidupan kelompok tersebut sepanjang masa. Sifat religius atau unsur keagamaan tampak dalam hubungan hukum antara para warga masyarakat hukum adat dan tanah ulayat itu. Kelompok tersebut dapat merupakan masyarakat hukum adat yang teritorial (desa/kampung, marga, nagari, huta), dapat juga merupakan masyarakat hukum adat genealogis (keluarga), seperti suku dan kaum minangkabau serta Papua. Para warga sebagai anggota kelompok, masing-masing mempunyai hak untuk menguasai dan menggunakan sebagai tanah bersama tersebut guna memenuhi kebutuhan pribadi dan keluarganya, dengan hak-hak yang bersifat sementara, sampai dengan hak tanpa batas waktu, yang umum disebut hak milik. Tidak ada kewajiban untuk menguasai dan menggunakannya secara kolektif. Karena itu, penguasaan tanahnya dirumuskan dengan sifat individu.

Dengan demikian, hak ulayat masyarakat hukum adat mengandung 2 (dua) hal yaitu :

- a. Mengandung hak kepunyaan bersama atas tanah bersama para anggota atau warganya yang termasuk bidang perdata.

Hak kepunyaan bersama yang merupakan hak ulayat itu bukan hak milik dalam arti yuridis, melainkan merupakan hak kepunyaan bersama. Maka, dalam rangka hak ulayat, dimungkinkan adanya hak milik atas tanah yang dikuasai pribadi oleh para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

- b. Mengandung tugas kewajiban mengelola, mengatur, dan memimpin penguasaan, pemeliharaan, peruntukan dan penggunaannya, yang termasuk bidang hukum publik.

Tugas dan kewajiban mengelola, mengatur dan memimpin penguasaan dan penggunaan tanah bersama, baik yang diperuntukan bagi kepentingan bersama maupun kepentingan para warganya, tidak selalu bisa dilakukan oleh para warga masyarakat hukum adat itu sendiri. Sebagian tugas tersebut pelaksanaannya sehari-hari diserahkan kepada kepala adat sendiri atau bersama para tetua adat. Hak bersama yang merupakan hak ulayat itu bukan hak milik dalam arti yuridis, melainkan merupakan hak kepunyaan bersama maka, dalam rangka hak ulayat dimungkinkan adanya hak milik atas tanah yang dikuasai pribadi oleh warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan, (Boedi Harsono, 2008: 181, 182).

Teori ini dalam hubungan dengan apa yang dikemukakan dengan pengertian tanah, pernah di dunia barat dipergunakan asas hukum “*asas cuius est solum eius usque ad coelum et ad inferos*” barang siapa memiliki tanah (permukaan bumi), dia juga memiliki segala apa yang ada di atasnya sampai surge atau nirwana dan segala apa yang dibawahnya sampai pusat bumi. (Butt, Peter, 1996: 12)

## 2. Teori Keadilan (*A theory of justice*)

Jhon Rawls menyebutkan bahwa gagasannya mengenai keadilan yang menggeneralisasikan dan mengangkat teori kontrak sosial yang diungkapkan oleh Locke, Rousseau, dan Kant ketingkat abstraksi yang lebih tinggi. Untuk melakukan hal ini tidak akan menganggap kontrak sebagai satu-satunya cara untuk memahami masyarakat tertentu atau untuk membangun bentuk pemerintahan tertentu. Jhon Rawls tidak berhenti pada teori kontrak, namun menyatakan bahwa ada satu gagasan penting berkaitan dengan terciptanya keadilan, yakni prinsip-prinsip keadilan. Dalam teori ini, Jhon Rawls berpendapat bahwa ada 2 (dua) langkah penting untuk terciptanya keadilan yang ia sebut *fairness*, antara lain :

- a. Di tekankan pentingnya posisi asli (keadaan tanpa tahu konsep tentang kebaikan atau kecenderungan psikologis, kondisi netral, menjadi lebih rasional) demi disepakatinya prinsip-prinsip keadilan yang jujur. Posisi asli menjadi kondisi awal rasionalitas, kebebasan (*freedom*) dan kebersamaan hak (*equality*) merupakan prinsip-prinsip pokok yang diandaikan dianut dan sekaligus menjadi sikap dasar dari semua pihak yang terkait dalam proses pemilihan prinsip-prinsip keadilan.
- b. Adanya konstitusi, undang-undang, atau sistem aturan yang sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan yang disepakati.

Prinsip-prinsip keadilan merupakan semacam kontrak atau kesepakatan yang dibuat oleh pihak-pihak yang berada dalam posisi asli. Hipotesis Jhon Rawls mengenai prinsip-prinsip keadilan yang akan dipilih ada 2 (dua) yaitu :

- a. Pertama, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang
- b. Kedua, ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat memberi keuntungan semua orang dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang.

Prinsip-prinsip yang demikian mengatur penerapan hak dan kewajiban untuk mengatur distribusi keuntungan sosial dan ekonomi (Jhon Rawls, 2011: 12). Keadilan adalah kebajikan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran. Salah satu bentuk keadilan sebagai *fairness* adalah memandang berbagai pihak dalam situasi awal sebagai rasional dan sama-sama netral. Keadilan sebagai *fairness* dalam tugas utamanya adalah menentukan prinsip keadilan mana yang akan dipilih dalam posisi asli.

Gagasan intuitif dari keadilan sebagai *fairness* adalah menganggap prinsip-prinsip, yaitu:

- a. Prinsip-prinsip pertama, keadilan sebagai objek dari kesepakatan asli dalam situasi awal. Prinsip-prinsip tersebut adalah prinsip-prinsip yang di terima dalam posisi setara oleh orang-orang rasional yang diperhatikan pada kepentingan mereka untuk menciptakan kerangka dasar asosiasi mereka.
- b. Prinsip kedua, keadilan tersebut merupakan solusi atau problem pilihan yang disajikan posisi asli. Untuk melakukan hal ini, orang harus menyatakan bahwa karena situasi yang ada dari berbagai pihak karena pengetahuan, kepercayaan, dan kepentingan maka kesepakatan mengenai prinsip-prinsip tersebut



merupakan secara terbaik bagi setiap person untuk mengamankan tujuannya di antara alternatif yang ada, (Rawl Jhon, 2011: 144-145).

Masing-masing pihak dapat dikenai kewajiban, yakni dengan melakukan segala hal secara sukarela, persis karena kewajiban itu dilihat sebagai perpanjangan tangan dari kewajiban natural (*konsep natural law*) untuk bertindak adil. Hal ini berkaitan dengan hipotesis pertama Jhon Rawls akan prinsip keadilan yang telah diutarakan sebelumnya.

