

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Tinjauan Tentang Masyarakat Hukum Adat

Keberadaan masyarakat hukum adat dapat dilihat didalam Pasal 3 dan Pasal 5 Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) merupakan salah satu contoh pengakuan bersyarat yang diberikan kepada masyarakat hukum adat beserta kekayaannya. Kemudian pengakuan tersebut ditetapkan juga sebagai hak asasi manusia yang dirumuskan dalam Pasal 18B ayat (2) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip-prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang; Pasal 28 ayat (3) UUD 1945 (disahkan pada perubahan kedua UUD 1945 tanggal 18 Agustus 2000) bahwa identitas budaya dan masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan jaman dan peradaban.

Sedangkan pada perubahan ke empat UUD 1945 ditetapkan dalam Pasal 32 ayat (1), bahwa Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya. Berkaitan dengan “*pengakuan bersyarat*” sebagaimana terdapat dalam berbagai produk hukum pemerintah Indonesia diatas, bahwa hal tersebut dapat dikelompokkan dalam

dua bentuk pengakuan, yakni “*syarat keberadaan*”, dan “*syarat pelaksanaannya*”. “*Syarat keberadaan*” menunjuk pada kondisi bahwa hak ulayat diakui sepanjang menurut kenyataannya masih ada, sehingga bagi daerah yang tidak lagi terdapat hak ulayat, maka tidak diperbolehkan untuk menghidupkan kembali. Dengan demikian, suatu daerah yang tidak pernah ada hak ulayat, maka tidak akan dilahirkan hak ulayat baru. Sedangkan syarat “*pelaksanaannya*”, mengarah pada persyaratan bahwa pelaksanaan hak ulayat harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan negara Indonesia.

Dalam rangka penempatan hukum adat dibawah hukum negara, Achmad Sodiki berpendapat bahwa ada dua jenis hukum adat, yakni:¹⁵

- a. Hukum adat yang identik dengan hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa dengan persyaratan sebagaimana disebut dalam Pasal 5 Undang-undang Pokok Agraria, dan
- b. Hukum adat yang berlaku pada masyarakat-masyarakat hukum adat termasuk hak ulayat dan hak-hak yang serupa sepanjang menurut kenyataannya masih ada yang tidak berlaku pada masyarakat hukum adat yang lain. Secara politis hukum adat yang pertama berupa segala ketentuan hukum tertulis yang terbilang dalam pengertian *state law*, karena sekalipun hal itu dinyatakan sebagai hukum adat, tetapi jelas merupakan produk legislatif, yang lebih nampak sebagai *the commands of the sovereign*. Hal yang kedua merupakan jenis hukum adat yang merupakan produk masyarakat yang bersangkutan berdasarkan kesadaran hukumnya. Hukum adat demikian merupakan ketentuan yang mengakomodasikan kebutuhan dan kepentingan hukum warga masyarakat. Hukum ini, merupakan *represent a reasonable order of society which is accepted and observed by the large majority of the people because it corresponds to the basic interests and needs*.

¹⁵ Husen Alting, *Dinamika Hukum Dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah (Masa Lalu, Kini dan Masa Mendatang)*, LaksBang PRESSindo, Yogyakarta, 2011, h 49.

Pengakuan hak atas tanah masyarakat hukum adat, baik yang diatur dalam hukum negara maupun hukum yang hidup di masyarakat, memiliki makna apabila ketentuan tersebut diikuti oleh tindakan perlindungan dari negara.

Kata “*perlindungan*” tersusun dari kata dasar *lindung*, mendapat konfiks, “*pe-an*”. Kata “*lindung*” artinya tempat berlindung, memperlindungi. Kata “*memperlindungi*” berarti menjadikan atau menyebabkan berlindung, sedangkan *perlindungan* yakni proses, cara, perbuatan melindungi. Dengan demikian, pengertian *perlindungan* adalah pemberian jaminan atas sesuatu sebagai konsekuensi dari sang pelindung.

Dalam istilah *perlindungan*, terdapat hak yang harus dijaga dan dihormati. Hak mengandung pengertian milik, kepunyaan, wewenang atau kekuasaan untuk berbuat sesuatu yang ditentukan oleh Undang-Undang. Satjipto Raharjo¹⁶ menyebut hak sebagai kekuasaan yang diberikan oleh hukum kepada seseorang dengan maksud untuk melindungi kepentingan seseorang tersebut. Inti yang terkandung dalam hak yaitu adanya suatu tuntutan (*claim*) dan dalam kaitannya dengan *perlindungan hukum* bagi rakyat terbayang adanya suatu *claim* dan rakyat.

B. Konsepsi Masyarakat Hukum Adat

Adat-istiadat mempunyai ikatan dan pengaruh yang kuat dalam masyarakat. Kekuatan mengikatnya tergantung pada masyarakat yang

¹⁶ Satjipto Raharjo, *Biarkan Hukum Mengalir, Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Buku Kompas, Jakarta, 2007, h. 25.

mendukung adat-istiadat tersebut, terutama yang berpangkal tolak pada perasaan kebersamaan, idealisme dan keadilan. Sulit dibayangkan bahwa adat-istiadat, walaupun dipelihara terus-menerus, dengan sendirinya akan mewujudkan kepastian hukum. Kepastian hukum dapat terwujud jika terdapat kaidah-kaidah yang mengikat untuk mengatur tata kehidupan masa kini dan masa yang akan datang.

Pembedaan istilah adat dan hukum adat dapat dilihat dari kaidah-kaidah yang hidup dalam masyarakat dan diberikan sanksi bagi pihak yang melanggar kaidah tersebut.

Konsepsi Hukum Adat dapat dirumuskan sebagai konsepsi yang *Komunalistik Religius*, yang memungkinkan penguasaan tanah secara individual, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi sekaligus mengandung unsur kebersamaan.¹⁷ Sifat *komunalistik* menunjuk kepada adanya hak bersama para anggota masyarakat hukum adat atas tanah, yang dalam kepustakaan hukum disebut sebagai hak ulayat. Tanah ulayat merupakan tanah kepunyaan bersama, yang diyakini sebagai karunia suatu kekuatan gaib atau peninggalan nenek moyang kepada kelompok tersebut sepanjang masa. Di sinilah tampak sifat religius atau unsur keagamaan dalam hubungan hukum antara para warga masyarakat hukum adat dan tanah ulayatnya itu.

¹⁷Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid1: Hukum Tanah Nasional, Djambatan, Jakarta, 2008, h.181.

Menurut Boedi Harsono,¹⁸ Hukum adat hukum yang hidup, karena ia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat. Sedangkan pengertian hukum adat adalah sekelompok orang yang terikat oleh tatanam hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum karena kesamaan tempat tinggal ataupun atas dasar keturunan.

Dengan demikian dapat disampaikan bahwa ciri pokok dari masyarakat hukum adat kelompok manusia yang mempunyai batas wilayah tersebut dan kewenangan tertentu serta memiliki norma-norma atau aturan-aturan yang di penuhi oleh kelompok manusia dalam wilayah tersebut. Selanjutnya Ter Haar,¹⁹ mengatakan bahwa masyarakat hukum terdiri dari faktor *teritorial* (daerah) dan *genealogis* (keturunan).

Masyarakat hukum adat teritorial adalah masyarakat hukum berdasarkan lingkungan daerah, keanggotaan persekutuan seseorang tergantung pada tempat tinggalnya, apakah di dalam lingkungan daerah persekutuan atau tidak. Sedangkan masyarakat hukum berdasarkan suatu keturunan (keluarga). Keanggotaan persekutuan seseorang bergantung pada seseorang itu masuk dalam satu keturunan.

Mengenai hubungan antara hak persekutuan dan hak perseorangan terkenal pendapat dari Ter Haar²⁰ yang di sebut “*Teori Bola*”. Menurut teori ini hubungan antara hak persekutuan dan hak individual adalah bersifat timbal balik, yang berarti semakin kuat hak individual atas sebidang tanah, semakin

¹⁸ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia. Himpunan Peraturan-Peraturan Hukum Tanah Pasal 1 Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 ayat 3*, Djambatan, Jakarta, 2000, h 58.

¹⁹ Ter Haar, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat*, Balai Pustaka, Jakarta, 1976, h. 8.

²⁰ *Ibid*

lemah hak persekutuan atas tanah itu, dan sebaliknya semakin lemah hak perseorangan atas sebidang tanah, semakin kuat hak persekutuan atas tanah tersebut.

Menurut Van Vollenhoven,²¹ bahwa adat adalah yang mempunyai sanksi, sedangkan Ter Haar yang terkenal dengan *beslissingenleer*-nya melihat hukum adat adalah apa yang dituangkan di dalam keputusan-keputusan yang mempunyai hubungan struktural dengan nilai dan tatanan masyarakat yang bersangkutan dari para penguasa adat. Seminar Nasional tentang hukum adat yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) dan fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada pada tanggal 15-17 Januari 1975 merumuskan bahwa hukum adat sebagai hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia yang disana sini mengandung unsur agama.

Hukum Adat sebagai hukum tidak tertulis berasal dari rumusan-rumusan yang bersumber pada rangkaian kenyataan mengenai sikap dan tingkah laku para anggota masyarakat hukum adat dalam menerapkan *konsepsi* dan *asas-asas hukum* yang merupakan perwujudan kesadaran hukum warga masyarakat hukum adat tersebut dalam menyelesaikan kasus-kasus konkret yang dihadapi dalam kehidupan bermasyarakat.

Pemaknaan para pakar hukum adat di atas menurut penulis lebih cenderung mengkaji hukum adat dari aspek sanksi yang diterapkan oleh suatu otoritas/penguasa, yaitu pada saat individu melakukan pelanggaran atas norma

²¹Ter Haar. *Het Adatrecht ran Indie in wetenschap. praktijk en onderwijs*. dalam Moh. Koesnoe. h 3.

yang disepakati. Namun demikian, penulis berpendapat bahwa tidak selamanya hukum adat tersebut identik dengan pemberian sanksi. Karena pada masyarakat tertentu, sanksi merupakan alternatif terakhir ketika seseorang tidak menaati norma yang hidup dalam masyarakat. Unsur yang paling penting bagi masyarakat adalah hukum adat tersebut dapat memberikan rasa aman dan menciptakan ketertiban dalam hubungan sosial.

Sanksi tidak selamanya diberikan oleh suatu otoritas atau institusi berkuasa, namun ada juga yang diberikan oleh masyarakat secara langsung melalui pembatasan pergaulan atau interaksi sosial yang dilakukan. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa hukum adat mengandung unsur-unsur yang membentuknya, seperti terdapat adat istiadat, sebagai nilai-nilai yang telah melembaga dalam masyarakat melalui perbuatan-perbuatan masyarakat, mengandung norma yang disepakati bersama secara tidak tertulis, memiliki institusi atau organisasi yang menegakan, memiliki sanksi serta dipengaruhi oleh agama yang dianut pada masyarakat.

Akhirnya penulis berkeyakinan bahwa secara substansial hukum adat merupakan hukum yang selalu hidup dan berkembang dalam masyarakat, yang selalu mengikuti perkembangan jaman, memberikan jaminan ketertiban bagi masyarakat, serta mampu memberikan keadilan. Hukum adat bertujuan memberikan perlindungan, menciptakan kedamaian dan ketertiban yang adil, serta menopang usaha masyarakat dalam mencapai kesejahteraan. Istilah masyarakat adat sering disamakan dengan istilah masyarakat hukum adat. Beberapa pakar membedakan penggunaan istilah tersebut, yang ternyata

pendefinisian tersebut dipengaruhi oleh pandangan dan latar belakang pakar. Istilah masyarakat adat diambil dari terjemahan kata *indigenous peoples*, yang dibedakan dengan istilah masyarakat hukum adat yang merupakan terjemahan dari istilah Belanda yakni *rechtgeniencshap*. Dalam bahasa Inggris *Indigenous People* berarti kelompok orang/masyarakat yang hanya memiliki hak-hak individual, sedangkan *Indigenous Peoples* merujuk kepada kelompok orang/masyarakat yang memiliki hak-hak kolektif.

Dalam sistem hukum adat berlainan dengan hukum Barat. Perbedaan ini disebabkan karena filsafat (pandangan hidup yang berbeda) dan sifat atau karakter masyarakat juga mempengaruhi terhadap sistem dan sifat hukumnya yang berlaku atas suatu bangsa atau masyarakat. Masyarakat Eropa (hukum barat) bersifat liberalis-individualistis dan rationalistis, berbeda dengan cara berpikir masyarakat Timur (Asia) termasuk Indonesia yang bercorak tradisional, tidak ada perbedaan antara dunia nyata dengan dunia gaib, hidup yang serba ketergantungan dengan yang lain, hidup serba kegotong-royongan (kehidupan *kolektif/komunal*).²²

Penggunaan istilah masyarakat adat akan lebih luas maknanya, bila dibandingkan dengan istilah masyarakat hukum adat. Istilah masyarakat adat diyakini mempunyai dimensi makna yang luas dari sekedar aspek hukum, pada hal dalam masyarakat adat sangat erat terkait dengan dimensi kultural, religi dan sebagainya. Akhirnya meskipun banyak ahli yang menyatakan

²² Umar Said Sugiarto, *Pengantar Hukum Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta Timur, 2017, h. 119.

bahwa penggunaan istilah masyarakat hukum adat hanya akan mempersempit entitas masyarakat adat sebatas entitas hukum, tetapi secara yuridis justru istilah masyarakat hukum adat merupakan istilah yang tepat, dalam kaitannya dengan kajian ini. Hal ini didasarkan bahwa, hak masyarakat adat hanya akan ada di masyarakat hukum adat, bukan masyarakat adat, karena itu justru aspek hukum adat yang menjadi penentu.

Masyarakat Adat adalah komunitas-komunitas yang hidup berdasarkan asal usul leluhur secara turun-temurun di atas suatu wilayah adat, yang memiliki kedaulatan atas tanah dan kekayaan alam, kehidupan sosial budaya yang diatur oleh Hukum adat dan Lembaga adat yang mengelola keberlangsungan kehidupan masyarakatnya.²³

Masyarakat Adat adalah komunitas-komunitas yang hidup berdasarkan asal usul leluhur secara turun-temurun di atas suatu wilayah adat, yang memiliki kedaulatan atas tanah dan kekayaan alam, kehidupan sosial budaya yang diatur oleh hukum adat dan lembaga adat yang mengelola keberlangsungan kehidupan masyarakatnya. Demikian pula dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA), UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, UU Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, dan UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, adalah sejumlah Undang-Undang yang telah mencantumkan masyarakat adat (atau dengan istilah masyarakat hukum adat) sebagai kelompok masyarakat yang diakui keberadaan dan hak-hak mereka.

²³ Laksanto Utomo, *Hukum Adat*, PT RajaGrafindo Persada, Depok, 2016, h. 221.

Patut diingat bahwa di tengah berbagai istilah yang digunakan, substansi yang disasar tetaplah masyarakat yang mempunyai susunan asli dengan hak asal-usul. Hukum adat hanyalah salah satu aspek dari kelengkapan sosial politik yang dimiliki masyarakat ini, sehingga tidak tepat bilamana kelompok ini direduksi sekedar sebagai masyarakat hukum adat saja. Dengan cara yang sama kita tidak mungkin mengenakan istilah “masyarakat hukum Indonesia” kepada masyarakat Indonesia umumnya, karena hukum negara hanyalah salah satu aspek dari kehidupan masyarakat Indonesia.²⁴

Sedangkan hak masyarakat hukum adat merupakan hak yang bersifat individu maupun hak yang bersifat *komunal*. Salah satu hak yang bersifat komunal yang terdapat dalam UUPA adalah *Hak Ulayat* (wilayah) untuk menunjukan kepada tanah yang merupakan wilayah lingkungan masyarakat hukum bersangkutan. Menurut Van Vollenhoven²⁵ kata *Ulayat* berasal dari bahasa Minangkabau, “*Ulayat*” artinya Wilayah atau Daerah. Pengertian terhadap istilah *Hak Ulayat* ditegaskan oleh G. Kertasapoetra²⁶ dan kawan-kawan dalam bukunya Hukum Tanah, Jaminan UUPA Bagi Keberhasilan Pendayagunaan Tanah, menyatakan bahwa: “*Hak ulayat* merupakan hak tertinggi atas tanah yang dimiliki oleh sesuatu persekutuan hukum (desa, suku) untuk menjamin ketertiban pemanfaatan atau pendayagunaan tanah. *Hak ulayat* adalah hak yang dimiliki oleh suatu persekutuan hukum (desa, suku), dimana para warga masyarakat

²⁴ *Ibid*

²⁵ Ter Haar, *Op.Cit.*

²⁶ G.Kertasapoetra, et, all, *Jaminan Undang-Undang Pokok Agraria Bagi Keberhasilan Pendayagunaan Tanah*, Bina aksara, Jakarta, 1985, h 88.

(persekutuan hukum) tersebut mempunyai hak untuk menguasai tanah, yang pelaksanaannya diatur oleh ketua persekutuan (kepala suku/kepala desa yang bersangkutan)”.

Selain itu juga *Hak Ulayat* merupakan suatu hak yang sudah sangat tua meliputi seluruh Indonesia yang asal muasal bersifat keagamaan. Hak ini dipunyai oleh suatu suku (*stam*), atau oleh sebuah gabungan desa (*dropsbond*) atau biasanya oleh sebuah desa saja, tetapi tidak pernah dipunyai oleh suatu orang individu. *Hak Ulayat* sebagai istilah teknis yuridis adalah hak yang melekat sebagai kompetensi khas pada masyarakat hukum adat, berupa wewenang/kekuasaan mengurus dan mengatur tanah seisinya dengan daya laku ke dalam dan ke luar.²⁷

Pengertian hak ulayat menurut Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang otonomi khusus Papua Pasal 1 *huruf (s)* 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, hutan, dan air serta isinya sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Objek hak ulayat adalah semua tanah yang terdapat dalam lingkungan masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Sedangkan yang menjadi subjeknya adalah semua anggota masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Orang dari luar masyarakat hukum adat tersebut boleh memanfaatkan tanah

²⁷Fakultas Hukum UGM, *Laporan Penelitian Integrasi Hak Ulayat kedalam Yuridiksi UUPA*, Depdagri-FH UGM, 1978, h. 55.

yang berada dalam wilayah ulayat itu dengan seizin dari penguasa atas setempat. Pada masyarakat hukum adat di wilayah negara Indonesia terdapat bermacam-macam hak ulayat, yang masing-masing wilayah hukum adat berbeda namanya. Adapun nama-nama hak ulayat tersebut sebagai berikut: Ambon mengenal "*Hak Pertuanan*", Kalimantan "*Panyambeto*", Jawa "*Wewengkon*", Bali "*Prabumian*", Lombok "*Tanah Paer*", Minangkabau "*Ulayat*", dan Papua "*Tanah Adat*" dan lainnya.

Sifat hak ulayat tersebut berlaku ke luar dan ke dalam, secara rinci dapat diperoleh pengertian, sebagai berikut :²⁸

1. Berlaku keluar, artinya bahwa jika orang luar akan menggarap tanah ulayat dari masyarakat hukum adat tertentu, harus seizing masyarakat hukum adat yang bersangkutan, setelah membayar *pancang* "Uang Pemasukan" (Aceh), "*Mesi*" (Jawa) dan kemudian memberikan ganti rugi.
2. Berlaku kedalam, artinya bahwa pada prinsipnya hak ulayat diperuntukan bagi warga masyarakat hukum adatnya dalam memanfaatkannya dengan pembatasannya yakni, mempertimbangkan juga kepentingan yang lebih luas dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Kemudian antara hak ulayat dan hak para warganya (hak perorangan) ada hubungan timbal balik yang saling mengisi. Artinya jika hubungan antara individu warganya dengan tanahnya kuat, yang secara intensif dimanfaatkan serta dikelola secara terus-menerus, maka kekuatan hak ulayat menjadi lemah. Namun sebaliknya jika hubungan individu warganya dengan tanahnya tidak secara

²⁸ *Ibid*

intensif sehingga cenderung untuk menelantarkan tanahnya, maka tanah tersebut dapat kembali dalam kekuasaan hak ulayat masyarakat hukum adat.

Ciri-ciri hak ulayat dalam hukum adat adalah sebagai berikut :

- 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 hukum tersebut, tanpa izin itu ia dianggap melakukan pelanggaran.
- c. Warga persekutuan hukum boleh mengambil manfaat dari wilayah kekuasaan persekutuan dengan restriksi: hanya untuk keperluan *somah/brayat*/keluarganya sendiri: jika dimanfaatkan untuk kepentingan orang lain, ia dipandang sebagai orang asing, sehingga harus mendapat izin lebih dahulu. Sedangkan orang asing hanya diperkenankan mengambil manfaat dari wilayah hak purba dengan izin kepala persekutuan hukum disertai pembayaran nupeti, mesi (*recognitie, retributie*), kepada persekutuan hukum.
- d. Persekutuan hukum bertanggung jawab atas segala hal yang terjadi dalam wilayahnya, terutama yang berupa tindakan melawan hukum, yang merupakan delik.
- e. Hak ulayat tidak dapat dilepaskan, dipindahtangankan, diasingkan untuk selamanya
- f. Hak ulayat meliputi juga tanah yang sudah digarap, yang sudah diliputi oleh hak perorangan.²⁹

Masyarakat dari luar wilayah hukum adat dilarang masuk di lingkungan tanah wilayah hukum adat tersebut tanpa izin penguasa adat. Boleh masuk dengan syarat membayar apa yang disebut "*Pengisi Adat*". Jika orang luar masuk tanpa izin dianggap melakukan tindak pidana yang akan dikenakan sanksi pidana sesuai dengan hukum adat yang berlaku pada wilayah adat tersebut.³⁰

²⁹ Google.com :<https://media.neliti.com/media/publications/152708-ID-hak-ulyat-sebagai-hak-konstitusional-su.pdf>. diakses pada hari Kamis, tanggal 25 April 2024, Pukul 17.55 WIT.

³⁰ Arba.H.M, "*Hukum Agraria Indonesia*", Sinar Grafika, Jakarta Timur, 2016, h. 97.

Dalam pengertian ekstensif, tanah hak ulayat pada dasarnya berfungsi sebagai jaminan kesejahteraan bersama, sumber kebutuhan taktis, lalu sebagai sumber dana untuk menyelenggarakan hajatan adat (tuntutan adat). Dengan demikian pengertian hak ulayat menurut konsepsi hukum adat adalah hak yang di miliki oleh suatu klen atau kerabat masyarakat adat dalam suatu satuan hukum adat.³¹ Sedangkan Boedi Harsono,³² mengartikan hak ukayat sebagai seperangkat wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat yang berhubungan dengan tanah yang terletak dalam lingkungan wilayahnya sebagai pendukung utama penghidupan dan kehidupan masyarakat yang bersangkutan sepanjang masa.

Hak Ulayat sebagaimana yang berlaku dalam tatanan Hukum Adat juga diakui di dalam UUPA, tetapi disertai dengan 2 poin syarat yaitu terkait “eksistensi” dan “pelaksanaanya” yang disebutkan di dalam Pasal 3 UUPA. Yang pada intinya menyatakan bahwa : “Hak Ulayat diakui sepanjang pada kenyataannya masih ada di daerah-daerah yang meyakini hal tersebut, jadi hak ulayat tidak diberlakukan dan dibentuk kembali di daerah-daerah yang sudah tidak menganggap Hak Ulayat itu ada”.

Di dalam UUPA dikatakan bahwa apabila tidak ada peraturan positif tertulis yang mengatur suatu hal pada kondisi tertentu, maka yang berlaku adalah norma-norma Hukum Adat yang dijadikan sebagai pelengkap. (Pasal 56, 58, dan secara rinci disebutkan dalam Pasal 5 UUPA). “Sepanjang tidak

³¹ Husen Alting, *Op.Cit*

³² *Ibid*, h. 61.

bertentangan dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam Undang-Undang ini (UUPA) dan dengan peraturan perundangan lainnya”.

Selain itu hak ulayat juga diartikan sebagai tanah kepunyaan bersama yang diyakini sebagai karunia suatu kekuatan gaib atau peninggalan Nenek Moyang kepada kelompok atau masyarakat hukum adat. Hilman Hadikusuma menyebutkan hak wilayah, hak persekutuan, atau masyarakat hukum adat atas lingkungan tanah yang belum dibuka atau tidak dikerjakan. Diatas hak tersebut terdapat hak penguasaan atau hak pengawasan atau hak mengatur dari pemerintahan marga tertentu yang kita kenal dengan masyarakat hukum adat.

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua (Otsus Papua) juga memberikan pengakuan terhadap keberadaan hak ulayat yang ada di Papua. Pasal 1 huruf s menjelaskan bahwa hak ulayat 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, hutan, air serta isinya sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Pengakuan terhadap hak ulayat di Papua dipertegas juga di dalam Pasal 38 ayat (2) UU Otsus Papua yang menyatakan bahwa usaha-usaha perekonomian di Provinsi Papua yang memanfaatkan sumber daya alam harus dilakukan dengan tetap menghormati hak-hak masyarakat adat, memberikan jaminan kepastian hukum bagi

pengusaha, dan pembangunan berkelanjutan yang pengaturannya ditetapkan dengan Perdasus.

Menurut Achmad Sodiki,³³ konsep penguasaan tanah yang berlaku pada masyarakat tradisional salah satunya adalah hak ulayat, yaitu suatu hak masyarakat hukum sebagai suatu kesatuan yang mempunyai wewenang ke luar dan ke dalam, serta di dalamnya terdapat hak individu atas tanah yakni hak yang lahir karena pengusahaan yang terus menerus secara intensif atas sebidang tanah (kosong). Sedangkan Muchsin³⁴ mendefinisikan hak ulayat sebagai hak yang dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya untuk mengambil manfaat dari sumberdaya alam, termasuk tanah dalam wilayah tersebut bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya.

Secara hukum adat tanah ulayat ini diserahkan pengelola dan pemanfaatannya kepada masing-masing suku yang ada. Kebiasaan ini secara turun temurun telah berlangsung sejak lama, sehingga status tanah ulayat secara adat sangat kuat. Hasil tanah ulayat sebagian besar digunakan sebagai penunjang kehidupan anak kemenakan. Didalamnya juga terkandung berbagai jenis kayu yang bernilai ekonomis, dan keanekaragamannya biota yang tinggi sehingga kelestariannya sangat dijaga oleh masyarakat. Ketika mendengar penyebutan istilah agraria kita akan selalu langsung berpikir soal tanah. Ini disebabkan karena istilah agraria memang identik dengan tanah. Demikian

³³ *Ibid*

³⁴ Muchsin, *Kedudukan Tanah Ulayat Dalam Sistem Hukum Tanah Nasional*, dalam *Varia Peradilan Talum XXI No. 245 April 2006*, Ikahi, Jakarta, 2006, h. 35.

pula dengan hukum agraria. Ketika mendengarnya kita akan langsung mengasosiasikannya dengan pengaturan atas tanah berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku. Agraria dalam bahasa latin disebut dengan “ager” yang berarti tanah atau sebidang tanah. Dalam bahasa latin “agrarius” berarti persawahan atau perladangan atau pertanian. Sementara itu, dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia disebutkan bahwa “*Agraria*” berarti urusan pertanahan dan atau tanah pertanian serta urusan kepemilikan atas tanah. Sedangkan agraria dalam bahasa Inggris disebut dengan “*agrarian*” yang diartikan sebagai tanah dan dihubungkan dengan berbagai usaha pertanian.

Hukum agraria bukan hanya merupakan satu bidang hukum saja, melainkan merupakan suatu kelompok berbagai bidang hukum yang masing-masing mengatur hak-hak penguasaan atas sumber-sumber daya alam Indonesia. Kelompok bidang hukum tersebut terdiri atas:³⁵

- a. Hukum Tanah, mengatur hak-hak penguasaan atas tanah dalam arti permukaan bumi.
- b. Hukum air, bidang hukum yang mengatur hak-hak penguasaan atas air.
- c. Hukum pertambangan, mengatur hak-hak penguasaan atas bahan-bahan galian yang dimaksudkan oleh undang-undang pokok pertambangan.
- d. Hukum perikanan, mengatur hak-hak penguasaan atas kekayaan alam yang terkandung di dalam air.
- e. Hukum penguasaan atas tenaga dan unsur-unsur dalam ruang angkasa (bukan “*space law*”), mengatur hak-hak penguasaan atas tenaga dan unsur dalam ruang angkasa yang dimaksudkan oleh pasal 48 UUPA.

Tujuan dibentuknya hukum agrarian yang baru yang dituangkan dalam UUPA antara lain :

- a) Meletakkan dasar-dasar penyusunan hukum agrarian nasional yang merupakan alat untuk membawa kemakmuran, kebahagiaan yang keadilan

³⁵ Boedi Harsono. *Op.Cit.*

- bagi Negara dan rakyat dalam rangka masyarakat yang adil dan makmur.
- b) Meletakkan dasar-dasar untuk mengadakan kesatuan dan kesederhanaan dalam hukum agrarian.
 - c) Meletakkan dasar-dasar untuk memberikan kepastian hukum mengenai hak-hak tanah bagi rakyat seluruhnya.

Hak ulayat tidak terbatas hanya pada tanah, melainkan meliputi bumi, air dan ruang angkasa. Tanah ulayat hanyalah bagian dari objek dari hak ulayat baik yang sudah maupun yang belum diberati dengan hak perorangan. Dengan demikian istilah tanah ulayat tidak tertuju kepada tanah kosong melainkan pula tanah yang sudah diberati dengan hak anggota persekutuan.

Keberadaan dan kedudukan hak ulayat cukup kuat dan masih dipertahankan sampai saat sekarang ini. Undang-Undang Republik Indonesia No. 5 Tahun 1960 tentang Dasar Pokok-Pokok Agrarian (UUPA) pasal 3 memberikan suatu pengakuan terhadap keberadaan tanah ulayat tersebut. Pasal 3 ini jika dikaitkan dengan pasal 58 UUPA yang masih mengakui berlakunya hak-hak lain sejenis yang tidak bertentangan dan selama belum diatur khusus, maka apa yang menjadi petunjuk yang daitur oleh pasal 3 ini, dapat dijabarkan sebagai berikut :

- a. Bahwa hak ulayat itu masih terdapat dalam masyarakat dan masih berfungsi dalam masyarakat serta masih dipatuhi oleh masyarakat sebagai suatu lembaga dalam masyarakatnya.
- b. Harus disesuaikan dengan kepentingan nasional, artinya ada prinsip nasionalitas.
- c. Harus disesuaikan dengan kepentingan Negara
- d. Harus berdasarkan kepada persatuan Negara
- e. Hak ulayat untergeordhaet kepada undang-undang maupun peraturan lainnya yang diterbitkan oleh pemerintah Indonesia. Dengan demikian biarpun hak ulayat itu sudah ada sebelum UUPA, namun harus seirama, sejalan, dan tunduk kepada ketentuan-ketentuan umum yang dibuat dalam konteksnya berlaku di Indonesia.

Secara hukum adat tanah ulayat ini diserahkan pengelola dan pemanfaatannya kepada masing-masing suku yang ada. Kebiasaan ini secara turun temurun telah berlangsung sejak lama, sehingga status tanah ulayat secara adat sangat kuat. Hasil tanah ulayat sebagian besar digunakan sebagai penunjang kehidupan anak kemenakan. Didalamnya juga terkandung berbagai jenis kayu yang bernilai ekonomis, dan keanekaragamannya biota yang tinggi sehingga kelestariannya sangat dijaga oleh masyarakat.³⁶

Pengelolaan dan pemanfaatan tanah ulayat oleh masyarakat hukum adat tersebut haruslah dengan memperhatikan nilai-nilai sejarah berdasarkan norma-norma adat yang telah ditentukan dan disepakati bersama oleh pemimpin adat suatu persekutuan adat tersebut. Kepala adat berkewajiban dalam mengurus dan mengatur ketentuan dalam hukum adat, terhadap hal-hal yang menyangkut tanah ulayat dalam persekutuan guna kepentingan keperdataan adat juga dalam hal adanya persengketaan atau perkara adat.

C. Penguasaan dan Kepemilikan Tanah

Pengertian “*Penguasaan*” dan “*Menguasai*” dapat dipakai dalam arti fisik, dalam arti yuridis juga beraspek perdata dan beraspek publik. Penguasaan yuridis dilandasi hak, yang dilindungi oleh hukum dan umumnya memberi kewenangan kepada pemegang hak untuk menguasai secara fisik tanah yang dihaki. Penguasaan yuridis yang biarpun memberi kewenangan untuk menguasai tanah yang dihaki secara fisik, pada kenyataan penguasaan

³⁶ Elviriadi, *Sebuah Kitab Hutan Untuk Negeri Gundul Mereguk kearifan Tetua Kampar*, Suska pers, Pekanbaru, 2007, h. 82-83.

fisiknya dilakukan pihak lain. Misalnya, apabila tanah yang dikuasai disewakan kepada pihak lain, maka tanah tersebut dikuasai secara fisik oleh pihak lain dengan hak sewa. Dalam hal ini pemilik tanah berdasarkan hak penguasaan yuridisnya, berhak untuk menuntut diserahkan kembali tanah yang bersangkutan secara fisik kepadanya.

Pada kepustakaan hukum adat di kenal adanya dua pola penguasaan dan pemilikan hak atas tanah. Hak-hak penguasaan dan pemilikan atas tanah yaitu penguasaan oleh kelompok masyarakat yang disebut sebagai tanah ulayat dan tanah perorangan atau tanah milik adat. Pemilikan hak ulayat di kelompokkan pada penguasaan formal yuridis, sedangkan tanah milik adat yang bersifat perorangan itu selalu di kuasai secara aktif oleh pemiliknya dengan berbuat sesuatu yang nyata di atas tanah disebut dengan cara mendirikan bangunan, menanam dan sebagainya.

Menurut Boedi Harsono,³⁷ mengemukakan bahwa, hak penguasaan atas tanah apabila sudah dihubungkan dengan tanah orang (badan hukum) tertentu, maka yang dimaksud dengan hak penguasaan atas tanah adalah hak penguasaan yang didasarkan pada suatu hak maupun suatu kuasa, yang pada kenyataannya memberikan wewenang untuk melakukan perbuatan hukum sebagaimana layaknya orang yang mempunyai hak tersebut. Hak penguasaan tanah merupakan suatu lembaga hukum, jika belum dihubungkan dengan tanah dan orang atau badan hukum tertentu sebagai pemegang haknya.

³⁷ Boedi Harsono, *Op.Cit* h. 12.

Dalam hukum tanah nasional ada bermacam-macam hak penguasaan atas tanah yaitu:

1. Hak Bangsa Indonesia disebut dalam Pasal 1 UUPA Nomor 5 Tahun 1960, 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 yang disebut dalam Pasal 3 UUPA, beraspek perdata dan publik.
4. Hak Perseorangan atau Individual, semuanya beraspek perdata terdiri atas: Hak-hak atas tanah sebagai hak-hak individual yang semuanya secara langsung maupun tidak langsung yang bersumber pada hak bangsa, yang disebut dalam Pasal 16 UUPA dan Pasal 53 UUPA.

Dalam hukum tanah di kenal juga penguasaan yuridis yang tidak memberi kewenangan untuk menguasai tanah yang bersangkutan secara fisik. Kreditor pemegang hak jaminan atas tanah mempunyai hak penguasaan yuridis atas tanah yang dijadikan agunan, tetapi penguasaannya yuridis atas tanah yang dijadikan agunan, tetapi penguasaannya secara fisik tetap ada pada yang mempunyai tanah. Hak penguasaan atas tanah apabila sudah dihubungkan dengan tanah orang (badan hukum) tertentu, maka yang dimaksud dengan hak penguasaan atas tanah adalah hak penguasaan yang didasarkan pada suatu hak maupun suatu kuasa yang pada kenyataannya

memberikan wewenang untuk melakukan perbuatan hukum sebagaimana layaknya orang yang mempunyai hak.³⁸

Pemilikan tanah diawali dengan menduduki suatu wilayah oleh suatu masyarakat adat yang kemudian disebut dengan tanah komunal (tanah milik bersama). Di wilayah pedesaan di luar Jawa, tanah diakui oleh hukum adat tidak tertulis baik berdasarkan hubungan keturunan maupun wilayah. Seiring dengan perubahan pola sosial ekonomi dalam setiap masyarakat tanah milik bersama masyarakat adat bersama ini secara tertahap dikuasai oleh anggota masyarakat melalui penggarapan yang bergiliran.

Sistem kepemilikan individual kemudian mulai dikenal dalam sistem kepemilikan komunal. Situasi ini terus berlangsung di dalam wilayah kerajaan dan kesultanan sejak abad ke-5 dan berkembang seiring kedatangan kolonial Belanda pada abad ke-17 yang membawa konsep hukum pertanahan mereka. Selama masa penjajahan Belanda, pemilikan tanah secara perorangan menyebabkan dualisme hukum pertanahan, yaitu tanah-tanah di bawah hukum adat dan tanah-tanah yang tunduk kepada hukum barat. Menurut hukum pertanahan Belanda, tanah bersama milik adat dan tanah milik adat perorangan adalah dibawah penguasaan Negara.

Menurut Quesnay,³⁹ menjelaskan bahwa tanah dianggap sebagai satu-satunya sumber untuk mendapatkan pendapatan dan kekayaan, dan sektor pertanian merupakan kegiatan produktif, tanah juga diyakini mengandung kemampuan untuk menghasilkan produksi, tanah juga di yakini mengandung

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Laksanto Utomo, *Op.Cit.*

kemampuan untuk menghasilkan produksi dalam jumlah dan mutu yang melebihi (menciptakan surplus) bahan mentah dan peralatan yang di gunakan dalam menghasilkan produk bersih.

D. Sengketa Tanah dan Penyelesaian Sengketa

Istilah Sengketa, menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai pertikaian atau perselisihan,⁴⁰ sedangkan dalam kosa kata Bahasa Inggris istilah tersebut di istilahkan menjadi 2 (dua) yaitu *conflict* dan *dispute* yang kedua-duanya mengandung pengertian tentang adanya perbedaan kepentingan diantara kedua pihak atau lebih, tetapi keduanya dapat dibedakan. Istilah *conflict* sudah diserap kedalam Bahasa Indonesia menjadi “konflik” sedangkan istilah *dispute* dapat diterjemahkan sebagai sengketa.⁴¹

Sengketa pertanahan atau land dispute terdiri atas 2 (dua) suku kata yaitu land dan dispute. Sengketa pertanahan, dalam bahasa konflik dikategorikan sebagai *manifest conflict* dan *emerging conflicts*. Dalam suatu sengketa, pihak-pihak sudah teridentifikasi, berhadapan langsung dalam suatu sengketa yang sedang berlangsung atau berkelanjutan dan tidak dicapai jalan keluar yang memuaskan kedua belah pihak (*deadlock*).⁴² Selanjutnya sengketa pertanahan adalah perselisihan agrarian antara orang perorang, kelompok, golongan organisasi, badan hukum, atau lembaga yang mempunyai

⁴⁰Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2003.

⁴¹Nia Kurniati, *Hukum Agraria Sengketa Pertanahan Penyelesaian Melalui Arbitrase dalam Teori dan Praktik*, Refika Aditama, Bandung, 2016, h.157.

⁴²*Ibid*

kecenderungan atau sudah berdampak luas secara social, politis, ekonomi, pertahanan atau budaya.⁴³

Dikatakan tanah sengketa bisa dilihat dari aspek kepemilikan dan aspek batas tanah. Dari aspek kepemilikan bisa diartikan pemiliknya lebih dari satu orang yang semuanya memegang tanda bukti kepemilikan dan semuanya mengaku yang paling benar. Padahal yang benar pasti satu sedangkan yang lainnya pasti salah atau tidak benar. Dari aspek batas tanah bisa diartikan adanya batas yang tidak sesuai dengan tetangga berbatasan atau tidak ada persetujuan antara pihak- pihak yang berbatasan sehingga menimbulkan permasalahan antara pemegang hak dan tetangga berbatasan.

Sengketa tanah bisa terjadi dimana saja dan kapan saja. Untuk mencegah dan mengatasi terjadinya sengketa pertanahan, pemerintah telah berulang kali berusaha mengatasinya. Salah satu usaha pemerintah adalah dengan mengeluarkan ketentuan baru, yaitu Peraturan Presiden no 86 tahun 2018 tentang reforma agraria yang bertujuan untuk menata kembali struktur penguasaan, pemilikan, penggunaan, dan pemanfaatan tanah yang lebih berkeadilan.

Secara umum penanganan mengenai sengketa dapat diselesaikan melalui 2 (dua) cara yaitu Penyelesaian melalui *litigasi* (Pengadilan) dan Penyelesaian melalui *non litigasi* (di luar Pengadilan). Kedua pihak yang bersengketa dapat memilih jalur mana yang akan diambil dalam penyelesaian

⁴³Mudakir Iskandar Syah, *Panduan Mengurus Sertifikat & Penyelesaian Sengketa Tanah*, Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, 2019, h.150.

masalah mereka, karena perkara pertanahan tidak hanya sebatas perkara pidana, hak keperdataan, dan Tata usaha negara, bahkan di peradilan agama pun (Seperti misalnya sengketa tanah warisan dan tanah wakaf) juga ada.

Sehingga pihak bersengketa berhak dengan leluasa memilih bagaimanakah penanganan masalah yang dialami :

1. Penyelesaian Sengketa Melalui Litigasi

Proses penyelesaian sengketa yang dilaksanakan melalui pengadilan atau yang sering disebut dengan istilah “*litigasi*”, yaitu suatu penyelesaian sengketa yang dilaksanakan dengan proses beracara di pengadilan di mana kewenangan untuk mengatur dan memutuskannya dilaksanakan oleh hakim. Litigasi merupakan proses penyelesaian sengketa di pengadilan, di mana 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*.⁴⁴

Dalam penyelesaian sengketa, termasuk sengketa tanah sudah pasti akan lebih baik mengutamakan pencegahan (*Preventif*) dari pada menyelesaikan (*Represif*).⁴⁵ artinya pada saat melakukan pembelian atau melakukan prosedur pendaftaran tanah harus dilakukan secara selektif, dengan mengecek kepemilikan pada instansi terkait. Namun ada saja kemungkinan masalah yang muncul akibat cacat administrasi dan

⁴⁴Dimas Kurniawan Figna, *Proses Sengketa Antropologi Hukum*, Universitas Ekasakti, Nurnaningsi Amriani, 2011, h.35.

⁴⁵Mudakir Iskandar Syah, *Op.Cit*, h. 167.

pengecekan yang kurang akurat. Sehingga tidak dapat dibukti kebenaran data yang ada, disinilah terjadi sengketa dan sudah menjaddi tanggung jawab pemerintah untuk menyelesaikannya. Pemerintah memang mempunyai tugas pokok untuk melakukan pencegahan terjadinya tumpang tindih atau permasalahan pertanahan yang lainnya. Usaha pencegahan ini diantaranya dengan ketegasan memberlakukan ketentuan dalam penerapan hukum pertanahan. Pengadilan merupakan wadah untuk mencari keadilan untuk semua permasalahan perselisihan hukum, termasuk perselisihan pertanahan. Sesuai dengan ketentuan yang berlaku, pengadilan tidak bisa menolak semua gugatan yang diajukan oleh para pihak dengan alasan apapun.

2. Penyelesaian Sengketa Melalui Non Litigasi

Penyelesaian sengketa melalui *Non-Litigasi*, kita telah mengenal adanya penyelesaian sengketa alternatif atau *Alternative Dispute Resolution* (ADR), yang dalam perspektif Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, *Alternative Dispute Resolution* (ADR) adalah suatu pranata penyelesaian sengketa di luar pengadilan berdasarkan kesepakatan para pihak dengan mengesampingkan penyelesaian sengketa secara litigasi di pengadilan.⁴⁶

⁴⁶Dimas Kurniawan Figna, *Proses Sengketa Antropologi Hukum*, Universitas Ekasakti, Takdir Rahmadani, 2011, h.17.

Dalam penyelesaian sengketa Laura Nader dan Harry Todd,⁴⁷ mengemukakan beberapa alternative untuk prosedur penyelesaian sengketa yang ada dalam masyarakat, yaitu :

- a. Mediasi (*mediation*), dengan cara ini ada pihak ketiga yang membantu kedua belah pihak yang berselisih pendapat untuk menemukan kesepakatan. Pihak ketiga ini tidak dapat ditentukan oleh kedua pihak yang bersengketa, atau ditunjuk oleh yang berwenang untuk itu. Apakah mediator hasil pulihan kedua pihak, atau karena ditunjuk oleh yang mempunyai kekuasaan, kedua pihak yang bersengketa harus setuju bahwa jasa-jasa dari seorang mediator akan digunakan dalam upaya mencari pemecahan..
- b. Arbitrase (*arbitration*), dua belah pihak yang bersengketa sepakat untuk meminta perantara pihak ketiga, arbitrator, dan sejak semula setelah setuju bahwa mereka akan menerima keputusan dari arbitrator itu.
- c. Perundingan (*negotiation*), dua pihak yang berhadapan merupakan para pengambil keputusan. Pemecahan dari masalah yang mereka hadapi dilakukan oleh mereka berdua, mereka sepakat, tanpa adanya pihak ketiga yang mencampurinya. Kedua pihak berupaya untuk saling meyakinkan, jadi mereka membuat aturan mereka sendiri dan tidak memecahkannya dengan bertitik tolak dari aturan-aturan yang ada.
- d. Paksaan (*coercion*), satu pihak memaksakan pemecahan pada pihak lain. Ini bersifat unilateral. Tindakan yang bersifat memaksakan ini atau

⁴⁷Nader dan Todd, *Antropologi Hukum Sebuah Bunga Rampai*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1993, h.210.

ancaman untuk menggunakan kekerasan, pada umumnya mengurangi kemungkinan penyelesaian secara damai.

- e. Membiarkan saja (*lumping it*), pihak yang merasakan perlakuan yang tidak adil, gagal dalam upaya untuk menekan tuntutan. Dia mengambil keputusan untuk mengabaikan saja masalah atau isu yang menimbulkan tuntutan dan dia meneruskan hubungan-hubungannya dengan pihak yang dirasakannya merugikannya. Ini dilakukan karena berbagai kemungkinan seperti kurangnya informasi mengenai bagaimana proses mengajukan keluhan itu ke pengadilan, kurangnya akses ke lembaga pengadilan, atau sengaja tidak di proses ke pengadilan karena diperkirakan bahwa kerugian lebih besar dari keuntungannya (dalam arti materiil maupun kejiwaan).
- f. Mengelak (*avoidance*), pihak yang merasa dirugikan, memilih untuk mengurangi hubungan-hubungan dengan pihak yang dirugikan, memilih untuk sama sekali untuk menghentikan hubungan tersebut . Misalnya dalam hubungan bisnis, hal semacam ini dapat terjadi. Dengan mengelak, maka isu yang menimbulkan keluhan dielakkan saja.
- g. Peradilan (*adjudication*), di sini pihak ketiga mempunyai wewenang untuk mencampuri pemecahan masalah, lepas dari keinginan para pihak bersengketa. Pihak ketiga itu juga berhak membuat keputusan dan menegakan keputusan itu artinya berupaya bahwa keputusan dilaksanakan.⁴⁸

⁴⁸*Ibid*, h. 212.

E. Tinjauan Umum Tentang Kontrak

Suatu kontrak atau perjanjian adalah suatu “peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal”. Melalui kontrak terciptalah perikatan atau hubungan hukum yang menimbulkan hak dan kewajiban pada masing-masing pihak yang membuat kontrak. Dengan kata lain, para pihak terikat untuk mematuhi kontrak yang telah mereka buat tersebut. Dalam hal ini fungsi kontrak sama dengan perundang-undangan, tetapi hanya berlaku khusus terhadap para pembuatnya saja. Secara hukum, kontrak dapat dipaksakan berlaku melalui pengadilan. Hukum memberikan sanksi terhadap pelaku pelanggaran kontrak atau ingkar janji (*wanprestasi*).

Pengaturan tentang kontrak diatur terutama didalam KUHPerdara (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) Burgerlijk Wetboek (BW), tepatnya dalam Buku III, di samping mengatur mengenai perikatan yang timbul dari undang-undang misalnya tentang perbuatan melawan hukum.

Dari rumusan perjanjian yang terdapat dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, keseluruhan isi rumusan-rumusan tersebut saling melengkapi dan mendekati isi rumusan yang terdapat dalam Pasal 1313 KUHPerdara seperti berikut, “Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”.

Rumusan hukum perjanjian terus berkembang sesuai dengan kebutuhan dan sesuai pula dengan sistem terbuka KUHPerdara seperti tercantum dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang berbunyi, ”Semua perjanjian

yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau alasan-alasan yang oleh undang-undang yang dinyatakan cukup untuk itu. Suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.⁴⁹

Aspek-aspek kebebasan berkontrak dalam Pasal 1338 KUHPerdata (BW), yang menyiratkan adanya 3 (tiga) asas yang seyogyanya dalam perjanjian yaitu :

1. Mengenai terjadinya perjanjian, Asas yang disebut konsensualisme, artinya menurut BW perjanjian hanya terjadi apabila telah adanya persetujuan kehendak antara para pihak (*consensus, consensualisme*).
2. Tentang akibat perjanjian, Bahwa perjanjian mempunyai kekuatan yang mengikat antara pihak-pihak itu sendiri. Asas ini ditegaskan dalam Pasal 1338 ayat (1) BW yang menegaskan bahwa perjanjian dibuat secara sah di antara para pihak, berlaku sebagai Undang- Undang bagi pihak-pihak yang melakukan perjanjian tersebut.
3. Tentang isi perjanjian, sepenuhnya di serahkan kepada para pihak (*contractsvrijheid atau partijautonomie*) yang bersangkutan.

Dengan kata lain selama perjanjian itu tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku, kesusilaan, mengikat kepentingan umum dan ketertiban, maka perjanjian itu diperbolehkan. Berlakunya asas kebebasan

⁴⁹ BN.Marbun, *Membuat Perjanjian yang aman dan sesuai Hukum*, Puspa Swara, Jakarta, 2009, h. 2.

berkontrak dijamin oleh Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, yang menentukan bahwa: “Setiap perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.

Pasal 1313 KUHPerdara, yaitu “Suatu perjanjian adalah satu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih”, menerangkan secara sederhana tentang pengertian perjanjian yang menggambarkan adanya dua pihak yang saling mengikatkan diri. Mengenai syarat sah perjanjian, Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara menyebutkan bahwa perjanjian yang mengikat hanyalah perjanjian yang sah. Mengenai sahnya suatu perjanjian diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara. Pasal 1320 KUHPerdara menentukan empat syarat sahnya perjanjian, yaitu :

- 1) Adanya kesepakatan kedua belah pihak, syarat sahnya perjanjian adalah adanya kesepakatan atau konsensus yang ditandai dengan perasaan rela atau ikhlas di antara para pihak pembuat perjanjian mengenai hal-hal yang dituangkan di dalam isi perjanjian. Kesepakatan ini diatur dalam Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara. Adapun yang dimaksud dengan kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak, dapat ditelusuri dari hal seperti Bahasa yang lengkap dan tertulis, Bahasa yang sempurna secara lisan, Bahasa yang kurang sempurna, sepanjang dapat dimengerti dengan jelas oleh pihak lawannya, dan Diam atau membisu, tetapi asal dipahami atau diterima pihak lawan.

- 2) Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum, kecakapan di sini artinya para pihak yang membuat kontrak haruslah orang-orang yang oleh hukum dinyatakan sebagai subjek hukum. Pada dasarnya semua orang menurut hukum cakap untuk membuat kontrak. Yang tidak cakap adalah orang-orang yang ditentukan hukum, yaitu anak-anak, orang dewasa yang ditempatkan di bawah pengawasan (*curatele*), dan orang sakit jiwa. Anak-anak adalah mereka yang belum dewasa yang menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan belum berumur 18 tahun. Meskipun belum berumur 18 tahun, apabila seseorang telah atau pernah kawin dianggap sudah dewasa, berarti cakap untuk membuat perjanjian.⁵⁰ Menurut Subekti,⁵¹ orang yang berbuat suatu perjanjian harus cakap menurut hukum. Seseorang diperbolehkan membuat suatu perjanjian apabila ia memenuhi persyaratan di dalam undang-undang. Pada dasarnya, setiap orang yang sudah dewasa atau akil baligh dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum.
- 3) Adanya objek, yang dimaksud dengan suatu hal tertentu adalah segala sesuatu yang diperjanjikan itu harus jelas terperinci atau sekurang-kurangnya dapat terperinci, sebagaimana diatur dalam Pasal 1333 KUHPerdata, yang berbunyi: “Suatu perjanjian harus mempunyai sebagai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya, tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tentu, asal saja jumlah itu

⁵⁰ Burhanudin Ali SDB dan Poernama S, *5 Menit Langsung Jadi Membuat Perjanjian dan Surat Kontrak*, Jakarta, 2016, h. 3.

⁵¹ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cetakan 14, Internusa, Jakarta, 1992, h. 1.

kemudian dapat ditentukan atau dihitung”. Obyek perjanjian berupa suatu prestasi yang harus dipenuhi dan apa yang diperjanjikan harus jelas, ditentukan jenisnya mengenai jumlah tidak disebut asal dapat dihitung. Perjanjian harus mengenai hal tertentu artinya apa yang diperjanjikan harus jelas hak dan kewajibannya bagi para pihak apabila timbul perselisihan dalam pelaksanaan perjanjian. Dalam suatu kontrak objek perjanjian harus jelas dan ditentukan oleh para pihak, objek perjanjian tersebut dapat berupa barang maupun jasa. Adanya objek perjanjian memperjelas bahwa objek yang diatur (dimaksud) dalam kontrak harus jelas atau setidaknya dapat dipastikan. Dengan demikian, objek perjanjian tidak boleh mengambang/samar-samar. Objek perjanjian yang jelas dapat memberikan jaminan kepada para pihak pembuat perjanjian dan mencegah perjanjian yang fiktif.

- 4) Adanya kausa yang halal, suatu sebab yang dibolehkan atau halal berarti kesepakatan yang tertuang dalam suatu perjanjian tidak boleh bertentangan dengan perundang-undangan, ketertiban umum, dan kesusilaan. KUHPdata memberikan kebebasan membuat perjanjian atau kontrak secara tertulis maupun tidak tertulis, asalkan memenuhi syarat yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPdata. Pasal 1320 KUHPdata sendiri juga tidak memberi penjelasan apa yang dimaksud dengan kausa yang halal. Di dalam Pasal 1336 KUHPdata disebutkan, ”Jika tidak dinyatakan suatu sebab, tetapi ada satu sebab yang halal, ataupun jika ada sesuatu sebab lain yang tidak terlarang selain dari yang

dinyatakan itu, perjanjiannya adalah sah”. Di dalam Pasal 1337 KUHPerdara hanya disebutkan kausa terlarang yang lengkapnya berbunyi, “Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik dan ketertiban umum”.

Keempat syarat tersebut dapat dibagi dalam dua kelompok. Syarat pertama dan kedua disebut syarat subjektif karena menyangkut pihak-pihak yang mengadakan perjanjian. Adapun syarat ketiga dan keempat disebut syarat objektif karena menyangkut objek perjanjian.

Apabila syarat pertama dan kedua tidak terpenuhi maka perjanjian itu dapat dibatalkan. Artinya, bahwa salah satu pihak dapat mengajukan kepada pengadilan untuk membatalkan perjanjian yang disepakati. Namun, jika di antara para pihak tidak ada yang keberatan maka perjanjian itu tetap dianggap sah. Dalam hal syarat ketiga dan keempat tidak terpenuhi maka perjanjian itu batal demi hukum. Artinya, bahwa dari semula perjanjian itu dianggap tidak ada.⁵²

⁵² BN.Marbun, *Op. Cit*, h. 9-10.