

MODUL I

LINGKUP KEGIATAN DAN MANFAAT PERBANDINGAN HUKUM TANAH

1. Pendahuluan

Setiap negara atau pemerintahan di dunia ini pasti akan mengatur penguasaan hak atas tanah. Tanah sebagai unsur utama adanya wilayah kekuasaan atau teritori sudah tentu akan menjadi kepentingan hampir semua pihak, termasuk individu. Dalam modul ke I ini akan dibicarakan mengenai ruang lingkup kegiatan yang dilakukan dalam kuliah Perbandingan Hukum Tanah. Hukum Tanah di setiap negara belum tentu sama tergantung berbagai faktor yang melatar-belaknginya. Oleh karena itu modul ini akan membahas hukum tanah di mana saja yang akan menjadi objek pembahasan atau objek yang akan diperbandingkan.

2. Kompetensi Dasar

Dengan mempelajari modul ini, mahasiswa diharapkan mampu memahami ruang lingkup dan manfaat mempelajari Perbandingan Hukum Tanah.

3. Indikator

Menjadi tolok ukur dalam mempelajari modul, mahasiswa mampu menjelaskan: a) Pengertian perbandingan hukum tanah; b) cakupan atau ruang lingkup apa saja yang dipelajari dengan cara membandingkan yaitu mengetahui persamaan dan perbedaan setiap Hukum Tanah yang menjadi objek perbandingan; c) kenapa terjadi persamaan dan perbedaan dalam hukum tanah nasional setiap negara.

4. Kegiatan Belajar

4.1. Kegiatan Belajar – 1

LINGKUP KEGIATAN

4.1.1 Pengertian

Pertanyaan awal dan mendasar yang harus dijawab untuk mempejelas keberadaan objek studi Perbandingan Hukum Tanah (PHT), sehingga PHT itu sendiri memadai dijadikan sebagai suatu mata ajaran di perguruan tinggi seperti Fakultas Hukum maupun Sekolah Tinggi Pertanahan Nasional (STPN) adalah apakah ada kegiatan tertentu yang secara sistematis dilakukan pada suatu PHT? Pertanyaan selanjutnya, kegiatan apa yang dilakukan dalam suatu studi PHT?

Sunaryati Hartono mengatakan bahwa perbandingan hukum adalah suatu metode penyelidikan,¹ bukan suatu cabang ilmu hukum, sebagaimana seringkali menjadi anggapan sementara orang. Metode yang dipakai adalah membanding-bandingkan salah satu lembaga hukum (*legal institution*) dari sistem hukum yang satu dengan sistem hukum yang lain.

¹ Untuk menegaskan bahwa perbandingan hukum merupakan suatu metode atau cara, penulis mengemukakan pendapat **U. van Apedoom**, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kesembilan, Penerbit Noor Komala d/h Noordhoff-Koiff N.V., Jakarta, 1962, hlm. 334, yang mengatakan bahwa tiap-tiap ilmu pengetahuan tidak puas dengan mencatat gejala-gejala yang dilihatnya, akan tetapi juga sebanyak mungkin mencoba menerangkannya dari hubungan sebab-akibat dengan gejala-gejala lainnya. Untuk mencapai tujuan tersebut, ilmu pengetahuan hukum memakai 3 (tiga) cara, yaitu cara sosiologis, yang menyelidiki sangkut paut hukum dengan gejala masyarakat lainnya (sosiologi hukum); cara sejarah, yang menyelidiki sangkut paut hukum dari sudut perjalanan sejarah atau dengan perkataan lain menyelidiki pertumbuhan hukum secara historis (sejarah hukum); dan cara perbandingan hukum, yang membandingkan satu sama lain tatanan-tatanan hukum dari pelbagai masyarakat-hukum (perbandingan hukum). Demikian pula, **Rahmatullah Khan**, *Introduction of die Study of Comparative Law*, Penerbit N. M. Tripathi Pvt. Ltd, hlm. 2, menandaskan: *It is self-evident that comparative law is not a subject-but a method*. Sadana lain yang juga cenderung memandang perbandingan hukum sebagai metode adalah Hendry Campbell Black yang mengatakan bahwa *comparative jurisprudence* adalah *the study of the principle of legal science by the comparison of various systems of law*. Black dinyatakan cenderung mengklasifikasikan perbandingan hukum sebagai metode, oleh karena yang dimaksudkan dengan *comparative* adalah *Proceeding by the method of comparison, founded on comparison; estimated by comparison*. Di sisi lain, ada juga sadana yang cenderung memandang Perbandingan Hukum sebagai ilmu, yakni **Lando** yang menyatakan bahwa perbandingan hukum adalah *an analysis and a comparison of the laws*. Yang penting dalam perbandingan hukum sebagai ilmu adalah, membuat suatu paradigma dan hal-hal yang ingin dibandingkan. Berdasarkan berbagai pandangan tersebut di atas, **Soerjono Soekanto** cenderung berpendirian bahwa perbandingan hukum dapat sebagai suatu metode perbandingan dan sebagai suatu ilmu. Perhatikan Soerjono Soekanto, *Perbandingan Hukum*, Cetakan Kedua, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989, hlm. 25, 47, 79-81.

Dengan membanding-bandingkan itu akan ditemukan unsur-unsur persamaan sekaligus juga unsur perbedaan dari sistem yang diperbandingkan tersebut. Selanjutnya ditegaskan bahwa perbandingan hukum itu dapat dilakukan baik di bidang Hukum Perdata maupun Hukum Publik. Bahkan dapat pula dilakukan dengan membanding-bandingkan suatu lembaga hukum di masa yang lampau dengan sifat/corak lembaga yang sama itu di masa sekarang.²

Selaras dengan pengertian perbandingan hukum di atas, maka kegiatan yang dilakukan dalam PHT adalah mencari persamaan dan perbedaan di antara Hukum Tanah yang diperbandingkan. Lebih jauh dari itu, seyogianya jika dalam PHT itu juga dapat dijelaskan penyebab adanya persamaan dan perbedaan tersebut. Hukum Tanah yang diperbandingkan adalah Hukum Tanah Nasional Indonesia, Hukum Tanah Adat, Hukum Tanah Barat (Belanda), Hukum Tanah Negara-negara Komunis, dan Hukum Tanah Negara-negara Anglo-Sakson.³

Persamaan pokok dari semua Hukum Tanah, baik Hukum Tanah di masa lampau, sekarang, bahkan mungkin yang akan datang; juga Hukum Tanah Adat, HTN, Hukum Tanah Barat, Hukum Tanah Komunis, dan Hukum Tanah Anglosakson adalah persamaan mengatur hal yang sama yaitu Hak Penguasaan Atas Tanah (HPAT), hak-hak yang memberi wewenang untuk 'berbuat sesuatu' mengenai tanah yang dihaki. 'Berbuat sesuatu' yang menjadi tolok pembeda di antara HPAT misalnya differensiasi HPAT di Indonesia terdiri atas: Hak Bangsa, Hak Menguasai Negara, (Hak Uayat: sepanjang masih ada), Hak-hak Perorangan, yang meliputi Hak-hak atas tanah, Hak Jaminan atas tanah, dst). 'Berbuat sesuatu' itu pula yang menjadi tolok pembeda antara hak atas tanah, misalnya antara Hak Milik (HM) dan Hak Guna Bangunan (HGB). HM bisa digunakan untuk pertanian dan non pertanian (bangunan), sedangkan HGB hanya untuk bangunan. Perlu kiranya juga ditegaskan bahwa persamaan di antara semua Hukum Tanah, yang sama-sama mengatur

² Sunarjati Hartono, Kapita Selekta Perbandingan Hukum, Penerbit Citra Aditya, Bandung, 1991, hlm. 1.

³ Lihat handout Prof. Boedi Harsono, pada Kuliah Perbandingan Hukum Tanah yang disampaikan di STPN-Yogyakarta, pada tanggal 22 September 1993.

HPAT, inilah yang membuat studi perbandingan hukum tersebut menjadi bermakna. Tidak ada artinya sama sekali jika membandingkan sesuatu yang tidak mempunyai persamaan pokok dan perbedaannya.

Selanjutnya, perbedaan dari Hukum Tanah yang diperbandingkan itu berawal dari **perbedaan falsafah/konsepsi** dari setiap Hukum Tanah. Perbedaan konsepsi itu terjadi karena perbedaan falsafah setiap bangsa dalam memandang hubungan-hubungan yang bersifat fundamental dalam kehidupan bernegara, seperti: hubungan manusia dengan Tuhan, hubungan manusia dengan manusia yang lain, dan hubungan manusia dengan masyarakat.

Perbedaan pandangan hidup (*way of life*) dari masing-masing bangsa inilah yang kemudian juga menjadi tercermin dalam falsafah/konsepsi dari suatu sistem hukumnya, termasuk-Hukum Tanahnya masing-masing.

4.1.2. Rangkuman

Kegiatan dalam perbandingan hukum tanah adalah mencari persamaan dan juga perbedaan dari setiap hukum tanah yang menjadi objeknya. Hukum tanah yang akan dibandingkan adalah Hukum Tanah Adat, Hukum Tanah Nasional, Hukum Tanah Barat dan Hukum Tanah Negara Komunis.

4.1.3. Latihan

1. Apa pengertian dari perbandingan hukum?
2. Bagaimanakah melakukan perbandingan hukum itu menurut para ahli hukum?
3. Dalam setiap hukum tanah yang ada tentu mengandung persamaan dan perbedaan, apakah yang menjadi persamaan?
4. Bagaimanakah perbedaan dalam hukum tanah itu bisa terjadi?
5. Apakah pandangan hidup (*way of life*) berpengaruh pada hukum tanah tertentu?

Modul 2

KONSEPSI HUKUM TANAH

1. Pendahuluan

Konsepsi Hukum Tanah pada setiap negara yang akan dijadikan objek pembelajaran mata kuliah ini, merupakan konsepsi yang mendasari setiap hukum tanah yang dianut dalam sistem kemasyarakatan yang melatarbelakangi. Misalnya Hukum tanah nasional dengan komunalistik religius sebagaimana dalam hukum tanah adat.

2. Kompetensi Dasar

Kompetensi yang diharapkan setelah para mahasiswa mempelajari modul ini ialah: mahasiswa bisa mengerti konsepsi yang mendasari bagi setiap hukum tanah yang dipelajari: Hukum Tanah Nasional, Hukum Tanah Barat (Belanda); Hukum Tanah Anglosakson dan Hukum Tanah di Negara Komunis sosialis .

3. Indikator

Mahasiswa bisa mengidentifikasi berbagai konsepsi/falsafah dalam hukum tanah yang dianut oleh beberapa negara yang diperbandingkan

4. Uraian dan Contoh

Dalam membicarakan Konsepsi Hukum Tanah Nasional (HTN) dan Hukum Adat perlu kiranya difahami bahwa, Hukum Tanah Nasional memiliki falsafah/konsepsi yang sama dengan Hukum Adat yakni komunalistik religius, yang memungkinkan penguasaan tanah secara individual, dengan hak atas tanah yang bersifat pribadi sekaligus

mengandung unsur kebersamaan.⁴ Falsafah/konsepsi komunalistik-religius itu tampak pada Pasal 1 UUPA. Sifat '**komunalistik**' dapat dilihat pada Pasal 1 Butir 1 yang menyatakan bahwa semua tanah dalam wilayah Negara Indonesia adalah tanah bersama dari seluruh rakyat Indonesia. Selanjutnya, **watak 'religius'** tampak pada Pasal 1 Butir 2 UUPA yang menyatakan: bahwa seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan yang terkandung di dalamnya dalam wilayah Republik Indonesia merupakan karunia Tuhan Yang Maha Esa. Hukum yang berlaku pada HTN ini sedikit berbeda dengan Hukum Adat.

Hukum Adat hanya bersumber pada adat (tertulis, tetapi pada umumnya tidak tertulis) dan kebiasaan. Dengan demikian, Hukum Adat timbul dari masyarakat itu sendiri. Pemberlakuannya diterapkan oleh penguasa-penguasa masyarakat. Karena sesuai dengan aspirasi dan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, maka setiap anggota masyarakat itu melakukannya dengan penuh kesadaran.

Dalam HTN, hukum yang berlaku terdiri atas: hukum tertulis (sebagaimana yang terutama ada pada UUPA dan semua peraturan pelaksanaannya) dan juga hukum yang tidak tertulis (yang terdiri atas Hukum Adat dan Kebiasaan).

Hukum Tanah Barat (Belanda) berdasarkan konsep individualistik-liberal yang berpangkal pada hak individu/perorangan yang bebas berusaha memenuhi kebutuhannya masing-masing untuk mencapai kemakmuran yang setinggi-tingginya. Hak penguasaan atas tanah yang tertinggi adalah Hak Milik pribadi yang disebut Hak *Eigendom*. Tanah di seluruh wilayah negara terbagi habis dalam tanah-tanah Hak *Eigendom* perorangan dan badan-badan hukum perdata serta tanah-tanah Hak *Eigendom* negara. Hak-hak penguasaan yang lain bersumber pada Hak *Eigendom* perorangan dan Hak *Eigendom* negara. Hak-hak penguasaan yang lain bersumber pada Hak *Eigendom* perorangan dan Hak *Eigendom*

⁴ Budi Harsono, Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya, Ilid 1, Cetakan Kesembilan (Edisi Revisi), Penerbit Djambatan, Jakarta, 2003, hlm. 229.

negara tersebut.⁵ Hukum yang berlaku pada hukum barat ini pada umumnya adalah hukum tertulis, bahkan diupayakan yang sudah terkodefikasi dalam kitab-kitab hukum. Mengenai kode-kode hukum ini, Nicholas Bates, dkk menyatakan: *"these codes were special types of enacted legislation and were designed to be comprehensive statements of the law on a general subject they were always given in a permanent, organised and written form."*⁶

Falsafah/konsepsi Hukum Tanah di Negara Komunis. Di Negara-negara penganut paham kuminis tidak kenal adanya hak milik individual. Hak penguasaan atas tanah yang tertinggi adalah Hak Milik Bersama dari rakyat, yang untuk sementara diwakili oleh negara. Hak Milik Bersama tersebut meliputi semua tanah di seluruh wilayah negara. Oleh karena itulah, maka tidak dikenal hak milik pribadi atas tanah. Bedanya dengan sistem hukum tanah feodal adalah, bahwa dalam sistem komunis tidak ada penguasaan tanah secara individual. Penguasaan tanah dilakukan secara kolektif.⁷ Hampir sama dengan Hukum Tanah Barat, Hukum Tanah Komiunis ini pun pada umumnya dibuat secara tertulis, misalnya CPL.⁸

Hukum tanah negara-negara anglosakson menganut falsafah/konsepsi feodalisme. Hak penguasaan tanah yang tertinggi adalah Hak Milik Raja. Semua tanah di seluruh wilayah negara adalah Hak Milik Raja, seperti yang misalnya berlaku di Kerajaan Inggris. Di negara-negara yang tidak lagi merupakan kerajaan, hak penguasaan tanah yang tertinggi ada pada negara, sebagai pengganti kedudukan raja. Hak-hak penguasaan tanah yang lain bersumber pada Hak Milik Raja tersebut dan dengan sendirinya tidak ada yang setingkat hak milik. Yang menggunakan tanah

⁵ **Budi Harsono**, Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya, lild 1, Cetakan Kesembilan (Edisi Revisi), Penerbit Djembatan, Jakarta, 2003, hlm. 184.

⁶ **Nicholas Bates**, dkk, *Legal Studies for Victoria* Volume 2 Units 3 and 4, Edisi Kedua.

⁷ **Budi Harsono**, Ibid.184

⁸ Yun-chien-Chang, Property Law with Chinese Characteristics: An Economic and Comparative Analysis.
<https://www.google.com/search?q=Property+Law+with+Chinese+Characteristics%3A+An+Economic+and+Comparative+Analysis+filetype%3Apdf&oq=Property+Law+with+Chinese+Characteristics%3A+An+Economic+and+Comparative+Analysis+filetype%3Apdf&aqs=chrome..69i57.12647j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

milik raja tersebut hanya 'hanggaduh'⁹ tanah milik raja.¹⁰ Hukum yang berlaku di negara-negara anglosakson ini terdiri atas: (1) *common law*, yakni keputusan-keputusan hakim yang wajib diikuti oleh hakim lainnya berdasarkan asas *precedents* sehingga pada akhirnya tercipta kepastian hukum; (2) *equity law*, yakni hukum yang membatasi sebagian dari *common law* untuk tujuan menciptakan keadilan; (3) *statutory law*, yakni hukum tertulis atau hukum yang berasal dari perundang-undangan.¹¹

4.2.2. Rangkuman

Hukum Tanah Nasional dan Hukum Adat terlahir dari konsepsi yang sama yaitu komunalistik religius. Hukum Barat (Belanda) berkonsepsi individualistik-liberalisme yang berpangkal pada hak kebebasan individu. Sebaliknya pada Hukum Tanah Negara Komunis menganut filosofi tiadanya hak-hak individu, sehingga tanah merupakan milik bersama seluruh rakyat. Sedangkan pada Hukum Tanah di negara-negara anglosakson filosofi/konsepsi yang mendasarinya adalah feodalisme.

4.2.3. Latihan

1. Jelaskan watak komunalistik dan watak religius yang merupakan filosofi Hukum Tanah Nasional kita.
2. Bagaimanakah watak individualistik dan liberalisme mempengaruhi filosofi hukum tanah barat?
3. Adakah ketiadaan pengakuan hak individu tercermin dalam hak penguasaan atas tanah di negara komunis? Jelaskan
4. Menurut saudara apakah konsepsi feudalistik dalam pertanahan masih terlihat di bagian wilayah Indonesia atau Inggris yang masih ada kerajaan? jelaskan

⁹ *Hanggaduh* atau *anggaduh* atau *nggaduh* merupakan istilah dalam bahasa Jawa yang berarti meminjam pakai untuk memanfaatkan/menggunakan tanah agar dapat diambil hasilnya. Nggaduh bisa terhadap tanah maupun ternak milik orang lain, dengan ketentuan yang berbeda.(penulis)

¹⁰ **Budi Harsono**, Ibid.184

Modul 3

MANFAAT PERBANDINGAN HUKUM TANAH

4.3.1. Uraian dan contoh

Manfaat bagi pribadi pelaku studi

Bagi kepentingan pribadi yang melakukan studi, PHT akan dapat memperjelas wawasan dan memperluas cakrawala mengenai Hukum Tanah, sehingga yang bersangkutan menjadi tidak canggung sebagai pelaku studi¹² dalam masyarakat ilmiah pada tataran nasional maupun internasional. Oleh karena para pelaku studi PHT akan memperoleh pendalaman penguasaan berbagai materi Hukum Tanah. Manfaat pribadi lainnya adalah dapat dihindarinya komunikasi yang simpang siur atau salah paham dengan orang asing. Contohnya, lembaga jaminan atas tanah pada Hukum Tanah Nasional (HTN) adalah Hak Tanggungan, di Belanda disebut *hypotheek*, dan di Singapura atau negara-negara anglosakson lainnya disebut *mortgage*. Ketika seorang sarjana hukum Indonesia misalnya akan menjelaskan perihal 'Hak Tanggungan' di negara asing, yang bersangkutan tidak boleh menggunakan *mortgage* sebagai istilah untuk menyatakan lembaga jaminan atas tanah di Indonesia. Apalagi istilah-istilah hukum senantiasa bersifat nasional.

¹¹ Nichols Bates, dkk, op.cit., hlm.23.

¹² Para mahasiswa pasca sarjana (S2, S3) Ilmu Hukum yang mendalami Hukum Agraria/Tanah, seyogianya melakukan PHT, agar dapat memperluas wawasan dan cakrawala pandangannya di bidang Hukum Agraria/Tanah. Kiranya kuliah-kuliah Hukum Agraria/Tanah di tingkat pascasarjana baru akan memperoleh manfaat yang optimal jika materi perkuliahan sampai pada upaya PHT di antara berbagai negara yang berbeda sistem hukumnya.

Manfaat pribadi yang lain adalah, dengan melakukan PHT si pelaku studi akan memiliki visi dan misi yang jelas bahwa falsafah atau konsepsi HTN (Indonesia) yang berdasarkan Hukum Adatlah yang terbaik buat Bangsa Indonesia. Pelaku studi PHT akan menyadari bahwa setiap hukum akan tumbuh dengan baik di atas basis sosial dan kulturalnya masing-masing. Sikap seperti ini pula mungkin yang diharapkan Goerge Santayana ketika mengatakan: "*a man feer must be planted at home, but his eyes must surviey the world*". Pada era globalisasi ini, kiranya sikap semacam itu sangat tepat dimiliki oleh para pelaku studi hukum pada umumnya, yakni harus senantiasa jeli melihat perkembangan yang terjadi pada dunia internasional yang tampak 'semakin mengecil ini" (*the Shringking World*).¹³ Namun, 'pernyataan-mutiara' G. Santayana itu juga mengandung peringatan agar para pelaku studi perbandingan hukum tidak telampau mudah 'Membeo" terhadap pandangan-pandangan hukum yang berasal dari luar Indonesia.

Manfaat bagi pengembangan HTN

Sebagaimana dimaklumi, pembangunan HTN merupakan proses yang sedang berlangsung. Apalagi saat ini masih dirasakan kurangnya peraturan- peraturan pertanahan sebagai sarana pendukung pembangunan nasional, yang pada pada akhirnya juga sebagai pembawa kemakmuran bagi rakyat Indonesia. Sebagai contoh, sekarang ini sedang diupayakan untuk melakukan peningkatan pengaturan Konsolidasi Tanah di Indonesia, yang kenyataannya masih diatur dan dilaksanakan dengan 1 (satu) Peraturan Kepala BPN dan 9 (sembilan) kebijakan-kebijakan teknis lainnya dalam bentuk Surat maupun Surat Edaran Menteri Negara Agraria/Kepala BPN dan para pejabat Eselon I di bawahnya. Padahal di negara yang sangat berhasil melakukan Konsolidasi Tanah Perkotaan

¹³ Perhatikan Jamie Cassels, *Trends in Canadian Legal Scholarship*, dalam Kumpulan Makalah Indonesian/Asean and Canadian Workshop on Legal Education, Diselenggarakan oleh Konsorsium Hukum Indonesia dan The Faculty of Law, University of Victoria, B.C. Canada, di Bogor, Hotel Pangrango, tanggal 16-18 Juni 1992, yang menyatakan bahkan sekarang ini telah terjadi *The Shringking World*. Keadaan yang demikian membutuhkan banyak pekerjaan-pekerjaan untuk melakukan perbandingan, (terutama dalam Hukum Perdagangan), 1992, hlm. 195.

(KTP), seperti Jepang (negara tersebut mengistilahkannya sebagai *land readjustment*) KTP -(yang berarti hanya dilakukan di perkotaan) sudah diatur dengan suatu undang-undang tersendiri. Dengan studi PHT; akan diperoleh bahan-bahan untuk membangun HTN, khususnya pada pembangunan aspek-aspek hukum Konsolidasi Tanah di Indonesia. Bisa ditambahkan dengan contoh lainya yaitu tentang pengadaan tanah untuk pembangunan beberapa negara sudah mengaturnya dengan undang-undang. Inggris mengatur pendaftaran tanah dengan undang-undang: Land Registration Act 1925 dan dirubah dengan Land Registration Act 2002.

Berkaitan dengan 'manfaat PHT' dalam pembangunan hukum nasional, perlu kiranya diperhatikan pendapat St. Munadjat Danusaputro yang menyatakan bahwa hukum nasional kita yang akan datang, di samping mempunyai fungsi nasional, juga fungsi internasional. Artinya, hukum nasional kita pertama-tama memang merupakan sarana pelindung kepentingan nasional, namun ia tidak boleh 'misplaced' dalam jaringan lalu lintas hukum internasional. Selanjutnya Danusaputro mengatakan bahwa penggunaan sumber-sumber bahan hukum dari luar lingkungan sendiri, baik yang berasal dari sistem-sistem hukum negara lain maupun konvensi-konvensi internasional, membutuhkan penyelenggaraan kegiatan studi perbandingan hukum yang memungkinkan kita mempelajari berbagai bangunan hukum dariluar serta menguji keserasiannya dengan kebutuhan kita sendiri. Dari strategi pembinaan hukum nasional, pola sikap membuka diri terhadap bahan-bahan hukum yang baik dari luar, menunjukkan bahwa dalam pembangunan hukum nasional di zaman modern ini kita tidak bersikap sebagai 'katak di bawah tempurung'¹⁴

Manfaat lainnya dari PHT dalam pembangunan hukum nasional ini dapat pula disimak dari pidato ilmiah Erman Rajagukguk pada Dies Natalis Universitas Sumatera Utara Ke-44, di Medan tanggal 20 Nopember 2001 yang menyatakan bahwa belajar perbandingan hukum akan melahirkan ide bahwa mungkin ada berbagai alternatif untuk memecahkan

¹⁴ **St. Munadjat Danusaputro**, Hukum Lingkungan Buku V Sektorial Jilid 2 Hukum Lingkungan Nusantara (balam sistem Nasional dan Internasional), Cetakan Pertama, Penerbit Binacipta, Jakarta, 1984, hlm. 39.

masalah-masalah hukum yang kita hadapi. Tentu harus diingat bahwa pemecahan masalah tersebut tetap mencerminkan tradisi dan budaya dari masing-masing masyarakat.¹⁵

Perolehan bahan-bahan untuk pembangunan HTN dari sistem hukum asing, harus selalu didasari oleh suatu sikap bahwa pembangunan dan implementasi hukum suatu bangsa harus dilakukan di atas basis sosial dan kulturalnya masing-masing. Dalam literatur teori hukum dikenal *The Law of Non-Transferability of Law* yang dikemukakan oleh Robert B. Seidman. Bagi Robert B. Seidman, *legal transplants practically never work. Oleh karena, the same rules of law and their sanctions in different times and places, with different physical and institutional environments will not induce the same behaviour in role occupants in different time and places.*¹⁶ Oleh karena itu, walaupun pembangunan HTN didahului dengan suatu studi perbandingan hukum, hal itu hanya untuk memperoleh bahan-bahan yang kemudian harus disesuaikan dengan basis sosial dan kulturalnya Bangsa Indonesia. Oleh karena itu, dalam hal memperkaya hukum nasional dari hukum asing, sudah menjadi sikap politik hukum Indonesia bahwa pembangunan hukum nasional dilakukan dengan transformasi hukum, bukan transplantasi hukum (mencangkok) yaitu sikap mengambil begitu saja pasal-pasal yang ada dari undang-undang asing.¹⁷

4.2.2. Rangkuman

Mempelajari Perbandingan Hukum Tanah mempunyai manfaat, antara lain buat diri yang memperlajari (pembelajar), akan memiliki cakrawala yang lebih luas mengenai beberapa hukum tanah yang ada.

¹⁵ **Erman Rajagukguk**, *Globalisasi Hukum dan Kemajuan Teknologi Implikasinya Bagi Pendidikan Hukum dan Pembangunan Hukum Indonesia*, Pidato pada Dies Natalis Universitas Sumatera Utara Ke-44, Medan tanggal 20 Nopember 2001, 2001, hlm. 8.

¹⁶ Robert B. Seidman, *The State, Law and Development*, Penerbit St. Martin's Press Inc, New York, USK, 1978, hlm. 34-36.

¹⁷ Transplantasi hukum dengan mengambil begitu saja aturan hukum ataupun pasal-pasal dari negara asing sudah dialami oleh negara-negara jajahan, misalnya dengan penerapan hukum dari negara penjajah pada wilayah jajahan seperti Belanda/Pemerintah Hindia Belanda dengan asas concordansi (peneraapan) Kitab Undang-undang Hukum Perdata maupun Pidana.

Disamping itu menambah pengembangan hukum nasional khususnya hukum tanah.

4.2.3. Latihan

MODUL 4

PENGERTIAN TANAH DAN IMPLIKASINYA TERHADAP KONSEP HAK ATAS-TANAH

1. Pendahuluan

Meskipun yang menjadi objek pengaturan adalah sama yaitu tanah, namun pengertian tanah dalam setiap masing-masing hukum tanah akan berbeda. Dari pengertian yang berbeda itulah kemudian juga timbul ketidaksamaan batasan sampai dimana tanah itu pengusaan dan pemanfaatannya.

Pokok bahasan dalam Modul - 4 ini adalah masalah pengertian tanah pada masing-masing lingkungan hukum tanah, serta implikasi terhadap konsep hak-hak atas tanah yang ada.

2. Konsepsi Dasar

Dengan memepelajari Modul – 4 ini mahasiswa diharapkan dapat memahami adanya pengertian tanah pada setiap lingkungan hukum tanah serta implikasi terhadap konsep hak atas tanah.

3. Indikator

Modul – 4 ini akan mengantarkan mahasiswa untuk dapat menjelaskann: a) Pengertian tanah yang ada di berbagai lingkungan hukum tanah yang akan diberbandingkan; b) implikasi terhadap hak-hak atas tanah yang ada dalam setiap lingkungan hukum tanah.

Pendahuluan

Istilah tanah mengandung banyak arti tergantung konteks dalam pembicaraan apa tanah dimaksud. Sebagai diaman yang mempunyai banyak sisi pandang. Tanah sering diartikan sebagai¹⁸: 1) *space*, 2) *nature*, 3) *a factor of production*, 4) *a consumption of good*, 5) *situation*, 6) *property*, and 7) *capital*. Pengertian ini dipakai tergantung dari sudut pandang orang yang berkepentingan terhadap tanah.

Pengertian tanah yang banyak tersebut, timbul karena dilihat dari sudut pandang yang berbeda tetapi membicarakan hal yang sama atau hampir sama. Selanjutnya Barlowe¹⁹ mengemukakan darai sudut pandang hukum, tanah pengertiannya ialah: *land or real estate may be considered as **any portion of the erath's surface over** which ownership rights might be exercised. These rights not just related to surface area but also to things such as threes, which are attatched to the surface by nature; to buildings and other improvements attached by man; and to those objects of value that lie either **above or below the surface.***

Tanah diartikan sebagai tanah atau real estate yang merupakan bagian dari permukaan bumi, dimana hak atas tanah melekat, serta pohon yang tumbuh di atasnya – sesuatu yang ada secara alamiah ataupun karena perbuatan manusia seperti bangunan. Dari pengertian ini terlihat adanya asas perlekatan yang dipergunakan.

A. Hukum Tanah Nasional

Pasal 4 ayat (1) UUPA mengartikan tanah sebagai permukaan bumi (*the surface of the earth*). Dengan demikian, hak atas tanah adalah hak atas permukaan bumi. Selanjutnya ayat (2) dari Pasal 4 tersebut menyatakan bahwa hak-hak atas tanah tersebut memberi wewenang untuk mempergunakan tanah yang bersangkutan, demikian pula tubuh bumi dan air

¹⁸ Raleigh Barlowe, Land Resource Economics – The Economics of Real Estate. Michigan State University. Fourth Edition. Prentice Hall. Englewood. Hlm. 8

¹⁹Ibid. Hlm. 8

serta ruang yang ada di atasnya sekedar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu dalam batas-batas menurut UUPA dan peraturan-peraturan hukum lain. Tegasnya, meskipun secara pemilikan hak atas tanah hanya atas permukaan bumi, penggunaannya selain atas tanah itu sendiri, juga dalam tubuh bumi, air dan ruang yang ada di atasnya. Hal itu sangat logis, karena suatu hak atas tanah tidak akan bermakna apapun jika kepada pemegang haknya tidak diberikan kewenangan untuk menggunakan sebagian dari tubuh bumi, air dan ruang di atasnya tersebut.

Sebagai contoh, seorang pemilik sebidang tanah yang akan menggunakan tanahnya untuk membangun bangunan (*construction*) rumah tinggal, selain menggunakan tanah itu sendiri, otomatis juga akan menggunakan ruang di atas tanah tersebut untuk tinggi bangunan rumah dan ruang tubuh bumi untuk pondasi bangunan rumah. Dengan perkataan lain, kewenangan penggunaan hak tersebut diperluas. Oleh karena itulah maka Boedi Harsono mengatakan bahwa dalam pengertian yuridis tanah merupakan permukaan bumi, yang berdimensi dua; dalam penggunaannya tanah berarti ruang, yang berdimensi tiga.²⁰ Pertanyaannya, sejauhmana pemegang hak atas tanah tersebut dapat menggunakan tubuh bumi dan ruang di atasnya? Apakah seorang pemegang hak atas tanah dapat menggunakan ruang bawah tanah dan atas tanah sampai kedalaman dan ketinggian yang tidak terbatas? UUPA menentukan batas yang bersifat umum, yakni 'sekedar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu.

Tentu, batas pemanfaatan yang dibuat oleh UUPA masih sangat umum/sederhana/sumir. Dalam praksis pemanfaatan tanah sebagai bentuk kewenangan pemegang hak atas tanah, pemanfaatan tanah juga dibatasi oleh peraturan mengenai tata ruang setempat, seperti: (1) kalau suatu ruang daratan dialokasikan oleh Perda mengenai tata ruang untuk permukiman/perkantoran, maka tidak bisa dimanfaatkan untuk kegiatan

²⁰ **Boedi Harsono**, op. cit. hlm 296.

usaha, meskipun hak yang dimiliki oleh pemegangnya Hak Milik; (2) jika Perda menyatakan bahwa di suatu daerah tertentu hanya boleh mendirikan bangunan hanya sampai 4 lantai, maka pemegang hak atas tanah yang akan mendirikan bangunan tidak boleh mendirikan bangunan lebih dari ketinggian yang ditentukan.

B. Beberapa Negara Anglosakson

Di Singapura, berdasarkan Pasal 4 *Land Title Act* tahun 1970 dirumuskan bahwa tanah adalah *the surface of any defined parcel of the earth, and all substances thereunder and so much of the column of air above the surface as is reasonably necessary for the proprietor's; use and enjoyment, and include any estates or interest in land and all vegetation growing thereon and structure affixed thereto.*

Selanjutnya, di Malaysia dalam Pasal 5 *National Code Malaysia*, tahun 1995, dinyatakan bahwa pengertian tanah (*land*) meliputi:

1. *that **surface of the earth** and all substances forming flat surface,*
2. *the earth **below the surface** and all substances therein;*
3. ***all vegetation and other natural products**, whether or not requiring the periodical application of labour to their production, and whether or not below the surface;*
4. ***all things attached to the earth** or permanently fastened to anything attached **to the earth, whether on or below the surface;***
5. ***land** cover by water*

Di Australia (misalnya di Negara Bagian New South Wales) sekarang ini, konsep yuridis "tanah" ('land') adalah suatu areal dari ruang tiga dimensi, yang berada **pada, di atas** dan **di bawah** permukaan bumi. Sebagaimana lebih lengkap Peter Butt, mengatakan:²¹

"Ultimately, as a juristic concept land' is an area of three-dimensional space, its position identified by natural or

²¹ **Peter Butt**, *Land Law*, Edisi Ketiga, Penerbit LBC Information Services, Sydney, 1996. hlm. 10-11.

*imaginary points located by reference to the earth's surface. This space may be on the earth's surface, or above it or below it; or it may be on the surface, but extend also from below to the surface to above it. It may be a void, for any three dimensional quantum of the airspace can be "land"; or it may have contents. If it has contents that are fixed in position, those fixed contents are part of the "land". But the "land" is more than those fixed contents. The contents of the space may be physically severed, destroyed or consumed, but the space itself –and also the "land"– remains. In this sense, land is **indestructible** It is also **immovable**, as distinct from chattels, which are movable.*

Kalau dikaitkan dengan pengertian tanah menurut HTN pada Bagian A di atas, terdapat persamaan dalam pengertian tanah, yakni: tanah merupakan permukaan bumi; pemilikannya terhadap yang ada di permukaan bumi; penggunaannya juga terhadap sebagian yang ada di atas bumi dan tubuh bumi. Mengenai penggunaan di atas bumi misalnya, harus disesuaikan dengan batas-batasnya, yakni: keperluannya, kemampuan dari tanahnya, dan kewajaran serta ketentuan-ketentuan hukum lainnya. Pengertian **immovable** tanah sebagai benda tidak bergerak, tempatnya adalah abadi, pandangan yang demikian adalah sama dengan hukum tanah nasional, yang memandang tanah berbeda dengan benda bergerak, terutama nampak pada saat tanah (hak atas tanah) dipakai sebagai jaminan pelunasan hutang, di mana lembaga jaminan hutang menggunakan hak tanggungan yang dibedakan dengan gadai (jaminan benda bergerak).

Perbedaan mengenai pengertian tanah tersebut terletak pada status bangunan (*construction*) dan tanaman (*plantation*) yang ada di atas tanah tersebut; serta status kekayaan alam yang terkandung di bawah permukaan bumi. Apakah status benda-benda yang di atas permukaan atau di bawah permukaan bumi itu merupakan satu kesatuan atau terpisah dengan tanah.

Lebih lanjut perbedaan yang lain adalah tanah dalam konsep sebagaimana Peter Butt sampaikan adalah benda yang tidak dapat

dimusnahkan (***indestructible***) dengan pengertian demikian maka tidak ada kejadian hapusnya hak atas tanah karena tanahnya musnah, bandingkan dengan konsep UUPA tentang hapusnya hak atas tanah salah satunya karena tanahnya musnah.

Status bangunan (*construction*) dan tanaman (*plantation*) tersebut tergantung pada asas penguasaan-pemilikan yang dipakai oleh suatu negara. Apakah menggunakan asas perlekatan (*accessie*) atau asas pemisahan horisontal (*horizontale scheiding*). Menurut asas perlekatan (*accessie*), bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah dengan sendirinya menjadi milik dari yang empunya tanah. Tegasnya, pada negara yang menganut asas perlekatan (*accessie*), tanah adalah permukaan bumi dan apa yang ada di atas serta di bawahnya. Jadi menurut konsepnya, pemilik tanah adalah pemilik ruang yang ada di atas dan tubuh bumi di bawahnya. Adapun udara yang ada di atas tanah dapat dibagi-bagi dalam lapisan-lapisan (*strata*). Pemilik tanah dapat memberikan kepada orang lain untuk membangun lapisan-lapisan udara tersebut. Hak untuk membangun disebut *tide*, misalnya diberi ***lease*** 10 tahun. Tapi perlu diingat bahwa yang diberi hak hanya stratumnya, bukan hak atas tanahnya. Agar pemilik lapisan-lapisan udara tersebut dapat sampai ke tanah, maka kepadanya diberikan hak untuk mempunyai akses ke tanah yang disebut ***easement***.

Selanjutnya, berdasarkan asas pemisahan horisontal (*horizontale scheiding*), pemilik tanah belum tentu menjadi pemilik bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah. Walaupun demikian, dalam praktek dimungkinkan suatu perbuatan hukum mengenai tanah juga meliputi bangunan dan tanaman yang ada di atasnya, sepanjang memenuhi 3 (tiga) syarat di bawah ini:²²

1. bangunan dan tanaman tersebut secara fisik merupakan satu kesatuan dengan tanah yang bersangkutan, artinya bangunan yang berpondasi dan tanaman yang merupakan tanaman keras;
2. bangunan dan tanaman tersebut adalah milik yang empunya tanah; dan

²² **Boedi Harsono**, op. cit. hlm. 266.

3. maksud yang demikian disebutkan secara tegas dalam akta yang membuktikan dilakukannya perbuatan hukum yang bersangkutan.

Selanjutnya, status kekayaan alam yang ada di bawah permukaan bumi, seperti bahan-bahan galian (A, B, C), juga mendapat pengaturan yang bervariasi di berbagai negara.

Menurut HTN sesuai yang ditentukan dalam Pasal 8 UUPA, hak atas tanah tidak meliputi hak atas kekayaan alam yang terkandung di dalam tanah tersebut. Hal itu logis, oleh karena sebagaimana ditentukan dalam Pasal 4 UUPA bahwa hak atas tanah hanyalah hak atas permukaan bumi, tidak atas benda-benda yang ada di dalam tubuh bumi. Tegasnya, untuk memperoleh kewenangan terhadap pengelolaan kekayaan alam yang terkandung di dalam tubuh bumi haruslah dengan hak yang lain, yang disebut sebagai kuasa pertambangan. Hak atas kekayaan alam yang terkandung di dalam tubuh bumi itu akan diatur tersendiri. Penjelasan Pasal 8 UUPA menegaskan bahwa ketentuan Pasal 8 UUPA inilah yang merupakan pangkal dari perundang-undangan pertambangan.

Di Australia (dalam hal ini Negara Bagian New South Wales), Woodman mengatakan: ... *in many cases provides that land shall include a list of things indicated*. Semua minyak bumi dan helium adalah milik *Crown*, yang penguasaannya ada pada negara bagian. Emas dan perak juga milik *Crown*, selama belum secara tegas diberikan dengan grant kepada pihak lain. Pemilikan mineral dan bahan galian lainnya tergantung pada apa yang ditentukan dalam grant pemberian hak atas tanah yang bersangkutan. Jika tidak secara tegas dinyatakan tetap menjadi milik *Crown*, mineral dan bahan galian lainnya yang ada dalam tubuh bumi di bawah tanah yang diberikan itu adalah milik pemegang haknya.

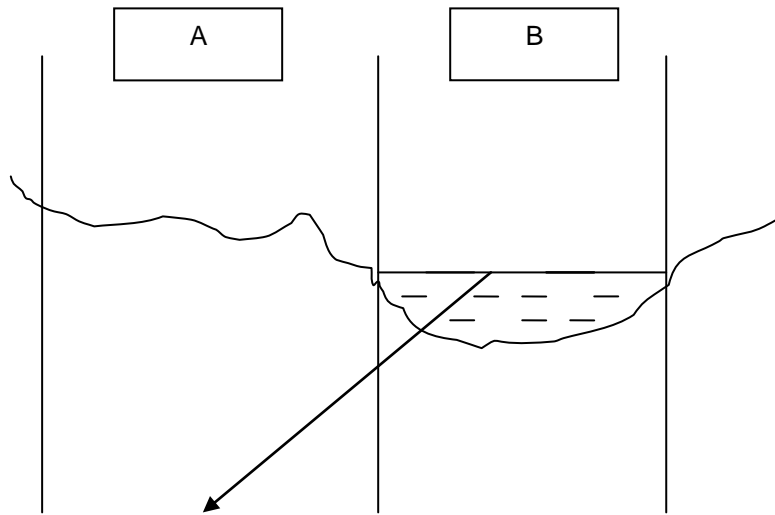
Dalam suatu kondisi tertentu tanah juga diartikan sebagai property, apabila dikaitkan dengan real estate. Menurut Barlowe:²³ *"as legal connotations, it is concerned with the areas over which individuals, groups, or sovereign powers exercise rights of possession and use and with the nature of*

the rights and responsibilities they hold". Jadi property diartikan sebagai tanah (area) dimana individual atau kelompok orang dan pemegang kuasa bisa menjalankan hak kepemilikannya.

Di Amerika Serikat, terdapat 2 (dua) konsep berkaitan dengan pengaturan kekayaan alam yang terkandung di dalam tubuh bumi, yakni: *ownership state* untuk Negara Bagian Arkansas, Kansas, Missisipi, Ohio, Texas, dan West Virginia. Yang dimaksud dengan **ownership state** dapat dirumuskan sebagaimana pernyataan Kratovil di bawah ini: "*land includes not only the ground or soil, but everything that is attached to the earth, whether by course of nature, as are trees or by hand of man, as are houses and other building. It includes not only the surface of the earth, but everything under it and over it. Since "land" extends to the center of the earth. **It is clear that owner of the land also ordinary owns the mineral which are a part of the land.*** Tegasnya, minyak bumi dan gas, seperti halnya batubara dan mineral lainnya yang ada dalam tubuh bumi di bawah tanah adalah milik yang empunya tanah. Menurut anggapan negara-negara bagian tersebut minyak bumi dan gas yang ada di bawah tanah dalam keadaan alamiahnya berada tetap dan tidak bergerak dari lokasi di bawah batu-batuan dalam tubuh bumi.

Di negara bagian lainnya, yakni California, Louisiana, dan Oklahoma pengaturan kekayaan alam di tubuh bumi dikenai dengan istilah **no ownership state**, yakni bahwa *the land owner does not own the oil*, sebelum berhasil memompa dan menguasainya. Jadi anggapan negara-negara bagian ini, jika dibor minyak bumi akan mengalir dari tempat semula, sehingga tidak selalu akan tetap berada di bawah tanah yang bersangkutan. Kalau ditampilkan secara skematis, konsep *no ownership state* ini dapat ditampilkan seperti dalam Ragaan 1 berikut ini.

Ragaan 1
Konsep no-ownership state



Cadangan minyak bumi yang ada dibawah persil B, kemudian mengalir ke bawah persil A, maka bukan milik B lagi, melainkan milik A.

Modul 5

HAK PENGUASAN ATAS TANAH

A. PENGERTIAN

Boedi Harsono menyatakan bahwa dalam tiap Hukum Tanah terdapat pengaturan mengenai berbagai Hak Penguasaan Atas Tanah (HPAT). Semua Hak Penguasaan Atas Tanah (HPAT) berisi serangkaian wewenang, kewajiban, dan/atau larangan bagi pemegang haknya untuk **berbuat sesuatu** mengenai tanah yang dihaki. "Sesuatu" yang boleh, wajib atau dilarang untuk diperbuat, yang merupakan isi hak penguasaan itulah yang menjadi kriterium atau tolok pembeda di antara hak-hak penguasaan atas tanah dalam Hukum Tanah.²⁴ Secara yuridis, "berbuat sesuatu" yang dimaksud tersebut dapat berisi kewenangan privat, publik atau bahkan dapat sekaligus kewenangan publik dan privat. Tegasnya, pengertian **penguasaan** yang dimaksud dalam HPAT berisi kewenangan yang luas, tidak sekedar berisi kewenangan hak untuk menggunakan dan atau menjadikan tanah sebagai jaminan yang merupakan kewenangan perdata. Dalam pada itu, HPAT lebih luas daripada Hak Atas Tanah (HAT).

Kewenangan privat yang dimaksud dalam penguasaan pada HPAT adalah dalam bentuk penguasaan yuridis yang dilandasi hak. Pada umumnya penguasaan yuridis tersebut menguasai secara fisik tanah yang dihaki, seperti pemegang hak atas tanah yang umumnya menguasai dan atau menggunakan tanahnya secara fisik. Perlu kiranya ditambahkan bahwa ada juga penguasaan yuridis yang, walaupun memberi kewenangan untuk menguasai tanah yang

²⁴ **Boedi Harsono**, Hukum Agraria Indonesia Sejarah *Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid 1 Hukum Tanah Nasional, Cetakan Kesembilan, Penerbit Djambatan, Jakarta, 2003, hlm. 23, 24.

dihaki secara fisik, pada kenyataannya penguasaan fisiknya dilakukan oleh pihak lain, misalnya: (a) ketika tanah disewakan, maka penyewalah yang menguasai secara fisik; (b) ketika tanah dikuasai pihak lain tanpa hak (diokupasi). Dalam kondisi "(b)" tersebut, pemilik tanah berdasarkan penguasaan yuridisnya, berhak untuk menuntut kembali tanah yang bersangkutan secara fisik kepadanya; sedangkan dalam hal (a) penguasaan fisik itu akan kembali ketika hubungan sewa-menyewa sudah berakhir.

Meskipun pada umumnya penguasaan yuridis memberi kewenangan untuk menguasai tanahnya secara fisik, ada juga penguasaan yuridis yang tidak memberi kewenangan untuk menguasai tanah yang bersangkutan secara fisik, yakni kreditor pemegang hak jaminan atas tanah yang mempunyai hak penguasaan yuridis atas tanah yang dijadikan agunan, tetapi penguasaannya secara fisik tetap ada pada yang empunya tanah.²⁵

Kewenangan publik yang menjadi isi dari arti penguasaan dapat dilihat pada ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan bahwa bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya **dikuasai** oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Ketentuan tersebut menegaskan bahwa hubungan hukum antara negara dengan bumi, air, dan kekayaan alam yang terdapat di wilayah Indonesia diberi pranata hukum **Hak Menguasai Negara** (HMN). Isi kewenangan HMN tersebut secara resmi dijabarkan oleh Pasal 2 ayat (2) UUPA, yang menyatakan bahwa HMN memberi wewenang untuk: (a) mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan, air, dan ruang angkasa; (b) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air, dan ruang angkasa; serta (c) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air, dan ruang angkasa.

Kewenangan privat dan (sekaligus) **publik** yang terkandung dari pengertian penguasaan dalam HPAT dapat ditemukan pada Hak Bangsa dan

²⁵ **Boedi Harsono**, *ibid*, hlm 3

Hak Ulayat. Hak Bangsa sebagai bentuk HPAT yang tertinggi dalam Hukum Tanah Nasional ditemukan dalam Pasal 1 butir 2 UUPA yang menyatakan bahwa seluruh wilayah Indonesia adalah kesatuan tanah-air dari seluruh rakyat Indonesia, yang telah bersatu sebagai Bangsa Indonesia. Menurut Boedi Harsono, Hak Bangsa mengandung 2 (dua) unsur, yaitu **unsur kepunyaan dan unsur tugas kewenangan**.²⁶ Unsur kepunyaan berisi kewenangan yang bersifat privat dan unsur tugas kewenangan bersifat publik.

Unsur kepunyaan itu bersifat privat, yakni berisi kewenangan dari seluruh warga Bangsa Indonesia untuk dapat mempunyai bagian dari wilayah Indonesia untuk dapat dimiliki sebagai hak yang bersifat keperdataan, dalam hal ini hak atas tanah. Unsur kepunyaan inilah yang menjadi alasan atau sumber terbitnya segala hak-hak atas tanah di Indonesia. Unsur tugas kewenangan mengatur dalam Hak Bangsa adalah bersifat publik. Tugas kewenangan mengatur dimaksud diperlukan untuk mengatur wilayah bangsa dimaksud, sehingga dapat mendukung dan menjamin kelangsungan Indonesia sebagai bangsa. Bagian'berpendapat huruf 'd' dari UUPA menegaskan bahwa tugas negara untuk **mengatur pemilikan tanah dan memimpin penggunaannya** itu dimaksudkan agar semua tanah di wilayah kedaulatan Bangsa dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.

Agar kewenangan ini dapat dilaksanakan secara baik diperlukan pelaksana yang mampu sebagai personifikasi dari seluruh Bangsa Indonesia. Pelaksana itu adalah Negara Indonesia. Dalam pada itulah, maka unsur publik dari Hak Bangsa secara yuridis telah dilimpahkan kepada negara sejak berdirinya negara Indonesia. Wujud unsur publik Hak Bangsa yang dilimpahkan itulah yang kemudian disebut sebagai Hak Menguasai Negara (HMN) sebagaimana yang dikukuhkan dalam Pasal 33 ayat (33) UUD 1945 dan Pasal 2 ayat (2) UUPA. Penulis menggunakan istilah'dikukuhkan', oleh karena tanpa disebutkan kembali, dalam UUD 1945 pun, sesungguhnya HMN itu secara hukum telah dilimpahkan ketika Negara Indonesia berdiri sah sebagai negara. Tegasnya, disebutkan atau tidak di dalam konstitusi suatu negara, eksistensi HMN tetap dimiliki oleh negara tersebut.

²⁶ **Boedi Harsono**, *ibid*, hlm. 269-270.

Hak Ulayat pun secara simultan mengandung 2 (dua) unsur, yaitu **unsur kepemilikan**, yang termasuk bidang hukum perdata dan **unsur tugas kewenangan** yang termasuk bidang hukum publik. Unsur tugas kewenangan itu dilimpahkan pelaksanaannya kepada Kepala Adat sendiri atau bersama-sama dengan para Tetua Adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Sebagai HPAT yang tertinggi dalam Hukum Adat, maka semua hak-hak perorangan atas sebagian tanah-bersama tersebut secara langsung ataupun tidak langsung bersumber padanya.²⁷

B. Sistematika Pengaturan

Pengaturan Hak Penguasaan Atas Tanah (HPAT) dalam Hukum Tanah ada yang sebagai **lembaga hukum** dan sebagai **hubungan hukum konkrit**. HPAT merupakan lembaga hukum jika belum dihubungkan antara tanah dengan orang atau badan hukum tertentu sebagai pemegang haknya. Contohnya adalah Hak Milik (HM), Hak Guna Usaha (HGU), Hak Guna Bangunan (HGB), Hak Pakai (HP), dan Hak Sewa untuk Bangunan (HS) sebagaimana yang disebut dalam Pasal 20 sampai 45 UUPA. Selanjutnya HPAT sebagai hubungan hukum konkrit (biasanya disebut 'hak'), jika telah dihubungkan antara tanah tertentu sebagai objeknya dan orang atau badan hukum tertentu sebagai subjek atau pemegang haknya. Contohnya adalah hak-hak atas tanah yang disebut dalam Ketentuan Konversi UUPA.²⁸

Menurut Boedi Harsono, dengan pendekatan pengaturan HPAT sebagai lembaga hukum dan hubungan hukum konkrit tersebut, maka ketentuan hukum yang mengaturnya dapat disusun dan dipelajari dalam suatu **sistematika yang khas dan masuk akal**. Disebut 'khas' karena hanya dijumpai dalam Hukum Tanah (tidak dijumpai dalam cabang-cabang hukum yang lain). Selanjutnya, disebut 'masuk akal' karena mudah ditangkap dan diikuti logikanya. Ketentuan-ketentuan Hukum Tanah yang mengatur HPAT sebagai Lembaga hukum adalah ketentuan-ketentuan yang: (a) memberi

²⁷ Boedi Harsono, *Ibid*, hlm. 283-284.

²⁸ Boedi Harsono, *ibid*, hlm. 25.

nama pada hak penguasaan yang bersangkutan; (b) menetapkan **isinya**, yaitu mengatur apa saja yang boleh, wajib, dan dilarang untuk diperbuat oleh pemegang haknya serta jangka waktu penguasaannya; (c) mengatur hal-hal mengenai subjeknya, siapa yang boleh menjadi pemegang haknya dan syarat-syarat bagi penguasaannya; dan (d) mengatur hal-hal mengenai tanahnya (objeknya). Selanjutnya, ketentuan-ketentuan Hukum Tanah yang mengatur HPAT sebagai hubungan hukum konkrit adalah ketentuan-ketentuan yang: (a) mengatur hal-hal mengenai **penciptaannya** menjadi suatu hubungan hukum yang konkrit, dengan nama atau sebutan yang dimaksudkan di atas; (b) mengatur hal-hal mengenai **pembebanannya** dengan hak-hak lain; (c) mengatur hal-hal mengenai **pemindahannya** kepada pihak lain; (d) mengatur hal-hal mengenai hapusnya; (e) mengatur mengenai **pembuktiannya**.²⁹

Bagi penulis, pendapat Boedi Harsono di ataslah yang membuat Guru Besar Hukum Agraria itu pantas disebut sebagai Bapak Hukum Agraria Indonesia. Karena sepanjang pengetahuan penulis, Guru Besar Hukum Agraria itulah Sarjana Hukum Indonesia yang pertama sekali berupaya membuat Hukum Agraria dipelajari sebagai suatu sistem hukum yang mandiri. Dengan pemkran Prof. Boedi Harsono mengenai pengaturan HPAT sebagai lembaga hukum dan hubungan hukum konkrit tersebut, para pelaku studi Hukum Agraria/Tanah selanjutnya dipermudah untuk mempelajari Hukum Agraria. Selain itu, dengan pengaturan sebagai lembaga hukum dan hubungan hukum konkrit tersebut akan dengan mudah diketahui lingkup rejim pengaturan Hukum Tanah. Jelasnya, akan mudah diketahui apakah suatu tindakan hukum termasuk pengaturan Hukum Tanah atau bukan.

C. Hukum yang Mengatur

1. Hukum Adat

Hukum yang mengatur HPAT dalam Hukum Adat **pada umumnya** adalah Hukum yang tidak tertulis, yang timbul dari masyarakat itu sendiri

²⁹ Ibid, hlm. 25.

yakni dari adat istiadat. Pemberlakuannya dilaksanakan para penguasa adat. Yang pertama kali mengemukakan dengan tegas anggapan bahwa Hukum Adat itu merupakan hukum yang bersumberkan pada keputusan penguasa adat adalah Prof. **ter Haar**. Ajaran ter Haar itu disebut **teori keputusan (beslissingenleer)**. Sedangkan menurut pendapat Utrecht mengatakan, oleh karena bagian terbesar dari Hukum Adat adalah hukum tidak tertulis, maka yang hendak mengetahui Hukum Adat haruslah menggantinya dalam *socialer werkeljkheid*, yang hanya dapat dirasakan oleh orang yang hidup di tengah dan yang memimpin pergaulan adat sehari-hari. Dalam pada itulah, sehingga Hukum Adat hanya dapat diketahui dari dan dipertahankan dalam keputusan keputusan para penguasa.³⁰ Jadi, Hukum Adat adalah adat yang mempunyai akibat hukum; yang kalau tidak dilaksanakan/dilanggar ada sanksinya dari para penguasa adat.

Bagian kecil dari Hukum Adat adalah hukum tertulis, seperti dalam:

- a. bermacam-macam piagam raja (surat pengesahan raja atau Kepala Adat);
- b. kitab-kitab hukum (*rechtsboeken*), misalnya, kitab-kitab hukum yang dibuat Kasunanan Mangkunegaran dan Pakualaman dahulu, seperti 'Annger-arubiru'(tahun 1782), 'Wawolo Pradoto' (tahun 1771, 1818), 'peraturan bekel' (tahun 1884); di daerah Batak seperti 'Patik Dohot Uhum ni Halak Batak'; kitab hukum dagang orang Wadjo; Undang-undang Banjarmasing; di Kutai 'Braja Niti'. undang-undang Djambi;
- c. peraturan persekutuan Hukum Adat yang dituliskan, seperti 'pranatan desa', "agama-desa" 'awig-awig (peraturan subak di Pulau Bali), dll.³¹

Beberapa lembaga yang hanya terdapat dalam Hukum Adat (specifiek voor het adatrecht)":

³⁰ **E. Utrecht**, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Cetakan Kesembilan, PIE Penerbit "Univer,dtas", 1966, hlm. 110.

³¹ Ibid, hlm. 114

- a. *lindung, indung, magersari* (Jawa), *numpang*, contoh konkritnya: A memiliki rumah dan halaman. A mengizinkan B menumpang dengan tidak membayar sewa, tetapi berkewajiban menolongnya (hulpbetoon);
- b. *maro, mertelu* (Jawa), *nengah, jejuron* (Sunda), *memperduai* (Minangkabau), *tojo* (Minahasa), *tesang* (Sulawesi Selatan), contoh konkritnya: A memiliki sebidang sawah, karena sesuatu hal A tidak dapat mengerjakan sawah itu. Namun, si A menginginkan agar sawah itu dikerjakan orang lain dan dapat memetik sebagian buahnya. Untuk itu, si A mengadakan perjanjian dengan B, yang isinya si B mengerjakan sawah tersebut dan akan menyerahkan sebagian hasilnya kepada A. Perjanjian itu juga menentukan pihak mana yang wajib menyediakan bibit dan sapi (kerbau).³²

2. Hukum Tanah Nasional (HTN)

Politik hukumnya, hukum yang berlaku dalam HPAT mencita-citakan hukum yang tertulis, agar lebih mudah diketahui. Dalam pada itu, untuk menjamin kepastian hukum maka HTN sejauh mungkin diberi bentuk tertulis. Namun, kenyataan menunjukkan bahwa sampai sekarang kita belum mampu mengatur semua hukum mengenai HPAT di Indonesia secara tertulis. Kenyataan menunjukkan ada juga pengaturan HPAT dalam bentuk Hukum Adat, bahkan dalam Hukum Kebiasaan-kebiasaan baru (yang bukan Hukum Adat). Oleh karena itu, sampai saat ini hukum tertulis maupun tidak tertulis yang berlaku mengenai HPAT dalam HTN, terdiri atas:

- a. hukum tertulis
 - 1) Pasal 33 UUD 1945;
 - 2) UUPA;
 - 3) Peraturan-peraturan pelaksanaan;
 - 4) Peraturan-peraturan lama sebelum UUPA yang berlaku berdasarkan peraturan peralihan dari UUD 1945;

³² Ibid, hlm. 115-116.

b. hukum yang tidak tertulis, yang meliputi:

- 1) Hukum Adat yang sudah *disaneer*;
- 2) Hukum kebiasaan-kebiasaan baru yang bukan Hukum Adat.

Oleh karena itu, kiranya perlu ditegaskan bahwa Hukum Adat bagian dari HTN, yakni bagiannya yang tidak tertulis. Di negara mana pun, jika hukum yang tidak tertulis bertentangan dengan hukum tertulis, maka yang "menang" adalah hukum tertulis.

3. Hukum Tanah Barat

Hukum yang mengatur HPAT di negara Barat terdiri atas: hukum tertulis dan hukum tidak tertulis (Hukum Kebiasaan). Hukum tertulis biasanya diusahakan dibukukan dalam kitab-kitab hukum (codes). Timbulnya hukum tidak tertulis (dalam hal ini hukum kebiasaan) ini bisa dari yurisprudensi yang dianggap memenuhi rasa keadilan dan memberi petunjuk melakukan sesuatu. Yurisprudensi yang dianggap baik akan menjadi yurisprudensi tetap, yang akan diikuti oleh pengadilan lain biarpun tidak diwajibkan.³³ Yurisprudensi yang demikian itu umumnya lahir dari keputusan pengadilan tertinggi, seperti yurisprudensi putusan Mahkamah Agung.

4. Hukum Tanah di Negara Anglosakson

Hukum yang mengatur HPAT dalam Hukum Tanah dalam yurisdiksi Anglosakson sudah berlangsung sejak sekitar abad ke V - X, yaitu pada masa-masa terciptanya struktur masyarakat feodal. Dalam kurun waktu tersebut mula-mula hukum mengenai HPAT (seperti hukum lainnya) tidak dibuat oleh pembuat undang-undang, sebab yang memerintah adalah penguasa tunggal atau Raja. Lalu, hukumnya terbentuk melalui perkara. Pengadilan (melalui hakim-hakim dari Raja) memutus perkara. Putusan itu berlaku untuk menyelesaikan perkara yang dihadapi pada saat itu dan juga bagi perkara-perkara serupa yang terjadi pada kemudian hari. Jadi, hukum terbentuk oleh pengadilan melalui putusan hakim, bukan oleh badan legislatif.

Hukum yang seperti inilah yang disebut sebagai *judge made law*, dasarnya adalah asas *precedent*. Oleh karena itu, putusan-putusan pengadilan dijilid menjadi satu, sehingga mudah dipelajari. Perlu diketahui.²⁷ Di negara anglosakson memang ada kewajiban untuk mengikuti putusan pengadilan yang lebih tinggi dalam hal perkara yang sejenis, hal yang demikian juga masih terjadi sampai sekarang.

Dalam proses pembentukan hukum secara *judge made law* tersebut, mula-mula yang ada hanya putusan-putusan pengadilan raja yang disebut *common law* (CL), yakni rangkaian putusan pengadilan raja. CL itu tercipta dalam rangka mempertahankan kepastian hukum. Keputusan pengadilan selanjutnya tidak boleh menyimpang dari keputusan CL yang telah ada. Oleh karena itu, ada kalanya CL tersebut tidak memenuhi rasa keadilan. Padahal sebagaimana diketahui, tujuan hukum yang utama (pada mulanya: Penulis) secara simultan:

- a. untuk kepastian hukum, sehingga tercipta ketertiban masyarakat dan dapat diketahui akibat hukum dari suatu tindakan secara pasti;
- b. untuk mewujudkan keadilan

Titik berat CL adalah mempertahankan kepastian hukum, padahal kepastian hukum dan keadilan tidak selalu sejalan. Kepastian hukum yang 'pasti' bisa menimbulkan ketidak-adilan. Kemudian, hakim memberi keseimbangan. Dalam pada itulah lahir *equity*, yang menitik-beratkan pada keadilan, namun tidak meniadakan kepastian hukum. Berkaitan dengan hal ini, dikenal kasus **doktrin estate** sebagai berikut:

Seorang petani meminjam uang di kota, dengan menjadikan tanahnya sebagai jaminan, Untuk itu, petani memberikan mortgagee (kreditor diberikan mortgage atas tanah milik petani).

Semula, (dalam) mortgage tanah diserahkan kepada kreditor. Kalau debitor (petani) mengembalikan pinjamannya, maka Hak Milik kembali kepada petani; sebaliknya jika tidak dipenuhi tanah tetap milik kreditor. Meskipun selama itu (selama berlangsungnya perjanjian hutang piutang), tanah masih tetap dikuasai petani.

³³ Di negara anglo sakson memang ada kewajiban untuk mengikuti putusan pengadilan yang lebih tinggi dalam hal perkara yang sejenis.

Pada suatu hari saat petani mau melunasi hutangnya, di tengah jalan dirampok. Uangnya diambil/dirampas. Akan tetapi, petani tetap ke kota untuk meminta maaf, karena ia tidak mampu melunasi hutangnya sebagaimana waktu yang telah dijanjikan. Si petani memohon agar kepadanya diberikan lagi waktu untuk melunasi, sebab niatnya memang tidak untuk 'ngemplang'(cidaera janji). (Bagi para petani, biasanya merasa yakin bahwa yang tidak melunasi hutangnya akan terkutuk. Sebab naluri orang kalau utang pasti akan dibayar).

Si pengusaha dalam hal ini yang meminjamkan uang (kreditor) memarahi si petani dan selanjutnya menyatakan bahwa sebagaimana isi perjanjian utang-piutang, kalau debitor tidak membayar, maka tanah jaminan menjadi milik kreditor.

Karena merasa diperlakukan tidak adil, maka si petani pergi menghadap kepada Raja melalui pengadilannya. Putusan pengadilan Raja mengatakan bahwa karena memang sudah ada niat baik untuk membayar utangnya, namun hal itu tidak terlaksana karena di diluar kemampuannya dirampok di tengah jalan, maka kepada si petani layak diberikan waktu tambahan untuk mengumpulkan uang guna membayar utangnya. Dalam pada itu, lalu lahirlah *equity*.

Kemudian selaras dengan perkembangan, maka *judge made law* dilengkapi dengan *statutory law*. Kalau suatu tindakan sudah diatur oleh *statutory law*, maka tindakan itu tidak lagi tunduk pada *Judge made law*, tetapi tunduk pada *statutory law*.

MODUL 6

HAK ATAS TANAH SEBAGAI LEMBAGA HUKUM DAN HUBUNGAN HUKUM KONGKRIT

A. Hak Penguasaan atas tanah sebagai lembaga hukum

1. Hukum Tanah Nasional

Hukum Tanah Nasional mengenalkan pada Bangsa Indonesia berbagai jenis hak atas tanah sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 16 UUPA secara umum. Selanjutnya lebih dirinci dalam Pasal berikutnya. Namun dalam pembahasan disini akan dikemukakan hak-hak yang menjadi objek pendaftaran tanah sebagaimana yang diatur dalam PP No. 24 tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah.

- a. Hak Milik (HM)
- b. Hak Guna Usaha (HGU),
- c. Hak Guna Bangunan (HGB),
- d. Hak Pakai (HP),

2. Hukum Adat

Hak Perorangan

Hak Perorangan ialah hak yang diberikan kepada warga desa ataupun orang luar atas sebidang tanah yang berada di wilayah hak ulayat

persekutuan yang bersangkutan. Menurut Iman Sudiyat ada 6 jenis hak perorangan yang terpenting ialah:³⁴

- a. hak milik, hak yasan (*inlands bezitsrecht*)
- b. hak wenang pilih, hak kinacek, hak mendahulu (*voorkeursrecht*)
- c. hak menikmati hasil (*genotsrecht*)
- d. hak pakai (*gebruikrecht*) dan hak menggarap/mengolah (*ontginningsrecht*);
- e. hak imbalan jasa;
- f. hak wenang beli (*naastingsrecht*)

Walaupun hak milik merupakan hak terkuat diantara hak-hak perorangan, namun pemegang hak milik harus menghormati:

- a. hak purba persekutuan hukumnya;
- b. kepentingan para pemilik tanah lainnya;
- c. peraturan-peraturan hukum, inklusif hukum adat.

3. Hukum Barat

Hak Eigendom, hak erpach, hak opstal

4. Hukum Anglosakson

Property Right

Property adalah hak yang eksklusive – hanya dimiliki oleh seseorang atau atau grupnya, tetapi tidak orang lain (*exclusive right*) untuk menguasai, menikmati dan mengalihkan sesuatu barang. Atau hak khusus untuk mengontrol benda ekonomi.

Property mempunyai arti yang luas dan beragam, dari pemilikan yang sempurna sampai pada hak yang terbatas sifatnya, seperti hak sewa, atau hak menumpang. Perlu dicatat bahwa hak tersebut eksklusiv bukan mutlak (*exclusive not absolute*).

³⁴ Adrian Sutedi.

Karakteristik property: keberadaan property akan nyata apabila terpenuhi keadaan dimana ada: 1) seorang pemilik atau pemilik bersama dan bisa dipertahankan terhadap siapa pun orang lain; 2) ada benda sebagai objeknya yang dapat dimiliki secara individual sebagai milik pribadi; 3) ada penguasa yang dapat melindungi kalau perlu memberi sanksi pada orang yang melanggarnya.

Dikatakan sebagai property apabila benda tersebut bisa dimiliki secara individual, dan pemiliknya bisa mencegah orang lain untuk menggunakan miliknya, mengambil manfaat dan bisa pula mengalihkannya kepada pihak lain. Keberadaan pemerintah atau penguasa yang akan melindungi suatu kepemilikan merupakan suatu syarat yang harus terpenuhi. Bila kekuasaan melemah, tanpa wibawa, maka akan terjadi penyerobotan, karena tidak ada sanksi untuk orang yang menyerobot.

Bundle of rights

Pengertian bundle of rights bisa dijelaskan sebagai berikut: property melibatkan beberapa kepentingan atau hak yang berbeda-beda, yang mana kepentingan atau hak tadi bisa dimiliki secara terpisah. Namun jika beberapa kepentingan dan hak-hak tersebut dipegang/dimiliki bersamaan waktu oleh lebih dari satu orang, maka saat itulah ada "*bundle of rights*". Bundle of rights yang terbesar adalah kepemilikan pribadi atas property/harta atas tanah dengan hak milik sempurna (*complete ownership*) atau *ownership in fee simple*.

Pemegang Fee Simple, memiliki sekumpulan hak-hak yang terpisah-pisah, misalnya: dia mempunyai hak untuk menguasai bendanya, bisa menggunakannya, mempunyai hak untuk mengeksploitasi. Bahkan mempunyai hak untuk menjual, menghibahkan, mewariskan kepada keturunannya. Dia bisa menyewakan dengan hak sewa atau membebani dengan hak lainnya.

Sebagai contoh diambilkan dari Negara Bagian New South Wales, Australia, Hak yang terdaftar tidak bisa diganggu gugat (*indefeasible*) kecuali karena dua hal: yaitu karena penipuan (*fraud*) dan kesalahan penerapan peraturan dalam proses pendaftaran (*irregularities*), apapun alasannya. Lihat Real Property Act 1900 (NSW); Transfer of Land Act 1958 (Vic). Hak yang terdaftar juga diutamakan baik dari pendaftar lebih dahulu, maupun dari hak-hak terdahulu yang tidak terdaftar.³⁵

Hak atas tanah yang menjadi objek pendaftaran tersebut ialah sebagai berikut:

1. Estate in Fee Simple.

Hak untuk menggunakan ruang dan tanah. Merupakan hak yang terkuat yang dikenal menurut sistem Torrens, hak yang tidak ada jangka waktu berakhir secara pasti. Fee simple juga memberikan hak untuk aliran air alamiah dari tanah di atasnya dan juga hak mengalirkan air secara alamiah menuju tanah yang lebih rendah.

Penciptaan Fee Simple

Fee Simple bisa lahir berdasarkan pemberian dari Raja atau lahir karena Undang-undang, tetapi pemegang hak Fee Simple tidak bisa memberikan hak fee simple yang lain sebagai sub-fee simple.

Peralihan Hak

Peralihan hak fee simple bisa dilakukan dengan suatu akta transfer (Pasal 46 RPA 1900). Akta transfer tersebut memperlihatkan kepada kita bahwa peran aktif para pihak dilakukan langsung dihadapan Pejabat Kantor Pertanahan (Land Title Office) serta dua orang saksi. Contoh akta transfer bisa dilihat pada lampiran.

Berakhirnya hak fee simple

Fee simple berakhir haknya bila kembali kepada Raja, melalui pencabutan hak (*resumption*). Namun demikian pencabutan hak tidak bisa

³⁵ Toheer, Introduction to Real Property hlm. 68

dilakukan oleh otoritas lain selain Raja. Kemungkinan lain bisa terjadi apabila seorang pewaris meninggal dunia dan tidak ada sama sekali ahli warisnya, hak ini berakhir dan kembali kepada Raja.

2. Life Estate

Ciri-ciri Life estate adalah sebagai berikut: merupakan salah satu *freehold estate*, tetapi hak ini tidak bisa diwariskan, jangka waktu hak Life estate terbatas pada hidupnya si pemegang life estate. Dengan kata lain walaupun *life estate* ini termasuk *freehold estate* tetapi dibatasi oleh jangka waktu tertentu yaitu selama pemegang hak ini masih hidup, oleh karena itu hak ini akan berakhir dengan sendirinya bersamaan matinya si pemegang hak, oleh karena itu *life estate* tidak bisa diwariskan. Pelaksanaan *life estate* kemungkinan langsung pada saat diberikan atau menunggu pemenuhan kondisi atau syarat tertentu (*life estate* bersyarat).

3. Lease

Lease adalah hak untuk menempati suatu bidang tanah, dengan imbalan sejumlah uang yang telah disepakati antara pemilik tanah dan penyewa. Hak sewa ini harus memenuhi dua syarat yaitu: Pertama, jangka waktu sewa yang harus jelas saat mulainya dan kapan berakhirnya. Kedua, penyewa harus memiliki hak yang eksklusif yang harus dihormati oleh pemegang hak atas tanah maupun orang lain (pihak ketiga).

Lease merupakan hak atas tanah yang sifatnya sementara, dengan jangka waktu yang sudah ditentukan kapan berakhirnya, pemegang *lease* ini bisa menyewakan kembali kepada pihak lain, dinamakan sebagai *sub-lease*.

Objek Hak Sewa

Hak sewa bisa diterjadi di atas tanah biasa (dimiliki oleh individual) maupun hak sewa di atas tanah negara (raja).

Penciptaan Hak Sewa

Pemberian hak sewa bisa dilakukan oleh pemegang *fee simple* yang terdaftar, disamping itu hak sewa bisa diberikan oleh pemegang hak sewa (*Lease*) terdahulu, sehingga pemegang hak sewa dari seorang pemegang hak sewa disebut **Sub-lease**.

Seorang pemegang *fee simple* dan juga pemegang hak sewa (*lease holder*) bisa memberikan hak sewa kepada penyewa dengan formulir sewa-menyewa (Pasal 53 ayat (1) RPA 1900). Hak sewa yang berjangka waktu lebih dari 3 tahun harus didaftarkan.

Perlu diketahui bahwa terhadap tanah negara (*Crown land*) hanya bisa dijadikan objek Hak Sewa apabila secara jelas dibolehkan oleh Undang-undang.

4. Mortgage

Suatu mortgage adalah pemberian jaminan yang dibebankan di atas property (hak atas tanah) untuk pelunasan suatu hutang tertentu. Definisi menurut Real Property Act 1900 Pasal 3 ayat (1) : "*a mortgage is any charge on land (other than covenant charge) created merely for securing the payment of a debt*". Jadi mortgage ini dibebankan di atas tanah khusus untuk menjamin pembayaran hutang.

Sebagaimana Akta Pemberian Hak Tangungan di Indonesia, dimana bentuk aktanya sesuai dengan yang telah ditetapkan oleh Menteri. Demikian pula Mortgage haruslah dibuat menggunakan formulir dalam bentuk yang sudah ditentukan (lihat contoh terlampir).

Peralihan Mortgage

Suatu Mortgage bisa dialihkan (*transferable*) dengan menggunakan formulir yang telah ditentukan juga bentuknya (Pasal 46 RPA 1900). Lebih lanjut bahwa suatu Mortgage bisa dijadikan jaminan hutang kepada pihak lain lagi dengan cara pembebanan di atas Mortgage yang sudah ada (*sub-mortgage*) sebagaimana diatur dalam Pasal 91 Conveyancing Act 1919).

Berakhirnya Mortgage

Apabila mortgage hutang yang dijamin pelunasannya dengan mortgage sudah lunas, maka pemegang mortgage bisa melepaskan mortgage tersebut.

Berakhirnya Mortgage memalui pelepasan Mortgage, harus menggunakan formulir standar sebagaimana diatur dalam Pasal 91 Conveyancing Act 1919 (lihat lampiran contoh formulir pelepasan Mortgage (*discharge of mortgage*))

5. Hukum Tanah di China

Dalam perkembangan kehidupan di Negara China yang modern saat ini, serta semakin kuatnya pengaruh gelombang "globalisasi", Pemerintah China melakukan respon khususnya yang berkaitan dengan hak penguasaan hak atas tanah.

Dalam negara-negara dengan sistem politik dan sosial yang menggunakan ideologi komunisme, kepemilikan individual tidak dikenal, semua hak khusus untuk produksi adalah milik negara. Demikian pula mengenai tanah, semua tanah adalah milik negara. Tidak ada individu dan badan swasta mempunyai hak atas tanah.

Namun dalam perkembangan politik dan sosial masyarakat, serta adanya dorongan untuk membuka diri terhadap pasar global, maka pemilikan hak atas tanah mulai ada perubahan di China.

Melalui amandemen Konstitusi tahun 1998, China memperkenalkan konsep pemberian hak pakai atas tanah yang bisa alihkan (*transferable*). Administrasi Pertanahan di China kemudian mengeluarkan peraturan yang memungkinkan adanya sistem tunggal dalam pendaftaran "*interest*" kepentingan atas tanah. Hak atas tanah (Hak Pakai) baru lahir atau ada melalui pendaftaran. Dengan demikian dengan pendaftaran hak diciptakan real property.

Jenis hak yang diperkenalkan kemudian adalah: kepemilikan tanah pertanian secara kolektif; Hak Pakai di atas tanah negara maupun kolektif pertanian; hak atas milik bangunan, semuanya haruslah didaftarkan. Hak-hak lain yang harus didaftarkan juga adalah: *mortgage*; *leashold estate*.

Pendaftaran tanah di China berisi prosedur dan tata cara antara lain berupa³⁶: 1) formulir pendaftaran tanah; 2) daftar hasil ukuran tanah dari surveyor; 3) daftar hasil pengujian alas hak, adjudikasi bidang tanah dan penyelesaian sengketa; 4) penyelesaian buku tanah (***land registration card***); 5) penerbitan sertifikat tanah bagi yang memerlukan; 6) pemeliharaan data pendaftaran tanah.

Sejak tahun 1982 , semua tanah di China dimiliki oleh Negara atau oleh Kelompok Pertanian. Dengan pembagian wilayah pemilikan sebagai berikut: Tanah yang dimiliki oleh Negara adalah tanah-tanah yang berada di daerah perkotaan, sedangkan bagi Kelompok Pertanian memiliki tanah-tanah di daerah urban dan sub-urban.

Adalah tidak dimungkinkan oleh aturan untuk menyewakan atau menjual tanah kelompok Pertanian. Tetapi Kelompok Pertanian bisa memberikan Hak Pakai khusus kepada anggota kelompok tersebut untuk penggunaan tempat tinggal maupun usaha pertanian. Hak Pakai juga dari tanah Negara di daerah perkotaan juga bisa diberikan oleh Pemerintah bagi kepentingan perumahan dan usaha.

Hak Pakai bisa dialihkan dari negara kepada perorangan atau badan hukum privat, tetapi hak milik tetap pada Negara atau Kelompok Pertanian. Peralihan Pemberian Hak Pakai dari negara dengan cara pemberian hak dengan membayar sejumlah uang. Hak Pakai terbatas untuk jangka waktu tertentu, hak tersebut diberikan baik kepada warga negara maupun badan hukum asing. Kemungkinan lain, negara memberikan "*allocated land use*

³⁶ Joyce Palomar. [file:///G:/Joyce%20Palomar,%20Land%20Tenure%20Security%20as%20a%20Market%20Stimulator%20in%20China,%2012%20Duke%20J_%20of%20Comp_%20&%20Int%27I%20L_%207%20\(2002\).htm](file:///G:/Joyce%20Palomar,%20Land%20Tenure%20Security%20as%20a%20Market%20Stimulator%20in%20China,%2012%20Duke%20J_%20of%20Comp_%20&%20Int%27I%20L_%207%20(2002).htm)

right" yaitu hak untuk menggunakan dan menguasai tanah yang diperuntukkan kepentingan umum, tanpa membayar sejumlah uang, tetapi hanya membayar pajak tahunan yang ringan yang dikenal dengan "*land use fee*".

Pemegang Hak Pakai dari tanah negara, tanah Pertanian kolektif, bisa mengalihkan kepada pihak lain, dengan cara menjual, menyewakan, atau mengalihkan dengan bentuk lain, ataupun juga menjadikannya jaminan kredit.

Perlakuan yang berbeda terhadap "*allocated land use right*" yang tidak bisa dialihkan kepada pihak lain. Hak di atas "*allocated land use right*" baru bisa dialihkan setelah mendapat izin dari Pemerintah untuk konversi dari "*allocated land use right*" menjadi hak pakai biasa, dengan kewajiban membayar sejumlah uang.

Bandingkan dengan tanah hasil redistribusi dari Pemerintah di Indonesia, atau tanah yang diberikan oleh Pemerintah kepada peserta transmigrasi, yang tidak dibolehkan mengalihkan hak miliknya sebelum sepuluh tahun berlalu, larangan ini tercantum dalam sertipikat maupun dalam Surat Keputusan Pemberian Hak.

MODUL 7

KONSEPSI YANG MENDASARI BERBAGAI HUKUM TANAH

A. Hukum Adat

Konsepsi atau falsafah yang mendasari Hukum Adat mengenai tanah adalah konsepsi komunalistik religius. Hal itu sejalan dengan pandangan hidup masyarakat Indonesia asli dalam memandang hubungan antara manusia pribadi dengan masyarakat yang selalu mengutamakan/mendahulukan kepentingan masyarakat. Soepomo menandakan bahwa di dalam Hukum Adat manusia bukan individu yang terasing yang bebas dari segala ikatan dan semata-mata mengingat keuntungan sendiri, melainkan adalah anggota masyarakat. Di dalam Hukum Adat, yang primer bukanlah individu, melainkan masyarakat. Karena itu, menurut tanggapan Hukum Adat, kehidupan individu adalah kehidupan yang terutama diperuntukkan buat mengabdikan kepada masyarakat. Dalam pada itu, maka hak-hak yang diberikan kepada individu adalah berkaitan dengan tugasnya dalam masyarakat.³⁷ Berdasarkan konsepsi tersebut, maka tanah ulayat sebagai hak kepemilikan bersama dari suatu masyarakat hukum adat dipandang **sebagai tanah-bersama**. Tanah bersama itu merupakan 'pemberian/anugrah' dari suatu kekuatan gaib, bukan

³⁷ Soeporno R, *Hubungan Individu dan Masyarakat dalam Hukum Adat* Penerbit Gita Karya Kebun Sirih 46, Djakarta, 1963, hlm. 10.

dipandang sebagai sesuatu yang diperoleh secara kebetulan atau karena kekuatan daya upaya masyarakat adat tersebut. Oleh karena hak ulayat yang menjadi lingkungan pemberi kehidupan bagi masyarakat adat dipandang sebagai tanah bersama, maka semua hak-hak perorangan bersumber dari tanah bersama tersebut.

Berdasarkan pemahaman atas konsepsi di atas, maka differensiasi Hak Penguasaan Atas Tanah (HPAT) menurut Hukum Adat terdiri atas: Hak Ulayat (hak komunal) dan hak-hak individual atas tanah. Hak ulayat merupakan HPPAT yang tertinggi dalam Hukum Adat. Dari Hak Ulayat, karena proses individuasi dapat lahir hak-hak perorangan (hak individual).

Hak Ulayat (van Vollen Hoven menyebutnya *beschikkingsrecht*), Soepomo menyebutnya Hak Pertuan, ter Haar mengistilahkannya Hak Pertuanan; sedangkan kosakata ulayat oleh masyarakat Minang).³⁸ Subjek hak ulayat adalah Masyarakat Hukum Adat, yang di dalamnya ada Anggota Masyarakat Hukum Adat (AMHA) dan ada pula Ketua dan para Tetua Adat. Para AMHA secara bersama-sama memiliki hak yang bersifat keperdataan atas wilayah adat tersebut. Ter Haar mengatakan bahwa AMHA dapat mempergunakan hak pertuanannya dalam arti memungut keuntungan dari tanah itu, tentu seizin Ketua Adat. Hak mempergunakan ini jika berlangsung lama dan terus menerus menjadi cara yang menjadikan bagian dari Hak Ulayat sebagai Hak individual. Hal itu yang disebut sebagai proses individualisasi Hak Ulayat. Kewenangan untuk mempergunakan oleh para AMHA itulah yang disebut dalam Hak Ulayat sebagai 'berlaku ke dalam'. Selanjutnya, Hak Ulayat juga 'berlaku keluar', dalam arti, orang asing/orang luar hanya boleh memungut hasil dari tanah ulayat setelah memperoleh izin dan membayar uang pengakuan di depan serta uang penggantian di belakang.³⁹ Kewenangan untuk memungut hasil hutan bersifat terbatas. Selanjutnya, agar Hak Ulayat dapat terus/lestari sebagai penopang hidup para

³⁸ Van Dijk, *Pengantar Hukum Adat*, Cetakan Ketiga, Penerbit Vorkink-van Hoeve, Bandung, tanpa tahun, hlm. 47.

AMHA, maka Ketua Adat dan para Tetua Adat diberi kewenangan untuk mengatur penguasaan dan penggunaan wilayah adat tersebut. Kewenangan untuk mengatur itulah yang kemudian disebut sebagai aspek publik dari Hak Ulayat.

Herman Soesangobeng mengatakan bahwa kewenangan persekutuan sebagai organisasi dalam menata hubungan antara warga masyarakat dengan semua unsur agrariannya, dirangkum secara umum pada aturan tentang penguasaan dan penggunaan tanah. Ketentuan itu dalam kepustakaan Hukum adat dikelompokkan dalam bagian yang disebut 'Hukum Tanah'. Pemikiran dasar dalam hukum ini adalah bahwa tanah, termasuk ruang-angkasa dan kekayaan alam yang ada di dalamnya adalah **kepunyaan bersama** dari segenap warga persekutuan atau masyarakat. Kepunyaan bersama itu berbeda dengan 'milik bersama' atau kepemilikan kolektif. Karena kepunyaan bersama hanya memberikan kewenangan kepada kelompok untuk menguasai secara bersama, namun pemakaian dan hasilnya dinikmati secara individual baik berupa perorangan maupun keluarga batih (nuclear family).

Dengan demikian, kepunyaan bersama itu lebih mencerminkan sifat **kebersamaan atau kolektiviteit** daripada **komunal (communal)**. Kepunyaan bersama itu juga dilarang untuk dialihkan kepada kelompok lain tanpa persetujuan dari seluruh anggota. Perwujudan dari kepunyaan bersama itu dinyatakan dalam bentuk kekuasaan untuk menguasai tanah secara penuh. Kekuasaan itu, dalam penuturan maupun tulisan sering disebut '**hak**'.⁴⁰

Selanjutnya dikatakan bahwa kewenangan dalam kekuasaan persekutuan itu adalah untuk mengatur dalam arti menyediakan, menetapkan penggunaan, serta meletakkan iarangan bagi warga maupun orang asing. Kewenangan itu dalam kosa kata masyarakat Minangkabau disebut '*ulayat*' masyarakat Ambon menyebut '**patuanan**' masyarakat Jawa disebut '**wewengkon**', dan masyarakat Bali disebut '**prabumian**'. Akan tetapi,

³⁹ Ter Haar, op. cit., hlm., 57-64.

⁴⁰ Herman Soesangobeng, *Filosofi Adat dalam UUPA*, Makalah dipresentasikan dalam Sarasehan Nasional Teningkatan Akses Rakyat Terhadap Sumberdaya Tanah", Diselenggara oleh Kantor Menteri Negara Agraria/BPN bekeoasama dengan ASPPAT, tanggal 12 Oktober 1998, di Jakarta, 1998, hlm. 4.

kewenangan mengatur itu bukanlah suatu hak, sebab masyarakat atau persekutuan tidak berwenang untuk mengalihkan secara mutlak tanah ulayat kepada pihak lain. Bahkan Van Vollen Hoven ketika pada tahun 1909 menggunakan istilah teknis *beschikkingsrecht* untuk menggambarkan konsep 'ulayat' pun telah dengan tegas menyatakan dalam salah satu sifat dan kewenangan ulayat, yaitu bahwa 'hak' ulayat tidak dapat dialihkan. Karena itu, *beschikkingen* dalam kosa kata bahasa hukum Belanda, ketika digunakan untuk menggambarkan konsep ulayat, tidak dapat diartikan sama dengan penguasaan secara mutlak sehingga dapat mengalihkan hak atas tanah kepada pihak lain. Oleh karena itu, Herman Soesangobeng menandakan bahwa ulayat sebenarnya hanya menggambarkan hubungan kewenangan menguasai pada tingkat tertinggi dari masyarakat atas tanah dalam wilayah hukum (yurisdiksi) persekutuan. Dengan perkataan lain, ulayat hanyalah **wadah** bagi lahirnya hak atas tanah.⁴¹

Atas dasar hubungan ulayat maka dimungkinkan timbulnya hak-hak atas tanah. Hak-hak itu dilahirkan berdasarkan proses perhubungan penguasaan nyata, utamanya oleh perorangan dan keluarga sebagai pemegang hak. Pertumbuhan hak atas tanah itu diawali dari pemilihan lahan berdasarkan **Hak Wenang Pilih**. Kemudian setelah pemberitahuan kepada kepala masyarakat dan pemasangan tanda-tanda larangan maka lahirlah **Hak Terdahulu**. Selanjutnya, setelah membuka hutan dan lahannya diolah serta digarap maka lahir **Hak Menikmati**. Baru setelah Hak Menikmati berlangsung cukup lama dan penggarapan lahan dilakukan secara terus menerus maka ia berubah menjadi **Hak Pakai**. Akhirnya, setelah penguasaan dan pemakaian itu berlangsung sangat lama sehingga terjadi pewarisan kepada generasi berikutnya, maka Hak Pakai pun berubah menjadi Hak Milik. Proses lahirnya hak atas tanah ini menurut Herman Soesangobeng, bila disederhanakan akan tampak sebagaimana pada Ragaan 2 berikut ini.⁴²

Ragaan 2. Proses Lahirnya Hak Atas Tanah

⁴¹ Ibid hlm. 5.

⁴² Ibid hlm. 6.

Dalam Hukum Adat

NO.	TAHAPAN	JENIS HAK
1	Pencarian dan pemilihan lahan	Hak Wenang Pilih
2	Pemberitahuan kepada kepala masyarakat dan pemberian tanda larangan atas tanah	Hak Terdahulu
3	Membuka dan mengolah tanah	Hak Menikmati
4	Pengolahan tetap secara berkesinambungan	Hak Pakai
5	Mewariskan tanah	Hak Milik

Dalam perkembangannya, para sarjana kemudian menyederhanakan jenis hak-hak perorangan atas tanah dalam Hukum Adat menjadi Hak Milik dan Hak Pakai. Dalam pada itu, jika dilakukan penyederhanaan, maka differensiasi Hak Penquasaan Atas Tanah menurut Hukum Adat terdiri atas:

- a. Hak Ulayat yang dipegang oleh seluruh Masyarakat Hukum Adat, yang kewenangannya memiliki aspek privat (kewenangan menguasai secara perdata dari para anggota masyarakat hukum adat - AMHA atas bagian dari tanah ulayat dan aspek publik yang dipegang oleh Ketua Adat dan para Tetua Adat;
- b. Hak Tetua Adat yang dipegang oleh Ketua Adat dan para Tetua Adat, yang berisi kewenangan publik untuk mengatur penguasaan dan penggunaan wilayah adat untuk kelangsungan masyarakat hukum adat itu sendiri;
- c. Hak Perorangan atas Tanah Adat (sebagai proses individualisasi Hak Ulayat), yang terdiri atas:
 - 1) Hak Milik (hak AMHA yang diperoleh secara turun-temurun);
 - 2) Hak Pakai (hak AMHA yang diperoleh dengan mengolah bagian dari wilayah adat).

B. Hukum Tanah Nasional

Konsepsi Hukum Tanah Nasional (HTN) untuk pertama kali secara tepat, dirumuskan oleh Prof. Boedi Harsono, yakni **komunalistik religius**, yang memungkinkan penguasaan tanah secara individual dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi, sekaligus mengandung kebersamaan.⁴³ Konsep ini sama dengan konsepsi Hukum Adat. Kesamaan itu merupakan implikasi dari sikap konsisten untuk membangun HTN 'berdasarkan' Hukum Adat. Sifat komunalistik-religius dari HTN tampak pada Pasal 1 Butir 2 UUPA yang menyatakan: Seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dalam wilayah Republik Indonesia, sebagai Karunia Tuhan Yang Maha Esa, adalah bumi, air dan ruang angkasa Bangsa Indonesia dan merupakan kekayaan nasional. Sifat komunalistik nampak pada Pasal 1 Butir 1 UUPA yang menyatakan bahwa dalam rangka HTN semua tanah dalam wilayah negara kita adalah tanah bersama seluruh rakyat Indonesia.

Selanjutnya, unsur religius tampak dari pernyataan bahwa bumi, air dan ruang angkasa Indonesia, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, merupakan **karunia Tuhan Yang Maha Esa kepada Bangsa Indonesia**. Ini merupakan salah satu perbedaan dari konsepsi Hukum Adat yang memandang Hak Ulayat sebagai kekuatan gaib yang belum jelas. Dalam HTN kekuatan gaib dimaksud adalah Tuhan Yang Maha Esa.

Berdasarkan pemahaman atas konsepsi di atas, maka HPAT dalam UUPA memiliki tata jenjang (hierakhi) seperti berikut ini:

a. Hak Bangsa (Pasal 1 UUPA), kewenangannya terdiri atas:

- 1) unsur privat yaitu hak yang dimiliki oleh segenap anak bangsa untuk menguasai bagian dari wilayah negara Republik Indonesia;
- 2) unsur publik yaitu hak yang dimiliki para 'tetua bangsa' (para pendiri dan penyelenggara negara pada awal-awal berdirinya negara Indonesia) untuk mengatur penguasaan dan memimpin penggunaan wilayah bangsa.

b. Hak Menguasai Negara (HMN), yakni pelimpahan unsur publik dari Hak Bangsa kepada Negara untuk mengatur penguasaan dan memimpin

⁴³ **Budi Harsono**, op. cit, hlm. 225.

penggunaan seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Oleh karena terjadinya HMN ini dari pelimpahan unsur publik dari Hak Bangsa, maka secara otomatis kewenangannya pun hanya berunsur publik sebagaimana yang tampak pada Pasal 2 ayat (2) UUPA, yakni sebagai berikut:

- 1) mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa;
- 2) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa;
- 3) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air, dan ruang angkasa.

c. Hak Ulayat (Pasal 3), yang terdiri atas kewenangan unsur privat dan unsur publik sebagaimana telah dikemukakan dalam Bagian 1 di atas.

d. Hak-hak perorangan, yang terdiri atas:

1) Hak atas tanah⁴⁴ sebagaimana dalam Pasal 16 UUPA, yakni Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai, Hak Sewa, Hak Membuka Hutan, Hak Memungut Hasil Hutan, dan hak-hak yang bersifat sementara seperti dalam Pasal 53 UUPA, yakni Hak Gadai, Hak Usaha Bagi Hasil, Hak Menumpang, dan Hak Sewa Tanah Pertanian;

2) Wakaf (Pasal 49);

3) Hak Jaminan Atas Tanah, yakni **Hak Tanggungan** (Pasal 23, 33, 39, 51 dan UU No. 4 Tahun 1996).

Arie Sukanti Sumantri Hutagalung mengatakan bahwa dalam penyempurnaan HTN yang kini sedang dipersiapkan pun, seyogianya konsepsi komunalistik religus itu tetap dipertahankan, karena konsepsi itu lahir dan digali dari akar budaya nasional kita sendiri. Penerapan dan pengembangan konsepsi itu dalam penyempurnaan HTN tentu tanpa harus menutup diri dari

⁴⁴ Hak-hak atas tanah dalam UUPA itu secara sederhana dapat pula dogolongkan menjadi hak yang bersifat primer yakni Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan yang diberikan oleh negara, dan Hak Pakai yang diberikan oleh negara (Pasal 16); dan yang bersifat sekunder yaitu Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai yang diberikan oleh pemilik tanah, Hak Gadai, Usaha Bagi Hasil, Hak Menumpang, Hak Sewa, dan lain-lain (pasal 37, 41, dan 53).

perkembangan era kesejagatan (globalisasi) sert perkembangan dan dinamika masyarakat yang menyangkut soal otomi daerah dan isu-isu hak asasi manusia.⁴⁵

Penulis sependapat dengan pandangan Prof. Arie S.S.Hutagalung di atas. Lebih daripada itu, penulis pun berpendirian bahwa konsepsi, asas dan sistem pengaturan HPAT menurut Hukum Adat kiranya masih tetap layak diadopsi sebagai dasar penyusunan HTN. Namun demikian, dalam hlm. penataan lembaga hukum hak atas tanah, kiranya juga mengadopsi kehidupan masyarakat modern. Dalam pada itulah, kiranya beralasan "menambahkan" lembaga hukum 'Hak Guna usaha dan 'Hak Guna Bangunan dalam tatajenjang hak atas tanah dalam UUPA. Oleh karena itu, dapat dikatakan suatu pemikiran yang mundur jika sekarang ini ada wacana bahkan upaya untuk "menyederhanakan" lembaga hukum hak atas tanah, sehingga menjadi Hak Milik (HM) dan Hak Pakai (HP). Asumsinya, dalam lembaga hukum Hak Pakai itu akan dimasukkan Hak Guna Usaha (HGU) dan Hak Guna Bangunan (HGB). Menurut penulis, hlm. itu mengandung beberapa implikasi. Pertama, mereformasi lembaga hak atas tanah akan menimbulkan pekerjaan besar yang seyogianya kurang bermanfaat sebab akan "menata kembali" administrasi pertanahan.

Sekarang ini, hampir 30% dari seluruh bidang tanah di Indonesia sudah didaftar dengan lembaga hak atas tanah yang dimaksud dalam UUPA, termasuk HGU dan HGB. *Kedua*, upaya "menyederhanakan" lembaga hak atas tanah ke dalam HM dan HP sesungguhnya akan menjadi upaya yang tidak sederhana, sebab dengan mengakomodasi HGU dan HGB ke dalam HP justru mengakibatkan keruwetan dalam bentuk lain, yakni akan memperbanyak differensiasi dari HP itu sendiri. *Ketiga*, sebagai lanjutan dari implikasi yang 'kedua', mendisain lembaga hak atas tanah menjadi HM dan HP justru mengakibatkan penyebutan hak atas tanah menjadi kurang informatif. Bagi penulis penyebutan hak sebaiknya dapat menunjukkan atau

⁴⁵ **Arie Sukanti Sumantri**, *Konsepsi yang mendasari Penyempurnaan Hukum Tanah Nasional*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Tetap dalam Ilmu Hukum Agraria pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, tanggal 17 September 2003, hlm. 42-43.

mengindikasikan kewenangan dari hak tersebut. Ketika dalam UUPA disebutkan HGB misalnya, asosiasi pembacanya tentu adalah hak yang hanya mempunyai kewenangan untuk mempunyai dan/mau mendirikan bangunan.

Terhadap wacana atau upaya penyederhanaan jenis hak atas tanah ke dalam HM dan HP, kiranya pada tempatnya apabila diperhatikan pandangan 'Bapak Hukum Agraria Indonesia', Prof. Boedi Harsono yang menyatakan: (1) apakah tidak sebaiknya kita meninggalkan kebiasaan untuk memandang apa yang ada di luar itu lebih baik daripada yang ada pada kita?; (2) apakah dalam hlm. ini (maksudnya differensiasi hak atas tanah: penulis) tidak ada kemungkinan bahwa bangsa-bangsa lain justru akan mengikuti kita, apabila mereka memahami perkembangan kita mengadakan 4 macam hak atas tanah untuk mempermudah pengenalan penggunaan bidang-bidang tanah yang dihaki?⁴⁶

C. Hukum Barat

Konsepsi Hukum Barat adalah 'individualistik-liberal'. Disebut 'individualistik' karena berpangkal dari hak milik perorangan (Hak Eigendom). Hak Eigendom tersebut merupakan Hak Penguasaan Atas Tanah (HPAT) yang tertinggi, sehingga semua hak atas tanah lainnya bersumber dari Hak Eigendom tersebut. Hak Eigendom atas tanah itu merupakan hak primer, yang bersumber pada kedudukan manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang mempunyai hak untuk menikmati dan memiliki kekayaan alam yang diciptakan Tuhan baginya. Salah satu contoh konsepsi ini terkonkretisasi dalam *Declaration of Independence* Amerika Serikat tanggal 4 Juli 1776, yang antara lain menyatakan: "...that all men are created equal, that are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among there life, liberty and the pursuit of happiness." (tanda garis bawah dari penulis)

Dalam konsepnya, ketika tanah masih cukup tersedia dan merupakan *res nullius*, maka atas dasar hak asasi yang dikaruniakan Tuhan, setiap orang

⁴⁶ **Boedi Harsono**, *Menuju Penyempurnaan Hukum Tanah Nasional dalam hubungannya dengan Tap MPR IX/MPR/2001*. Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2003, hlm. 75.

dengan cara menguasai secara fisik sebidang tanah menciptakan hubungan hukum dengan tanah yang dikuasainya itu. Tegasnya dengan cara okupasi maka tanah yang semula tidak ada yang mempunyai (*res nullius*) menjadi kepunyaannya/haknya/eigendommenya. Dengan demikian, okupasi menciptakan hak perorangan atas tanah. Hak perorangan itu mempunyai kebebasan mutlak dalam menentukan peruntukan tanah miliknya. Pemegang hak mutlak itu bebas untuk menggunakan atau tidak menggunakannya. Agar kebebasan itu terlindung dari gangguan orang lain, maka didirikanlah negara, yang tugasnya semata-mata untuk melindungi jiwa dan kekayaan warganya. Dalam pada itu, maka fungsi negara selaku badan penguasa adalah sebagai "Police State" yakni hanya sebagai penjaga keamanan/ketertiban (disebut juga sebagai "negara penjaga malam")

Selanjutnya, ketika persediaan tanah tidak lagi berlimpah ruah, maka negara menyatakan dirinya sebagai pemilik semua tanah, sepanjang belum dimiliki para warganya. Tanah-tanah tersebut menjadi 'domein negara. Sikap yang demikian dipandang menjadi keharusan, agar tidak terjadi kekacauan di antara para warga. Sejak adanya pernyataan-domein tersebut, maka tidak ada lagi tanah yang dalam kondisi *res nullius*. Semua tanah sudah menjadi tanah milik (eigendommen), baik sebagai tanah milik perorangan maupun tanah milik negara. Tidak ada perbedaan antara tanah eigendommen negara dengan eigendommen perorangan. Dalam eigendommen negara, negara dalam hlm. ini bukan sebagai badan penguasa. Hak negara tersebut semata-mata hak perdata, sama dengan hak *eigendommen* perorangan.

Sebelum era kapitalisme, tanah (property) diasumsikan sebagai kekayaan bersama (communal property). Filosof seperti Plato dan Thomas Aquinas memandang segala sesuatu di dunia ini adalah milik bersama umat manusia, bukan milik manusia secara perorangan. Tanah dan sumberdaya alam dikelola bersama seluruh anggota masyarakat, semuanya mempunyai hak untuk menggunakan dan memenuhi kebutuhan hidup bagi diri dan keluarganya.⁴⁷ Lebih lanjut mengenai pendapat Thomas sebagai seorang teolog dan filosof agung pada Abad Pertengahan menyampaikan teori

kodrati: menurut kodratnya manusia bersifat individual dan sosial.⁴⁸ Itulah sebabnya dalam pemilikan suatu benda termasuk kepemilikan atas tanah, kedua dimensi tersebut mestilah terpadu secara harmonis.

Kemudian setelah adanya masa kapitalisme muncul Teori pemilikan individual yang merupakan pembenaran pemilikan secara pribadi⁴⁹ sebagai berikut:

1. Okupasi teori

Teori ini berdasar pada hukum alam: siapa yang menduduki atau menguasai tanah lebih awal, itu sudah cukup untuk memberikan alasan perlindungan hukum bagi dirinya dari klaim orang lain. Teori ini diterapkan untuk memberikan hak bagi orang yang menduduki tanah yang tidak ada pemiliknya.

2. Tenaga kerja teori

John Locke memperkenalkan teori ini pada tahun 1690 untuk menentang teori pemilikan warisan tanah, dengan memperkenalkan istilah "***the sower is entitled to reap what he has sown***" siapa yang menanam dialah yang menenam. Jadi orang akan mempunyai hak terhadap apa yang sudah ia kerjakan untuk menenami sebidang tanah.

3. Idealist Personality teori

Kekuatan teori ini terletak pada kenyataan bahwa kekayaan pribadi seseorang akan membantu orang tersebut untuk mengembangkan kehendak bebasnya. Kekayaan bukan hanya benda ekonomi atau benda yang memberi manfaat bagi individu, akan tetapi kekayaan sangat penting untuk mengembangkan keberadaan seseorang.

4. Efisiensi ekonomi teori

Teori efisiensi ekonomi menjustifikasi adanya hak kekayaan pribadi, karena kekayaan merupakan modal yang mendukung penggunaan sumberdaya yang efisien untuk selanjutnya meraih produktifitas ekonomi yang maksimum. Dengan kata lain hak atas tanah akan mendorong seseorang untuk berusaha lebih ekonomis dalam mengerjakan tanahnya.

⁴⁷ Joyce G Toohar dan Bryan Maurice Dwyer, *Introduction to Property Law*, Butterworths, Sydney-Adelaide-Brisbane-Canberra-Melbourne-Pert, 1997, hlm. 2-3.

⁴⁸ Adrian Sutedi, *Peralihan Hak Atas Tanah dan Pendaftarannya*, Sinar Grafika, 2007, hlm. 8

Kembali ditegaskan bahwa dalam konsepsi Hukum Barat, hak eigendom merupakan HPAT yang tertinggi, sehingga dikatakan sebagai "*absolut ownership*" (*dominium*) kepemilikan mutlak (untuk negara maupun individual), sebagai konkordansi dari Hukum Romawi⁵⁰ baik terhadap tanah maupun *chattels*. Hak-hak atas tanah yang lain, seperti hak **erpacht, hak opstal, hak gebruik**, dan lain-lain, berindukkan atau bersumber pada Hak Eigendom tersebut. Oleh karena hak eigendom negara itu merupakan hak perdata, maka dalam memberikan tanah dengan hak erfpacht dan opstal misalnya, negara tidak menerbitkan surat keputusan pemberian hak, melainkan dengan melakukan tindakan pemindahan hak kepada pemohon. Jadi, negara bertindak sebagai 'pemilik tanah, bukan sebagai badan penguasa seperti dalam Hukum Tanah Nasional Indonesia.⁵¹ Kenyataannya, konsep individualistik-liberal tidak mendatangkan kemakmuran yang merata kepada rakyat. Dengan kebebasan yang mutlak itu ternyata yang kaya, semakin kaya dan yang miskin semakin miskin.

Kemakmuran berlebihan itu hanya dinikmati oleh sebagian kecil yang menguasai tanah dan alat-alat produksi lainnya. Oleh karena itu, pada pertengahan abad ke-19 timbullah pemikiran untuk meninjau ulang konsepsi tersebut.

Reaksi yang pertama bersifat gradual, menurut pemikiran golongan ini, kekeliruan dari konsepsi individualistik-liberal terletak pada kebebasannya yang bersifat mutlak/tidak terbatas. Kebebasan mutlak ini perlu dibatasi oleh kepentingan bersama/kepentingan umum. Misalnya, dalam menetapkan peruntukan dan penggunaan tanah yang dimiliki, selain berpedoman pada kepentingan pribadi, wajib diperhatikan juga kepentingan umum. Dengan perkataan lain, ke dalam hak pribadi dimasukkan unsur kebersamaan atau unsur kemasyarakatan, dengan menyatakan bahwa 'semua hak mempunyai

⁴⁹ Joyce G Tooher dan Bryan Maurice Dwyer, *Ibid*, hlm. 2-3.

⁵⁰ **Peter Butt**, *op.cit*, hlm. 84.

⁵¹ Menurut HTN kita, fungsi negara ketika mendapat peiimpahan unsur publik dari Hak Ban adalah sebagai Badan Penguasa Yang memiliki kewenangan 'menguasai' dalam artbi kewena publik sebagaimana disebut dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 dan ditafsirkan secara ote oleh Pasal 2 ayat (2) UUPA.

fungsi sosial'.⁵² Dalam kapasitasnya sebagai organisasi yang mewakili kepentingan umum, negara menetapkan pembatasan kebebasan individu, demi kepentingan bersama. Dengan demikian, lahirlah konsep "Welfare State", yang fungsinya bukan semata-mata sebagai penjaga keamanan, tetapi juga mengkondisikan atau mengupayakan kesejahteraan warganya melalui campur tangannya dalam kehidupan ekonomi dengan cara membuat peraturan-peraturan dan melakukan pembinaan.

Koreksi yang kedua bersifat radikal. Menurut kelompok ini, ketimpangan dalam tingkat kemakmuran terjadi karena dimungkinkannya alat-alat produksi, termasuk tanah, untuk dimiliki secara individual. Dalam kenyataannya, alat-alat produksi itu hanya dimiliki oleh sebagian kecil rakyat, yang juga mempunyai modal. Sebagian besar rakyat adalah sebagai buruh, yang hanya memiliki tenaga. Ironisnya, yang mampu memiliki tanah dan alat-alat produksi lainnya, termasuk modal hanya sebagian kecil rakyat, namun hasil produksi justru jatuh kepada mereka.

Oleh karena, ternyata pada akhirnya konsepsi individualistik-liberal inilah yang menyebabkan golongan terbesar masyarakat menjadi miskin, maka konsepsi itu dipandang tidak berguna lagi, sehingga perlu digantikan dengan konsepsi yang tidak membolehkan pemilikan individual atas tanah serta alat-alat produksi lainnya. Inilah yang kemudian disebut sebagai konsepsi komunis. Menurut konsepsi ini, tanah dan alat produksi lainnya harus dimiliki bersama oleh rakyat agar hasil produksi dapat terbagi secara merata. Tegasnya, lembaga hak milik perorangan atas tanah dan alat produksi lainnya harus dihapus dan diganti dengan pemilikan secara kolektif. Dalam pada itu, tanah menjadi milik seluruh rakyat, yang diwakili oleh negara. Konsepsi ini diwujudkan di Rusia pada Bulan Oktober 1917, yakni setelah golongan soviet berhasil merebut kekuasaan dari Tzaar. Dengan dekret mengenai Lembaga Tanah, hak milik perorangan atas tanah dihapus

⁵² Oleh karena itu, kalau fungsi sosial dalam HTN kita bersifat asali, maka dalam Hukum Barat hlm. itu merupakan sifat yang dimasukkan kemudian dalam rangka sosialisasi hukum. Di negara barat sifat tersebut sudah mendapat rincian dalam peraturan perundang-undangan dan benar-benar diusahakan pelaksanaannya, sedangkan di negara kita baru merupakan semacam "slogan yang enak didengar"

dan semua tanah yang dimiliki Tzaar dan keluarganya, para bangsawan, gereja dan petani, petani pemilik tanah disita dan menjadi milik rakyat.

Konsepsi komunis pada akhir-akhir ini juga dipandang kurang mampu membawa solusi bagi peningkatan kesejahteraan masyarakat komunis. Oleh karena, konsepsi ini tidak dapat memberi dorongan untuk berusaha. Insentif bagi yang bekerja keras tidak ada. Dapat dikatakan bahwa apa yang diperoleh oleh yang bekerja keras sama dengan yang tidak bekerja dengan sungguh-sungguh. Oleh karena itu, semakin tampak upaya untuk melakukan perubahan, meskipun sangat "evolutif" namun tetap dapat dirasakan. Awal perubahan Uni Soviet (sebagai salah satu negara komunis terbesar di dunia) dimulai saat pemimpin Uni Soviet Mikhail Gorbachev memperkenalkan dua kata kunci: *perestroika* (restrukturisasi) dan *glasnost* (keterbukaan) yang mengubah kondisi sosial, politik, ekonomi, dan budaya di Rusia. Salah satu contoh konkritnya, ada perubahan dari sistem ekonomi terpusat menjadi sistem ekonomi terbuka.

Di RRC sekarang ada perubahan yang menuju upaya pemberian dorongan bagi petani untuk menaikkan produksi. Tanah pertanian dikuasai oleh komune, tapi komune memungkinkan anggotanya mengusahakan secara pribadi dengan perjanjian harus menyerahkan bagian tertentu dari hasil usahanya. Bagian yang lain untuk yang mengusahakan sendiri. Dengan demikian, ada dorongan untuk berproduksi tinggi.⁵³

D. Hukum Tanah Anglosakson

Dalam sistem Hukum Tanah yang berkonsepsi feodal (Inggris dan bekas negara-negara jajahannya), HPAT yang tertinggi adalah Hak Milik Raja (*Crown Land*). Semua tanah di seluruh wilayah negara adalah Hak Milik Raja, seperti yang misalnya berlaku di Kerajaan Inggris. Di negara yang tidak lagi merupakan kerajaan (seperti Australia, Singapura, Amerika Serikat), HPAT yang tertinggi ada pada Negara (Hak Milik Negara), sebagai pengganti kedudukan Raja. Tegasnya, *Crown Lands* menjadi *State Lands*. Hak-hak penguasaan atas tanah yang lain bersumber pada Hak Milik Raja tersebut dan

dengan sendirinya tidak ada yang setingkat Hak Milik. Dengan kata lain di negara misal Inggris, tidak diterapkan adanya konsep pemilikan mutlak atau "absolute ownership" untuk tanah pada perorangan⁵⁴, Mereka hanya "hanggaduh" tanah milik Raja.⁵⁵ Dalam ungkapan lain dikatakan: "They hold the land of the King". Selanjutnya kalau kita mencari pemilikan yang absolute atas tanah, maka Raja lah pemilik absolut itu, dialah pemilik dominium itu. Jadi kalau bicara mengenai hak penguasaan atas di Inggris perlu diingat adanya tenure doktrin. Di daerah-daerah Swapraja di Jawa, dulu dikenal konsepsi feodal ini. Semua tanah adalah milik Raja (*Kagungan Dalem sinuhun*). Antara Raja dan rakyat yang menguasai dan menggunakan tanah, ada juga para bangsawan keluarga Raja dan para pegawai kerajaan.

Di Eropa (Perancis), proses terjadinya sistem feodal disebabkan oleh berkurangnya keamanan negara. Sebagai usaha untuk mengamankan penguasaan tanah, para petani menyerahkan tanahnya kepada orang yang lebih kuat yang dipandang mampu memberi ketenangan melakukan usaha pertanian. Secara bernas, Peter Butt menyatakan:⁵⁶

"Feudalism involved not only a personal relationship between lord and vassal, but also a land-holding relationship. This association between feudalism and the land was also perhaps a necessary consequence of the economic disturbance which accompanied the disorganisation of society. In the absence of peaceful security trade was reduced to a minimum. People were driven to rely for subsistence on the immediate produce of their land if they lost their land, they lost their means of support. And so the protection which they required for their personal safety, they also required for their land. Hence, smaller landowner would transfer their ownership to more powerful neighbours, receiving in exchange the right to remain in occupation of the land and reap the profit. This both satisfied the acquisitiveness, and obtained the

⁵³ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, op. cit., hlm... 184-185.

⁵⁴ Peter Butt, *op. dt*, hlm. 84

⁵⁵ Budi Harsono, *op. cit.*, hlm. 184.

⁵⁶ Peter Butt, *op. dt*, hlm. 51-52.

protection, of the new lord, because interference with the land was now interference with the lord's property"

Pertanyaannya, mengapa si petani mau **menyerahkan kepemilikan tanahnya** kepada si orang kuat? Oleh karena bagi para petani, yang penting adalah adanya ketenangan untuk melakukan usaha/kegiatan pertanian. Para petani menyadari bahwa yang mendatangkan 'kemakmuran' bukan tanah itu sendiri, melainkan kegiatan mengusahakan tanah pertanian itu. Sebaliknya, 'si orang kuat pun mau menjaga ketenangan berusaha para petani, karena petani itu melakukan kegiatannya di atas tanah 'si orang kuat'. Demikian, proses penyerahan tanah milik dari petani kepada orang kuat, kemudian orang kuat kepada yang lebih kuat, dan yang lebih kuat akhirnya kepada Raja. Dengan demikian pada akhirnya, pemilik tanah satu- satunya adalah Raja. Jadi proses terjadinya sistem feodal itu berlangsung dari bawah ke atas. Itulah yang disebut *commendaton*, yaitu proses dimana seseorang menjadikan dirinya sendiri di bawah proteksi orang lain yang lebih berkuasa (*more powerful*), yang lemah (*the weaker*) menjadi "abdi" ("**vassal**") dari tuannya ("**lord**").⁵⁷

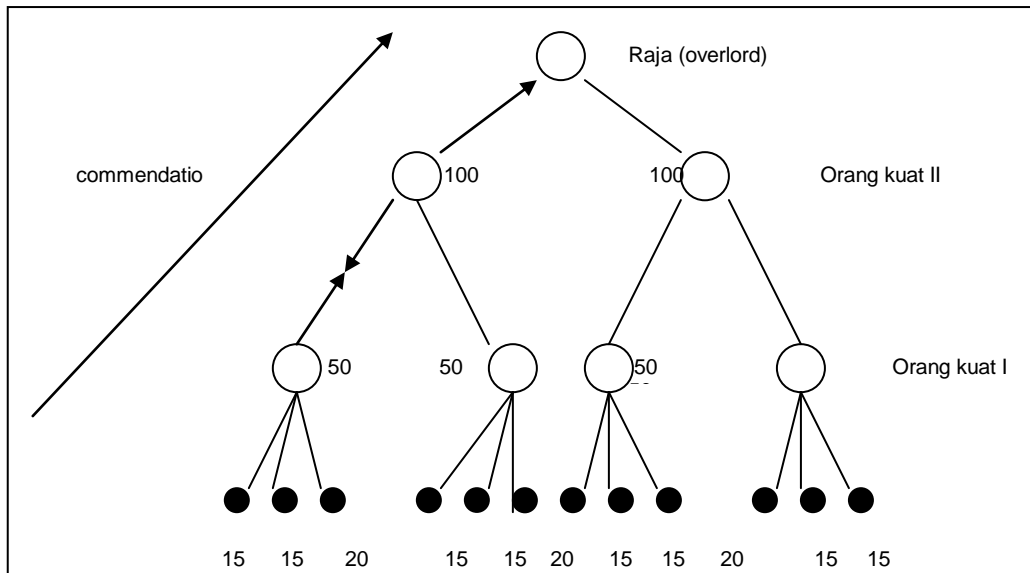
Namun perlu diketahui bahwa di Perancis tidak semua tanah terkena sistem feodal, karena ada sisa-sisa kepemilikan petani yang disebut sebagai *allodial lands* (lawan dari sistem feodal), yaitu tanah yang tidak dimiliki oleh lord atau orang yang kedudukannya lebih tinggi (superior).

Proses terjadinya sistem feodal dengan penyerahan tanah dari bawah ke atas sebagaimana yang terjadi di Perancis ini dapat dilihat pada Ragazin 3 berikut ini.

Ragaan 3

Terbentuknya Tata Sunanan Masyarakat Feodal di Perancis

⁵⁷ **Peter Butt**, *ibid.*, hlm. 51. Perhatikan juga Hendry Campbell Bladc, *op.cit.*, hlm. 2 yang menyatakan bahwa *commendation* dalam *feudal law* adalah *the act by which an owner of alodial land placed hlm..self and his land under the protection of a lord, so as to constitute hlm..self his vassal or feudal tenant.*



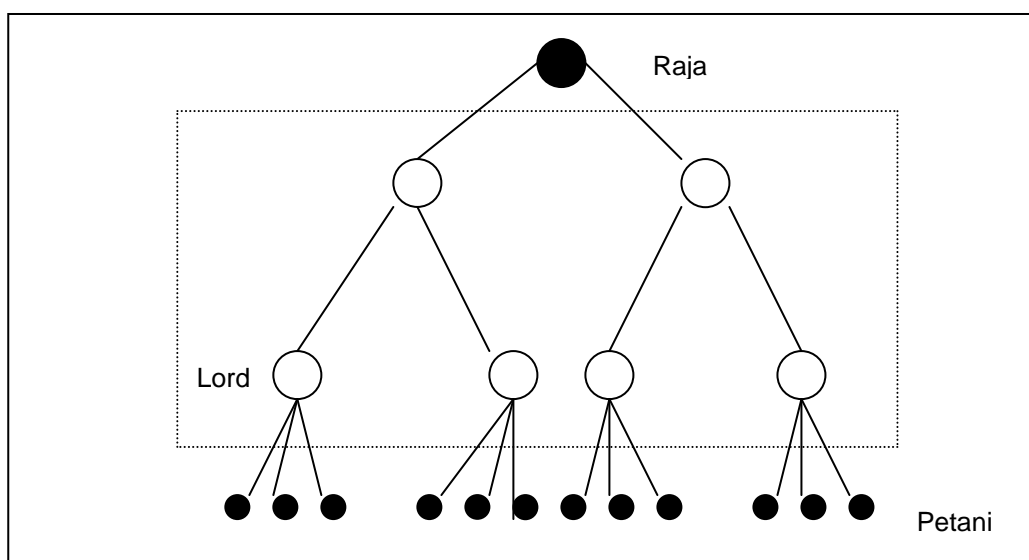
Keterangan : ● para Petani menyerahkan tanah kepada yang kuat,
Orang kuat I menyerahkan kepada orang di atasnya,
Sampai akhriannya sampai kepada raja.

Pada sistem feodal tersebut tampak bahwa semula antara Raja dan mereka yang secara fisik menguasai dan menggunakan tanah ada orang-orang lain, yang memperoleh tanahnya dari Raja, dengan kewajiban untuk memberikan sesuatu kepada Raja atau melakukan sesuatu bagi Raja. Pada gilirannya, orang-orang ini yaitu para keluarga Raja, bangsawan-bangsawan dan pejabat-pejabat kerajaan, memberikan tanah tersebut kepada orang-orang lain, dengan kewajiban pula untuk memberikan sesuatu kepadanya atau melakukan sesuatu baginya. hingga pada akhirnya tanah tersebut jatuh kepada yang menguasai dan menggunakannya secara fisik. Mereka ini pun berkewajiban untuk memberikan sesuatu kepada yang memberikan tanah kepadanya atau melakukan sesatu baginya. Tata susunan seperti itu yang disebut sebagai sistem atau ajaran mengenai **tenure**. Mereka yang secara fisik menguasai dan menggunakan tanah disebut **tenant**, sedang yang memberikan tanah tersebut kepadanya adalah lordnya. Pada gilirannya, lord-nya tenant itu adalah *tenant-nya* yang memberikan tanah yang bersangkutan kepadanya, yang baginya adalah lord-nya. Pada tingkatan tertinggi, Raja adalah lord-nya para *tenant* yang tertinggi, yang disebut *tenant-in-chief* Raja merupakan *upper lord*.

Kewajiban yang diberikan oleh para *tenant* kepada lord-nya bisa sebagian hasil tanah yang dikuasainya (*socage*). Kewajiban dilakukan bagi lord-nya bisa menjadi prajuritnya (*knight service* - misalnya 40 hari dalam satu tahun), pelayannya, mengadakan misa baginya (*frankalfnoin*), dan lain-lain.⁵⁸

Pada perkembangan berikutnya, semua kewajiban-kewajiban *tenant* tersebut diganti dengan pembayaran berupa uang dan orang-orang yang ada antara Raja dan yang menguasai tanah secara fisik ditiadakan, hingga hubungan tenurnya menjadi langsung antara Raja dan rakyatnya. Namun demikian, dasar konsepnya tetap, yakni bahwa tanah tersebut semuanya adalah milik Raja (*Crown Land*). Tata susunan dalam perkembangan seperti ini dapat divisualkan seperti dalam Ragaan 4 berikut ini.

Ragaan 4
Tata Susunan Masyarakat Feodal
(yang langsung antara Raja dengan rakyatnya)

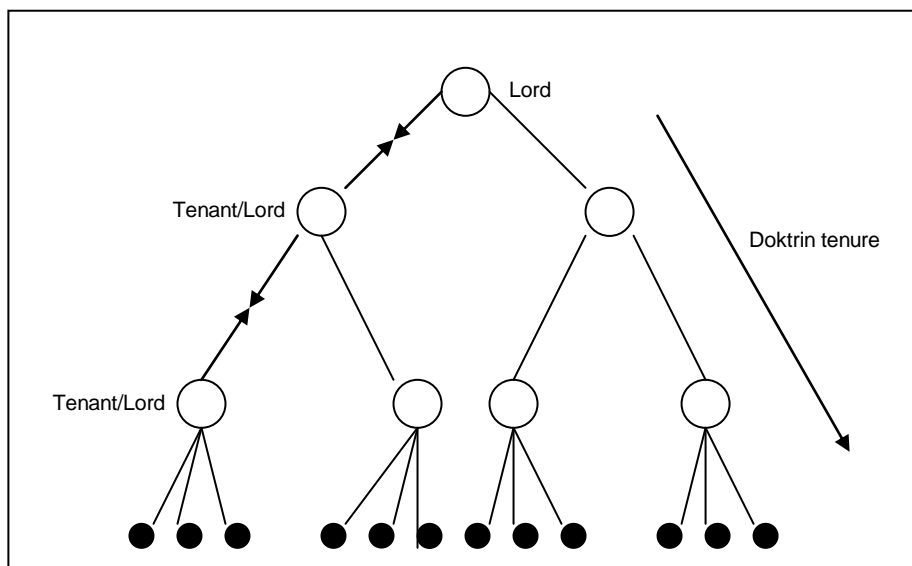


⁵⁸ Peter Butt, op.cit., hlm. 63-65

Keterangan [] : Posisi orang kuat hilang sehingga yang ada kemudian adalah lembaga rakyat (tani) dengan raja.

Di Inggris terjadinya sistem feodal tidak terlepas dari perselisihan antara Raja Inggris dengan William of Normandi (dari Perancis). Sebagaimana diketahui pada 1066 disebut sebagai tahun *the Battle of Hastings*. Dalam perang tersebut secara kebetulan panah dari pihak William tepat mengenai matanya Raja Inggris. Lalu William menang dan sekaligus mengganti kedudukan Raja Inggris. Sebagai hasil dari kemenangannya, William menyatakan dirinya sebagai Raja dan pemilik semua tanah yang ada wilayah Inggris.⁵⁹ Kemudian, William membagi-bagikan tanahnya itu ke kepada pengikut-pengikutnya, seperti para jenderal dan bangsawan. Para bangsawan pun mengadakan pemberontakan untuk mengambil tanah-tanah milik gereja dan tanah-tanah milik pribadi. Dengan demikian, seluruh tanah di Inggris berhasil difeodalkan. Dalam pada itu, semua orang yang mengua tanah akhirnya hanyalah menguasai dan menggunakan tanah miliknya raja. Lebih jelasnya, tata susunan masyarakat feodal di Inggris ini dapat dilihat pada Ragaan 5 berikut ini.

Ragaan 5 Tata Susunan Feodal di Inggris



⁵⁹ Diane Chappelle, *Land Law*, Edisi Kedua, Penerbit Pitma Publishing, London, 1995, hlm.

Berdasarkan Ragaan 5 di atas, tampak bahwa pemilik tanah salah satunya adalah Raja, sedangkan yang menguasai dan menggunakan tanah hanya bersifat "haggaduh" Inilah yang disebut dengan ajaran tenure. Selanjutnya perkembangan yang terakhir ajaran mengenai tenure tersebut di negara-negara Anglosakson menjadi tidak penting lagi. Karena dalam praktek tanah-tanah yang dikuasai dan digunakan oleh rakyat tersebut, walaupun bukan miliknya, pada kenyataannya bisa juga dipindahkan atau dijadikan jaminan kredit kepada orang atau pihak lain. Sesungguhnya, kenyataan tersebut sudah tidak sesuai lagi dengan doktrin tenure, sebab kewenangan untuk memindahkan atau menjadikan sebagai jaminan kredit tidak dimiliki para *tenant*, Oleh karena itulah, maka para sarjana hukum Inggris menciptakan ajaran **estate**. Estate bukanlah hak pemilikan atas tanah yang dikuasai dan digunakan, karena pemilikan atas tanah tetap ada pada Raja. Estate adalah untuk menguasai dan menggunakan tanah milik Raja tersebut. Hak inilah yang dapat dipindahtangankan dan dijadikan jaminan utang, bukan tanahnya.⁶⁰

Perlu kiranya dijelaskan perbedaan antara tenure dengan estate, menurut E. Swinfen Green dan N.Henderson⁶¹: dikatakan sebagai "*an estate*" apabila ia memberitahukan kepada kita tentang jangka waktu (durasi) hak atas tanah yang bersangkutan. Sesuatu dikatakan sebagai "*a tenure*" karena ia merupakan suatu cara bagaimana hak tersebut dipegang atau dimiliki.

Jenis estate tergantung pada jangka waktu atau berapa lama tanah yang bersangkutan boleh dikuasai dan digunakan. Kalau jangka waktunya tidak terbatas atau tidak pasti, maka ia disebut *freehold estate*. Sebaliknya, jika jangka waktunya pasti disebut *leasehold estate* atau disebut juga *estate*

⁶⁰ Perhatikan **Diane Chappelle**, op. cit., hlm. 13, yang menyatakan: "If, then, the Crown own all the. land, what if anything, can anyone else own? The answer is one or more estates or interesta in or over the land. This of course, raises the question, 'What are estates and interests? Selanjutnya, dinyatakan: "we know that word 'estate' in land law has a very particular meaning – it is not the same as a housing estate, for instance. It does not refer to an area of land, but to the time during which one can enjoy the land. Dikatakan pula, the word "interest' has the meaning explained above, but it is also used as a generic term embracing all rights in land, that is, estates and interests.

⁶¹ **E. Swinfen Green dan N.Henderson**, *Land Law*, fourth edition, Sweet & Maxwell, 1980.

for years. *Freehold estate* terdiri atas empat macam estate sebagai berikut: 1) the fee simple; 2) the fee tail; 3) the life estate; 4) the leasehold estate. Estate in *Fee simple*, yakni semacam Hak Milik dalam HTN tapi bukan HM, karena HM atas tanah ada pada RAJA; dan *life estate*, yakni estate yang diberikan oleh pemegang estate in *fee simple*, misalnya kepada anak perempuannya yang menikah, yang mana kalau pemegang *life estate* meninggal dunia maka tanahnya kembali kepada pemegang fee simple.

Leasehold estate, dalam praktek disingkat **lease**, yakni estate yang diberikan oleh negara atau pemegang fee simple dengan jangka waktu tertentu, bisa 3 tahun, 21 tahun, bahkan 99 tahun. Pemegang lease ini bisa memberikan tanah atau sebagian tanah yang bersangkutan kepada pihak lain dengan jangka waktu yang lebih pendek daripada lease-nya. Ini yang disebut sebagai **sub-lease**. Jika sub-lease tersebut habis jangka waktunya, tanahnya kembali kepada pemegang lease. Selanjutnya, jika lease ini habis jangka waktunya, tanahnya kembali kepada negara atau pemegang fee simple yang memberikan leasenya.

Berdasarkan uraian di atas, dapat diketahui bahwa tatajenjang HPAT dalam Hukum Tanah Anglosakson terdiri atas:

1. Hak Milik Raja (*Crown Land*) atau Hak Milik Negara (*State Land*) bagi yang bukan lagi negara yang berbentuk kerajaan;
2. Hak-hak perorangan, yang secara sederhana meliputi:
 - a. *Freehold Estate* (yang tidak pasti jangka waktunya, seperti fee simple atau life estate);
 - b. *Leasehold Estate* (yang lebih sering disebut *lease*).

MODUL 8

PEMINDAHAN HAK DALAM JUAL BELI TANAH

Pemindahan hak atas tanah dalam Hukum Tanah Nasional kita dilakukan dalam bentuk jual beli, tukar menukar, hibah, dan lain-lain. Pembicaraan pada bagian ini adalah mengenai pemindahan hak atas tanah *yang* menggunakan bentuk jual-beli tanah, yang dalam Bahasa Inggris disebut *selling and buying*, sedangkan pemindahannya disebut *transfer/conveyance*.

Pemindahan hak atas tanah dalam berbagai sistem hukum tanah mempunyai **sebutan** yang sama, tetapi **pengertiannya** bisa sama dan to..d pula berbeda. Demikian juga dengan **tatacaranya** sampai hak itu berpindah kepada pihak lain. Hal ini terjadi karena bukan saja perbedaan dalam struktur dan pengertian lembaga jual-beli. Misalnya istilah "**jual**" dalam hukum adat akan mempunyai pengertian yang berbeda dengan istilah "**verkoop**" dalam hukum barat.

A. Hukum Adat

Dalam Hukum Adat, jual beli tanah adalah perbuatan hukum pemindahan hak atas tanah. Perbuatan jual beli dalam Hukum Adat harus terpenuhi 3 (tiga) persyaratan,⁶² seperti dibawah ini:

1. **Bersifat tunai atau disebut juga tindakan tunai (contante handling.**

Artinya, jual beli tanah adalah perbuatan hukum berupa penyerahan atas tanah oleh penjual kepada pembeli dan pada saat yang sama pembeli membayar harganya secara penuh kepada penjual. Sebelum dilakukan jual-beli tentu sudah ada kesepakatan ("perjanjian") antara pemilik tanah dan yang memerlukan tanah. Isinya adalah kesediaan pemilik tanah menjual tanahnya kepada yang memerlukan dengan harga yang disepakati bersama dan waktu (kapan/bilamana) dan tempat jual beli akan dilakukan. Kesepakatan itu disebut '**perjanjian akan melakukan jual beli**'. Agar kesepakatan/perjanjian itu mempunyai akibat hukum, maka harus ditandai dengan suatu upaya yang dikukuhkan dengan **panjar/panjer** berupa uang oleh calon pembeli, sehingga apa yang disepakati merupakan kesepakatan hukum. Apabila salah satu pihak kelak ingkar janji, penyelesaiannya adalah melalui panjar tersebut, yaitu: apabila pembeli tidak jadi membeli, maka panjar akan hilang; sebaliknya jika penjual yang tidak jadi menjual maka ia harus mengembalikan panjar sekian kali (menurut apa yang telah disepakati). Dalam hlm. ini, masing-masing pihak tidak bisa menuntut pelaksanaan janji, karena dalam Hukum tanah dikenal adanya Hak Ingkar.

Panjar seakan-akan dikembalikan kepada pembeli kemudian pembeli membayar membayar tunai. Pada kenyataannya, panjar tidak dikembalikan, melainkan pembeli membayar sejumlah uang sisa dari harga jual tersebut.

⁶² ter Haar, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat (Beginnselen en Stelsel van het Adatrecht)*, diterjemahkan oleh K.Ng. Soebakti Poesponoto, Penerbit Negara Pradnja Paramita, Djakarta, hlm., 87-91.

Apabila saat jual beli pembeli tidak bisa membayar seluruh harga, pembeli seakan-akan berhutang sejumlah uang kepada penjual (sebesar sisa yang tidak bisa dibayar tersebut). Kenyataannya, pembeli (memang) mempunyai hutang. Apabila sisanya/hutangnya tidak bisa dibayar, penjual tidak bisa menuntut tanahnya dikembalikan, karena menurut hukum, tanah tersebut sudah dibayar tunai dan perbuatan jual beli telah selesai. Hutangnya tidak lagi disangkutkan dengan jual-beli, melainkan merupakan,' permasalahan dalam hutang-piutang.

2. **Bersifat riil, artinya**, tanah yang dijual-belikan itu secara nyata diserahkan.

Karena hak atas tanah tidak berwujud, maka yang diserahkan tanahnya sebagai sesuatu yang berwujud, misalnya: segenggam tanah.

3. **Bersifat terang**. Artinya, perbuatan jual-beli itu tidak gelap atau tidak sembunyi-sembunyi. Oleh karena itu, jual beli dilakukan di hadapan kepala Desa/Adat. Biasanya sebagai buktinya dibuat surat jual-beli oleh penjual, yang ikut ditandatangani pembeli dan Kepala Desa. Dengan dibuatnya surat jual-beli tersebut, sebagai bukti bahwa pemilik tanah dan yang memerlukan tanah sudah melakukan jual-beli, hak atas tanah yang bersangkutan berpindah kepada pembeli. Ter Haar menandakan bahwa bila jual-beli tanah ini tidak dilakukan tanpa sepengetahuan Kepala Desa/penghulu maka tindakan itu tidak dapat ditingkatkan sampai ketertiban hukum, tidak berlaku terhadap pihak ketiga, dan si penerima tidak diakui oleh pihak ketiga sebagai yang berhak atas tanah.

Dalam masyarakat hukum yang telah maju, perbuatan ini kemudian diaktekan oleh penjual. Penjual mengadakan pernyataan bahwa telah dilakukan jual beli dan hak atas tanah telah diserahkan untuk selama lamanya kepada pembeli dan ia telah menerima harganya. Pernyataan ini merupakan pernyataan sepihak, yang ditandatangani oleh penjual dan saksi-saksi. Kalau dicermati tatacara jual-beli dalam Hukum Adat itu, tampakjelas kiranya bahwa yang terkesan lebih aktif dalam tindakan jual-beli adalah penjual. Setidak-tidaknya hal itu terlihat dari surat jual-beli yang biasanya dipersiapkan/dibuat oleh penjual. Dalam situasi sosial dan

kultural masyarakat perdesaan yang masih berdasarkan Hukum Adat, hal itu merupakan sesuatu yang dapat dijelaskan. Sebagaimana diketahui, bagi masyarakat desa jual-beli tanah adalah suatu perbuatan yang "sekuat-mungkin" harus dihindari. Dengan perkataan lain, jual beli tanah' (apalagi yang bersifat jual-lepas) tidak akan dilakukan, kecuali karena ada kebutuhan yang mendesak yang tidak mungkin lagi diatasi selain dengan melakukan jual-beli tanah. Dalam pada itu pula, maka lembaga

Jual-beli tanah dalam Hukum Adat dikonstruksikan dalam 3 (tiga) jenis: jual tahunan, jual gadai, dan jual lepas. Jual-beli yang dijelaskan di atas adalah jual-lepas. Dari ketiga pranata jual beli itu terlihat bahwa jual-lepas hanya akan dilakukan jika jual tahunan dan jual gadai tidak lagi mencukupi untuk memenuhi kebutuhan hidup si empunya tanah.

Jual lepas tidak memerlukan penyerahan. Suatu tindakan lain disamping perjanjian jual-beli, yakni penyerahan tanah dari penjual kepada pembeli (levering dalam hukum eropa) tidak dikenal dalam hukum adat. Vn Vollenhoven memberikan makna dari jual lepas, sebagai berikut: jual lepas dari sebidang tanah atau perairan ialah penyerahan (ter beschikking stellen) dari benda itu dihadapan orang-orang yang ditunjuk oleh hukum adat dengan pembayaran sejumlah uang seketika itu atau kemudian.

Bahkan menurut ter Haar jual tanah itu cukup dengan pernyataan saja dihadapan kepala persekutuan hukum seketika itu juga hak pihak pembeli tercantum, pernyataan tersebut: "saya mengaku telah menyerahkan tanah itu dan untuk itu telah menerima harganya".⁶³

Namun tanpa campur tangan Kepala Persekutuan/Kepala Desa yang menjadikan perbuatan jual beli itu terang, perbuatan hukum tersebut tidak pernah dianggap ada, lebih lanjut ter Haar mengatakan:

"wordt de transactie buiten het gemeenschapshoofd om verricht, dan is zij niet opgeheven in de rechts orde, dan werkt zij niet tegen derden, dan wordt naar buiten de verkrijger niet als rechtshebbende op den grond erkend"

terjemahan:

⁶³ Mr. S.A. Hakim, 1960. Jual Lepas, Jual Gadai dan Jual Tahunan,

" bilamana transaksi itu dilakukan diluar campur tangan Kepala Persekutuan, maka ia tidak diakui dalam tertib hukum, ia tidak berlaku terhadap pihak ketiga, masyarakat tidak akan mengakui si pembeli sebagai orang yang berhak atas tanah itu"⁶⁴

Mengapa menjual tanah merupakan perbuatan yang diusahakan untuk dihindari? Oleh karena, anggota masyarakat yang mempunyai tanah inempunyai kedudukan yang diperhitungkan dalam masyarakat desa. Misalnya, di daerah perdesaan atau perdesaan tertentu di Indonesia ini seseorang baru akan dipandang mempunyai "hak politik sebagai warga desa, jika yang bersangkutan mempunyai tanah. Dapat ditegaskan, bahwa mempunyai tanah akan meningkatkan harkat seseorang dalam suatu status sosial masyarakat desa.

Jual beli dalam masyarakat hukum adat tidak didaftar karena masyarakat masih terbatas/sedikit. Tiap orang masih saling mengenal satu dengan yang lain dan perbuatan jual beli tanah tidak dilakukan setiap hari. Tegasnya, Kepala Desa/Adat masih mengetahui secara persis perihal. letak, kepemilikan tanah dan peralihan tanah dari para anggota masyarakat desa/adatnya.

Konstruksi hukum jual beli tanah dalam hukum adat, menurut Saleh Adiwinata⁶⁵ digambarkan sebagai berlakunya prinsip "*gelijk overstaken*" (perpindahan barang dan uang serentak terjadi). Persetujuan jual-beli dibuat di atas segel (dibubuhi materai) yang dibuat oleh para pihak di hadapan Kepala Desa dan kemudian di daftar dalam Letter C Desa.

B. Hukum Tanah Nasional

Di dalam Hukum Tanah Nasional (HTN), jual-beli dilakukan di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) yang bertugas membuat akta jual-belinya. Jual-beli disaksikan oleh paling sedikit 2 (dua) orang saksi. Setelah (ditandatanganinya akta jual-beli tersebut oleh penjual, pembeli, para saksi dan PPAT, maka hak atas tanah yang bersangkutan berpindah **kepada**

⁶⁴ Saleh Adiwinata, Pengertian Hukum Adat menurut Undang-Undang Pokok Agraria. Alumni, Bandung.

pembeli. Artinya, sejak saat itu pembeli sudah menjadi pemegang **hak atas tanah yang** baru. Dengan demikian, pengertian jual-beli tanah dalam HTN adalah sama dengan pengertian jual-beli tanah dalam Hukum Adat. Hlm. itu merupakan salah satu konsekuensi dari sikap konsisten untuk menjadikan Hukum Adat sebagai dasar utama pembangunan HTN, sebagaimana yang secara tegas tampak dalam konsiderans UUPA yang menyatakan bahwa Hukum Agraria Nasional berdasarkan Hukum Adat.

Dalam kedudukannya sebagai sumber utama pembangunan HTN tersebut berarti pembangunan HTN menggunakan falsafah (konsepsi), asas, lembaga (pranata), dan sistem Hukum Adat.

Oleh karena lembaga hukum jual-beli dalam HTN ini menggunakan lembaga Hukum Adat, maka **pengertian dan syarat sahnya jual-beli** tanah dalam HTN tersebut juga mengikuti pengertian dan syarat sahnya jual beli tanah dalam Hukum Adat. Perbedaannya adalah dalam **tatacara** jual-beli itu. Tatacara jual beli tanah dalam HTN disesuaikan keadaan, yakni untuk melayani masyarakat yang terbuka yang membutuhkan diadakannya pendaftaran tanah demi tujuan kepastian hukum objek dan subjek yang didaftar.

Dalam HTN, perjanjian akan melaksanakan jual beli tetap ada, hanya saja jual belinya dilakukan di hadapan PPAT dengan disaksikan oleh 2 (dua) orang. PPAT membuatkan akta (akta adalah sesuatu tulisan yang dibuat untuk digunakan sebagai bukti).

Akta tersebut dimaksudkan untuk memenuhi syarat nyata dalam jual-beli, sedangkan syarat terang adalah dengan dilakukannya jual beli di hadapan PPAT.⁶⁶ Dalam pada itu, akta PPAT⁶⁷ membuktikan 2 (dua) hal, yakni:

⁶⁵ Saleh Adiwinata, Ibid. hlm. 31

⁶⁶ Syarat umum dalam jual beli adalah syarat bagi sah/berlakunya perbuatan hukum para pihak. Misalnya penjual, berhak untuk menjual, mempunyai kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Pembeli, memenuhi syarat untuk menjadi pemegang hak yang bersangkutan, tidak menimbulkan absente dll. Syarat material jual beli meliputi: dilakukan oleh pihak-pihak yang berhak melakukan perbuatan tersebut; telah memenuhi 3 (tiga) syarat: tunai, riil (nyata), dan terang); dan dilakukan di hadapan Kepala Desa. Apabila syarat materiel dipenuhi, maka pemindahan hak jual beli sah, meskipun tidak dilakukan di hadapan PPAT

Mengenai jual beli yang dilakukan di hadapan Kepala Desa (tidak di hadapan PPAT) PP No. 10 Tahun 1961 tidak menyatakan secara tegas, sedangkan Pasal 37 ayat (1) PP No. 24 Tahun 1997 menyatakan secara tegas, yaitu bahwa fungsi akta PPAT adalah untuk

1. bahwa benar telah dilakukan jual-beli tanah yang bersangkutan oleh pemiliknya selaku penjual dan pihak lain selaku pembeli;
2. bahwa pembeli sudah menjadi pemegang hak yang baru atas tanah tersebut, karena jual beli tanah merupakan perbuatan hukum pemindahan hak atas tanah.

Setelah selesai dilakukan jual-beli, maka selanjutnya dilakukan pendaftaran pemindahan haknya pada Kantor Pertanahan. Pendaftaran dilakukan dengan mencatat jual-beli yang dilakukan pada buku tanah dan sertipikat hak atas tanah yang bersangkutan. Pendaftaran dalam hlm. ini mempunyai fungsi ganda, seperti berikut ini:

1. Pemilik memperoleh surat tanda bukti hak yang 'lebih kuat' daripada akta jual beli, yakni berupa sertipikat (Pasal 19, 23, 32, dan 38 (UUPA). Pasal 32 ayat (1) PP no. 24 Tahun 1997 menyatakan bahwa sertipikat merupakan alat bukti yang **kuat** yang berarti, selama belum dibuktikan sebaliknya, maka data yang ada dalam sertipikat itu harus dianggap sebagai data yang benar sepanjang data dalam sertipikat cocok dengan data yang ada di Kantor Pertanahan (buku tanah, surat ukur, dan peta pendaftaran). Sebagai data yang benar artinya dapat digunakan untuk melakukan perbuatan hukum sehari-hari dan dalam berperkara di pengadilan.
2. Pemilik memperoleh surat tanda-bukti dengan kekuatan pembuktian lebih 'luas' daripada akta jual-beli, karena administrasi pendaftaran

membuktikan bahwa benar telah terjadi jual-beli. Bukan merupakan syarat sahnya jual-beli, melainkan syarat untuk bisa didaftar (pendaftaran pemindahan haknya). Pemindahan haknya hanya dapat didaftar jika peralihan haknya dilakukan di hadapan PPAT. jika tidak, Kepala Kantor dilarang untuk mendaftarnya. Tetapi untuk pendaftaran pertama kali, peralihan di hadapan Kepala Desa boleh didaftar.

⁶⁷ Perbedaan akta yang dibuat oleh PPAT dengan akta yang dibuat oleh notaris adalah:

- a. Akta yang dibuat oleh notaris, yang ditandatangani oleh para pihak, saksi, dan notaris adalah akta asli (minuut) yang disimpan di kantor notaris. Oleh notaris kemudian dibuatkan salinan. Salinan ini ditandatangani oleh notaris, sedangkan penjual, pembeli, dan saksi hanya ditulis 'ttd'.
- b. Akta yang dibuat oleh PPAT, akta asli dibuat dalam rangkap 2 (dua), disebut in minuuta. Kedua-duanya ditandatangani oleh pembeli, penjual, saksi, dan PPAT. Satu set akta disimpan oleh PPAT, satu set lainnya untuk Kantor Pertanahan (untuk kepentingan pendaftaran).

mempunyai sifat terbuka bagi umum. Sejak ditakukan pencatatan pada buku-tanah, siapa pun dianggap 'mengetahui' bahwa pembeli merupakan pemegang haknya yang baru. Jadi, berbeda dengan administrasi PPAT yang tertutup, bagi umum. Tindakan yang dilakukan di Kantor PPAT hanya dapat diketahui oleh para pihak (pembeli, penjual dan ahli waris), saksi, dan PPAT, sehingga perbuatan hukum tersebut hanya mengikat para pihak dan tidak mengikat pihak ketiga. Kekuatan pembuktian tindakan jual beli dengan akta PPAT masih terbatas di antara para pihak, sedangkan kekuatan pembuktian pendaftaran pemindahan hak selain untuk para pihak dan pihak ketiga (umum).

C. Hukum Yang Berlaku di Negeri Belanda Berdasarkan Burgerlijk Wetboek (KUHPerdato)

Di negeri Belanda, jual-beli tanah bukan merupakan perbuatan pemindahan hak, melainkan perjanjian akan menyerahkan hak. Tegasnya, jual beli tanah adalah suatu perjanjian antara penjual dan pembeli, dimana penjual **berjanji dan mengikatkan diri akan menyerahkan** hak atas tanah kepunyaannya kepada pembeli dan pembeli **berjanji serta mengikatkan diri akan membayar** harga yang disetujui bersama. Oleh karena itu disebut sebagai perjanjian obligatoir. Pada waktu selesai dilakukan jual beli, belumlah terjadi perubahan apa pun pada subjek hak atas tanah yang bersangkutan (Pasal 1493 BW).

Agar terjadi perpindahan hak dari penjual kepada pembeli, diperlukan perbuatan hukum yang lain, yaitu penyerahan yuridis (*juridische levering*)

hak atas tanah yang diperjanjikan oleh penjual kepada pembeli sebagai pemenuhan janji penjual (Pasal 1495 dan 691 BW).

Berkaitan dengan pemindahan hak karena jual-beli ini, dikenal 2 (dua) akta, yakni: (1) akta (perjanjian) jual beli; dan (2) akta transport. Pada umumnya, jual beli dilakukan di hadapan notaris, yang membuat aktanya. (Akta jual beli notariil bukan syarat bagi sahnya jual beli). Penyerahan yuridis wajib dilakukan di hadapan notaris, yang bertugas membuat aktanya. Akta tersebut disebut 'akta transport' ' Aslinya disimpan oleh notaris, sedangkan kepada pembeli diberikan 2 (dua) lembar turunannya. Turunan otentik ' akta transport itulah yang didaftarkan pada Kantor Pendaftaran. (Disebut Kantor Pejabat Penyimpan Hipotik) Didaftarkan dalam hlm. ini, diberi nomor dan tanggal pendaftaran (ditok). Dengan didaftarnya akta tersebut (dibubuhi pernyataan didaftar), pembeli menjadi pemiliknya yang baru. Satu lembar disimpan di Kantor Pendaftaran, lembar yang lain diberikan kepada pembeli selaku pemegang haknya yang baru, sebagai surat tanda bukti pemilikannya.

D. Hukum Yang Berlaku pada Pemerintah Hindia Belanda (Berkaitan dengan Tanah-tanah Barat)

Pengertian jual-beli dalam hlm. ini sama dengan pengertian jual-beli di negeri Belanda. Perjanjian jual beli itu pada umumnya dilakukan di hadapan notaris. Selanjutnya, penyerahan yuridisnya tidak dilakukan di hadapan notaris, melainkan di hadapan pejabat balik nama (*Overschrijvings Ambtenaar* disingkat OA) berdasarkan *overschrijvings ordonnande 1834*. Pasal 616 dan 620 KUHPerdara, yang isinya sama dengan bunyi pasal-pasal BW di atas, belum pernah berlaku.

Penyerahan yuridis dilakukan oleh OA dengan 'akta balik-nama. Aslinya (minut-nya) disimpan oleh OA, sedang pemilik diberi salinan resminya, yang

disebut '*grosse*' Dengan selesainya ditandatangani akta tersebut oleh penjual, pembeli, para saksi, dan OA, pembeli telah menjadi pemegang haknya yang baru. *Grosse* akta tersebut merupakan surat tanda-bukti pemilikan tanahnya. Oleh karena menggunakan asas perlekatan (*accessie*), maka dengan dijualnya tanah, bangunan dan tanaman pun ikut berpindah.

E. Di Berbagai Negara Bagian Amerika Serikat

Berbagai negara-negara Bagian di Amerika Serikat masih menggunakan *registration of deeds*.⁶⁸ Jual beli tanah '*contract of sale*' bukan merupakan perbuatan hukum pemindahan hak.

Setelah diadakan '*contract of sale*' (wajib tertulis, tetapi tidak perlu otentik), pembeli melalui orang atau perusahaan yang ahli di bidang penyelidikan berbagai dimensi yang berkaitan dengan hak atas tanah- melakukan '*title search*', dengan maksud untuk memastikan lokasi dan posisi/letak tanahnya, hak apa dan siapakah pemegang haknya. Tegasnya, penelitian yang dilakukan adalah penelitian data fisik dan data yuridisnya, yang terdapat dalam akta-akta yang bersangkutan. Penelitian dilakukan atas biaya dari calon penerima hak. Asli atau salinan akta-akta yang diteliti itu tersedia di kantor Pejabat Pendaftaran ("*Recorder*"). Hasil penelitian di atas dituangkan dalam laporan tertulis, yang disertai suatu pernyataan mengenai keadaan tanahnya.⁶⁹ Setelah itu, diadakan *foreclosur/lclosing*, yang artinya bahwa jual belinya jadi dilaksanakan. Pembeli membayar harga yang telah disetujui.

⁶⁸ Perhatikan **Economic Commission for Europe-Geneva**, *Land Administration Guidelines with Special Reference to Countries in Transition*, Penerbit United Nations, New York di Geneva, 1996, hlm.. 16, yang menyatakan: "*Under a system of registration of deeds, a copy the transfer document is deposited a deeds registry. An entry in the registry then provide evidence of the vendor's right to sell. In part of the United States of Amenca, private are operated by insurance companies that underwrite any losses that may arise through defects in the title. This is known as title insurance. Under title insurance, the purchaser pays premium to obtain the necessary guarante. If fraud takes place and a purchaser of land finds that the title is invalid the insurance company will pay compensation. This system does not however support general land management.*"

⁶⁹ Lebih lanjut perhatikan **William J. Grange dan Thomas C. Woodhury** sebagaimana dikutip Budi Harsono, *Kelemahan Pendaftaran Tanah dengan Sistem Publikasi Negatif*, Makalah disajikan pada Seminar Nasional "Sejauh Mana Kemungkinan Keefektifan Pasal 32 PP No. 24/1997 dalam mengatasi Kelemahan Pendaftaran Tanah dengan Sistem Publikasi Negatif", diselenggarakan oleh Pusat Studi Hukum Agraria Fakultas Hukum Universitas

Selanjutnya, penjual membuat surat pernyataan menyerahkan haknya kepada pembeli (*deeds of conveyance* - DOC). Akta ini memerlukan Acknowledgement (pengakuan)⁷⁰ oleh seorang notaris publik (public notary). Dengan diserahkannya DOC tersebut kepada pembeli, maka ia menjadi pemegang haknya yang baru.

DOC tersebut perlu didaftarkan di *Land Title Office* (LTO) untuk memperoleh kekuatan berlaku bagi pihak ketiga. Pendaftaran bukan menentukan saat atau merupakan syarat bagi berpindahnya hak atas tanah yang bersangkutan kepada pembeli. Dalam pada itu, pendaftaran bukan suatu kewajiban, tergantung kepada yang empunya tanah. Namun, kalau tidak atau terlambat mendaftar dan ternyata sudah ada pembeli lain yang lebih dahulu mendaftar, pemindahan haknya kepadanya yang telah dilakukan berdasarkan penyerahan DOC di atas gugur (dipandang tidak pernah terjadi). Secara visual, tatacara jual beli di negara-negara bagian Amerika Serikat ini dapat disederhanakan seperti Ragaan 6 berikut ini.

Ragaan 6

Proses Pemindahan karena Jual Beli di Amerika Serikat

Contract --> Tittel Search > Foreclosure/Deeds of --> Delivery --> Registration of deed
of sale closing conveyance

Trisakti di Jakarta, Maret 2002, 2002, hlm... 7, mengatakan bahwa kegiatan title search dilakukan oleh lawyers yang profesional, yang dikenal sebagai *title searchers*, secara perorangan atau sebagai tenaga ahli perusahaan-perusahaan yang dikenal sebagai title companies. Hasil kegiatan dituangkan dalam suatu laporan tertulis yang dikenal sebagai *abstract of title*. Selanjutnya dikatakan, biarpun dilakukan oleh seorang ahli yang profesional, tetap tidak tertutup kemungkinan terjadi kekurangan atau kekeliruan. Oleh karena itu, dalam rangka untuk memperoleh perlindungan yang lebih mantap, laporan hasil title search tersebut diasuransikan pada perusahaan asuransi yang mengkhususkan dirinya untuk keperluan itu (title insurance company). Seringkali title search dilakukan sekaligus oleh tenaga-tenaga perusahaan asuransi yang bersangkutan.

⁷⁰ Lihat **Henry Campbeli Black**, *Black's Law Dictionary Definitions of the Term and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, Edisi Keenam, Penerbit St. Paull Minn. West Publishing Co., 1990, hlm... 23, mengartikan *acknowledgement* dengan cara menyatakan "to 'acknowledge' is to admit, affirm, declare, testify,, a vow, confess or own as genuine". Selanjutnya *acknowledgement* juga diartikan sebagai "*admission or affirmation of obligation or responsibility*"

Berdasarkan ragaan di atas, dapat disampaikan lebih sederhana tahapan tatacara jual beli di kebanyakan negara-negara bagian di Amerika Serikat sebagai berikut:

- 1) Pertama-tama diadakan perjanjian jual beli yang disebut sebagai Contract of Sale (COS), tahap ini belum terjadi perubahan apa pun;
- 2) Setelah COS, calon pembeli melakukan *title-search (TS)*;
- 3) Setelah ada sertipikat sebagai hasil TS, barulah diadakan closing
- 4) Selanjutnya, penjual membuat akta yang disebut akta penyerahan hak
- 5) kepada pembeli (deeds of conveyance- DOC)
- 6) Hak baru berpindah kepada pembeli setelah DOC diserahkan kepada
- 7) pembeli (perbuatan hukum penyerahan ini disebut *delivery*);
- 8) DOC didaftarkan di Kantor Pendaftaran (LTO), sehingga perbuatan hukum jual beli itu diketahui oleh Pihak Ketiga (tidak hanya oleh Penjual dan Pembeli), DOC yang diberikan kepada pembeli itu dibuatkan fotokopinya di Kantor Pendaftaran.

F. Di Negara Australia

Australia sudah mengintroduksi sistem pendaftaran hak (*registration of title*).⁷¹ Pada sistem itu, setiap perbuatan hukum harus dibuktikan dengan akta. Kemudian, data dalam akta tersebut didaftar. Tatacaranya dapat dilihat pada Ragaan 7 berikut ini.

⁷¹ Perhatikan **Economic Commission for Europe-Geneva**, op. cit. hlm. 17, yang menyatakan: *In Australia, registration of title to land is known as the Torrens system. Many other countries operate very similar and equally effective ways of registering title to land. The Torrens system is essentially simple and relatively cheap to operate. Transfers of whole land parcels can take place without any lawyers being involved although in practice many people choose to take professional advice when dealing in land.* Sebagai contoh, di Negara Bagian Victoria misalnya, ada *THE CONVEYANCING KIT* yang menulis panduan "How to do your own Real Estate Conveyancing in Victoria", Penerbit Legal Kits of Victoria, 1997. Saran dalam KIT-ini intinya memberi nasehat kepada yang akan melakukan jual beli tanah, sehingga dengan saran tersebut dapat dilakukan tindakan aman dalam perbuatan jual beli, sehingga aman dan memuaskan.

Ragaan 7

Proses Pemindahan Hak karena Jual Beli di Australia

Contract --- > Title Search --- > Closing --- > Memorandum of --- > Registration
Of sale transfer

Ragaan di atas menunjukkan bahwa tahapan pemindahan hak berdasarkan jual beli di Australia adalah sebagai berikut:

- 1) terlebih dahulu dilakukan pejarjian jual beli (*contract of sale*);
- 2) kemudian dilakukan title search, yakni dengan mencocokkan daftar dengan sertipikat haknya pada *Land Title Office* (LTO);
- 3) dilakukan closing, yakni pembayaran harga tanah sesuai perjanjian;
- 4) membuat pernyataan (menyerahkan tanah) dari penjual; pernyataan tersebut disebut Memorandum of Transfer (MOT);
- 5) Pendaftaran (dalam hal ini MOT tersebut didaftar), dimasukkan dalam buku tanah yang disebut register, dan kemudian diterbitkan sertipikat.

Yang perlu diketahui, hak berpindah setelah selesai didaftar. Dalam itulah, pendaftaran merupakan syarat berpindahnya hak. Oleh karena itulah, sehingga dikenal *title by registration*. Sebagai negara yang menggunakan sistem publikasi positif, maka negara menjamin kebenaran **data** yang disajikan. Sistem positif mengandung ketentuan-ketentuan yang merupakan perwujudan ungkapan title by registration (dengan pendaftaran diciptakan hak), pendaftaran menciptakan suatu '**indefeasible title** (hak yang tidak dapat diganggu gugat) dan *'the register is everything* (untuk memastikan adanya suatu hak dan pemegang haknya cukup dilihat buku tanahnya). Sekali suatu hak didaftar, maka pihak lain yang dapat membuktikan bahwa dialah pemegang hak yang sebenarnya, kehilangan haknya untuk menuntut kembali tanah yang bersangkutan. Jika pendaftaran terjadi karena kesalahan pejabat pendaftaran, ia hanya dapat menuntut pemberian ganti kerugian (*compensation*) berupa uang. Untuk itu, negara menyediakan apa yang disebut suatu *assurance fund*.⁷²

⁷² **Boedi Harsono**, *Kelemahan Pendaftaran Tanah dengan Sistem Publikasi Negatif op. cit., hlm. 2*

Meskipun terjadinya peralihan pada saat pendaftaran MOT, namun jika terjadi kematian penjual (transferor) atau pembeli (*transferee*) setelah pelaksanaan (execution) MOT, maka pada prinsipnya kematian itu tidak bisa mencegah pendaftaran itu sendiri. Alasan dari prinsip itu dikemukakan oleh Isaac J. yang menyatakan: "registration is *not the act of the party; it is act of the State*. Application to register may be made by any party interested. and the death of either of both of the parties to a transfer is necessary obstacle to registration". **Douglas J. Whalan** menjelaskan prinsip di atas dengan menyatakan: *It could perhaps be argued that, as the Act provide that no instrument is effectual to pass any estate or interest in land under the Act until registration, the death of the transferor before the completion of registration would render the instrument a nullity. Serious practical difficulties could arise if this were the position. It is submitted that no reason why this is not so is that, although no statutory estate passes a registration of an instrument, rights are created in equity and the act registration merely completes the legal title in which the equitable right which exist inter partes, merge.*⁷³ Intinya, perpindahan hak dalam hal ini tetap terjadi kepada si pembeli, yakni karena *equity*.

Australia menggunakan asas perlekatan (*accessio*), oleh karena itu maka bangunan dan tanaman di atas tanah juga ikut berpindah jika dilakukan jual beli atas sebidang tanah.

Objek Pendaftaran Hak di Negara Bagian New South Wales, Australia (*interest in land*) berdasarkan Real Property Act 1900 (RPA), dibandingkan dengan Pendaftaran Tanah menurut UUPA dan PP No. 24 Tahun 1997. Pembahasan ini akan meliputi : jenis hak, penciptaannya, peralihan, pembebanan dan berakhirnya hak.

New South Wales, Australia melaksanakan pendaftaran tanah, dengan sistem yang kita kenal sebagai Registration of Title (RoT) sebagaimana yang diperkenalkan oleh W. R. Torrens, ada beberapa pembatasan juga, antara lain:

⁷³ **Douglas J. Whalan**, *The Torrens System in Australia*, Penerbit The Law Book Company

- a. Beberapa hak atas tanah tidak dapat dialihkan tanpa keterlibatan pemerintah;
- b. Perorangan yang tidak cakap hukum tidak bisa sebagai pemegang hak atas tanah, tetapi hanya bisa sebagai pemegang *equitable interest*;
- c. Ada pembatasan-pembatasan dalam penguasaan oleh orang asing, berdasarkan Foreign Acquisition and Takeover Act 1975.

MODUL 9

PENDAFTARAN TANAH SEBAGAI INSTRUMEN JAMINAN KEPASTIAN HUKUM

Setiap negara yang akna melindungi harta kekayaan warganya, terutama tanah, tentu melaksanakan apa yang disebut sebagai pendaftaran tanah. Melalui beberapa proses, pendaftaran tanah dilaksanakan untuk menjamin kepastian dan perlindungan hukum atas kepemilikan sebidang tanah, dengan hubungan hukum yang disebut sebagai hak atas tanah.

Budi Harsono⁷⁴ menjelaskan penyebutan pendaftaran tanah atau *land registration* bisa menimbulkan kesalahpahaman bahwa yang menjadi objek utama dalam kegiatan ini adalah pendaftaran tanah – bukan hak atas tanah. Memang pada tahap awalnya dimulai dari pengumpulan data fisik – pengukuran batas bidang tanah, informasi letak dan luasnya – sampai pada penyajian data yaitu daftar tanah, sehingga dikenal istilah ***kadaster (capitastrum)*** berisikan data mengenai tanah. Namun dalam proses selanjutnya juga dilakukan pengumpulan data yuridis, yang berupa hubungan hukum antara subjek dan objek tanahnya. Inilah yang akan menentukan status hukum serta hak-hak lain yang mungkin ada di atas tanah.

Dalam sistem pendaftaran yang lain dikenal **pendaftaran akta (*registrattion of deeds*)**, yang didaftar bukan tanah, bukan pula haknya, tetapi akta yang menjadikan terjadinya hak dan perbuatan hukum yang mengakibatkan beralihnya hak yang bersangkutan. Di lain pihak juga ada pendaftaran hak (***registration of title***).

Diketahui pula adanya sistem publikasi dalam pendaftaran tanah, namun tidak setiap negara melakukan pendaftaran tanah dengan sistem publikasi yang sama. Sehingga dikenal adanya dua sistem publikasi dalam pendaftaran tanah. Pertama sistem publikasi positif dan kedua sistem publikasi negatif.

Bagaimana perbedaan antara *registration of title* dengan *recording*, Parlindungan menjelaskannya dengan lugas: pendaftaran suatu alas hak (title) negara menyediakan suatu rekaman daftar umum (public record), dan orang bisa berpegang dengan daftar umum tadi.

Di lain pihak perekaman suatu akta (*registrattion of deed*), yaitu menyediakan suatu perekaman perbuatan hukum dan lain-lain upaya tanpa suatu jaminan akan alas hak tersebut, menyerahkan kepada pembeli dan orang lain yang berkepentingan untuk menyimpulkan sendiri akibatnya pada alas hak tersebut.

⁷⁴ Budi Harsono, *Ibid.* hlm. 74.

Dalam Torrens Title kepemilikan (*ownership of land*) dibuktikan dengan selembar dokumen namanya *folio of Register*. Folio of Register -di dalamnya terekam informasi antara lain: uraian yuridis bidang tanah, rincian kepemilikan dan rincian mengenai berbagai perbuatan hukum yang berpengaruh pada hak atas tanah, misalnya mortgage, lease, covenants, easements dan hak untuk lewat.⁷⁵

Fee simple, fee tail dan life estate adalah freehold estate. Tentang property, kebanyakan negara memberdakan menjadi dua hal yaitu: *immovable* atau benda tidak bisa dipindahkan (tidak bergerak) misalnya hak atas tanah dan *movable* (benda bergerak) harta kekayaan selain yang tidak bergerak. Di Inggris pembedaan tersebut ialah: *real property* (benda tidak bergerak) dan *personal property* (benda tidak bergerak).

HAK ULAYAT DALAM POLITIK HUKUM TANAH NASIONAL⁷⁶

Membaca Pasal 3 UUPA tanpa menyadari hubungan fungsional antara Hukum Adat dengan Hukum Tanah Nasional (HTN) akan menimbulkan kesan bahwa secara materiel Hak Ulayat tunduk pada rezim pengaturan UUPA sebagai hukum positif. Dengan pemahaman yang seperti itu, wajar timbul kesan seolah-olah pengakuan UUPA terhadap Hak Ulayat adalah sekedar

⁷⁵ Land Title Office. *Guide to the Records of the Land Title Office*. Sydney 2000.

basa-basi. Akibatnya, ada komentar yang mengatakan bahwa sikap Pasal 3 UUPA terhadap Hak Ulayat ialah "mengakui untuk tidak dilaksanakan" Alasannya, Pasal 3 UUPA tidak ditindaklanjuti dengan pengaturan penjabaran yang lebih operasional.

Boedi Harsono berpendapat bahwa pernyataan UUPA menyatakan bahwa HTN 'berdasarkan' Hukum Adat dan HTN 'ialah' Hukum Adat, menunjukkan adanya hubungan fungsional antara Hukum Adat dan HTN. HTN 'berdasarkan' Hukum Adat berarti bahwa dalam **pembangunan HTN**, Hukum Adat berfungsi sebagai **sumber utama** dalam pengambilan bahan-bahan yang diperlukan; sedangkan pernyataan HTN 'ialah' Hukum Adat mengandung makna bahwa dalam hubungannya dengan HTN positif, norma-norma Hukum Adat berfungsi sebagai **hukum yang melengkapi**.⁷⁷

Sikap untuk tetap menggunakan Hukum Adat sebagai pelengkap HTN adalah suatu hal yang realistis. Disadari bahwa pembangunan HTN merupakan proses jangka panjang, sementara tindakan-tindakan hukum berkaitan dengan tanah tetap berlangsung.

Dalam hal tindakan-tindakan hukum itu belum diatur oleh HTN positif (yang tertulis), maka untuk mencegah kevakuman hukum, berlakulah hukum-hukum positif yang tidak bersumber pada peraturan perundang-undangan, melainkan bersumber pada hukum tidak tertulis, seperti Hukum Adat. Pemberlakuan Hukum Adat sebagai hukum positif bisa juga karena basis sosial yang membutuhkan memang masih lebih tepat menggunakan hukum yang tradisional daripada hukum modern. Selain itu, Hukum Adat sebagai hukum positif yang melengkapi norma-norma HTN

⁷⁶ tulisan ini merupakan penyempurnaan tulisan penulis yang pernah dipublikasi dalam Majalah Sekolah Tinggi Pertanahan Nasional, Yogyakarta, Widya Bumi Edisi 2/Tahun I/Julai 2000.

⁷⁷ **Boedi Harsono**, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid 1 Hukum Tanah Nasional, Cetakan Kedelapan, (Edisi Revisi), Penerbit Djambatan, Jakarta, 1999, hlm. 201-202.

mungkin karena tingginya pluralisme masyarakat pengguna hukum tanah sesuai dengan ragam suku bangsa di Indonesia.

Bagi penulis, meskipun unifikasi hukum merupakan salah satu tujuan penyusunan UUPA, bukan berarti bahwa UUPA sama sekali menutup pintu terhadap pluralisme hukum. Misalnya, jika faktor sosial-kultural suatu daerah masih sangat kuat sehingga masalah pertanahan tertentu masih dirasa lebih adil dengan ketentuan hukum lokal tersebut, maka kiranya hukum lokal itulah untuk sementara yang masih tetap berlaku.

Tegasnya, jika kondisi lokal tertentu memang betul-betul masih membutuhkan, maka ketentuan Hukum Adatlah yang kiranya digunakan sebagai pelengkap HTN positif (yang tertulis). Hal itu yang tampak secara implisit antara lain dalam ketentuan Pasal 3, 5, 22, 56, dan 58 UUPA. Dalam perspektif Yang demikian, jelas kiranya bahwa hukum materiel (substantive law)⁷⁸ dari Hak ulayat adalah Hukum Adat. Oleh karena itu, penulis berasumsi bahwa ketentuan Pasal 3 UUPA yang hanya mengakui Hak Ulayat sebagai hubungan hukum dan bukan sebagai lembaga hukum, berpangkal dari pemikiran aliran realisme hukum (**legalrealism**) yang mengharapakan UUPA sebagai *a tool of social engineering*. Sikap yang seperti itu diambil karena merasa yakin bahwa hakikat Hak Ulayat sebagai hak komunal secara bertahap sesuai dengan perkembangan peradaban masyarakat hukum adat akan mengalami proses individualisasi. Artinya, sesuai dengan kebutuhan masyarakat hukum adat, hak-hak komunal itu secara gradual akan menjadi hak-hak individual. Kiranya, jalan pemikiran jugalah yang menyebabkan sehingga UUPA membiarkan pengaturan Hak Ulyat secara materiel tetap berlangsung menurut Hukum Adat.

Lebih tegas Boedi Harsono mengatakan mengatakan:

*"Sengaja UUPA tidak mengadakan pengaturan dalam bentuk peraturan perundangan mengenai Hak Ulayat, dan membiarkan pengaturannya tetap berlangsung menurut Hukum Adat setempat. Mengatur Hak Ulayat menurut perancang dan pembentuk UUPA akan berakibat **menghambat perkembangan alamiah Hak Ulayat**, yang pada kenyataannya memang cenderung melemah. Kecenderungan tersebut*

⁷⁸ **Perhatikan Hendry Campbell Black**, op. cit., hlm.. 1429, yang menjelaskan bahwa substantive law adalah *"that part of law which creates, defines, and regulates rights.*

dipercepat dengan membikin bertambah kuatnya hak-hak individu, melalui pengaturannya dalam bentuk hukum yang tertulis dan penyelenggaraan pendaftarannya yang menghasilkan surat-surat tanda pembuktian haknya. Melemahnya atau bahkan menghilangnya Hak Ulayat, diusahakan penampungannya dalam rangka pelaksanaan Hak Menguasai dari Negara, yang mencakup dan menggantikan peranan Kepala Adat dan para tetua adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan dalam hubungannya dengan tanah-tanah yang sudah dihaki secara individual oleh para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan, seperti halnya tanah-tanah daerah lain."⁷⁹

Imbas dari tuntutan 'reformasi' mendesak penyelenggara pemerintahan di bidang keagrariaan/pertanahan untuk mengeluarkan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Peraturan ini pada hakikatnya menegaskan⁸⁰ kriteria eksistensi Hak Ulayat dan penentuan keberadaan Hak Ulayat. Sesuai dengan semangat desentralisasi yang dibawakan oleh UU No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah ditegaskan bahwa penelitian dan penentuan masih adanya Hak Ulayat dilakukan oleh Pemerintah Daerah⁸¹ dengan mengikutsertakan para pakar Hukum Adat, masyarakat hukum adat yang ada di daerah yang bersangkutan, Lembaga Swadaya Masyarakat dan instansi-instansi Yang mengelola sumber daya alam.

Meskipun penerbitan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No. 5 Tahun 1999 tidak merubah dasar hukum materiel Hak Ulayat, tidak dapat dipungkiri bahwa kehadirannya dapat dikatakan memperkuat *Political will* pemerintah untuk mengakui Hak Ulayat sebagaimana secara normatif sudah dinyatakan di dalam Pasal 3 UUPA. Melalui Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No. 5 Tahun 1999 ini, tanggungjawab untuk mengatur lebih lanjut dan menata Hak Ulayat, sesuai dengan otonomi daerah sudah berada di tangan Pemerintah Daerah. Hal itu kemudian ditegaskan oleh Keppres No. 34 Tahun 2003 yang antara lain menyatakan bahwa 'penetapan

⁷⁹ **Boedi Harsono.** Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Agraria, Isi dan Pelaksanaannya, 1999, op. cit., hlm. 193.

⁸⁰ Kata 'menegaskan' sengaja digunakan untuk menandakan sikap penulis bahwa hukum materiel dari Hak Ulayat adalah Hukum Adat. Jadi, tidak serta merta ditemukan dalam peraturan Menteri Negara/Kepala BPN No. 5 Tahun 1999 tersebut.

⁸¹ Lihat ketentuan Pasal 5 ayat (1) Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No. 5 Tahun 1999.

dan penyelesaian masalah tanah ulayat' dilaksanakan oleh Pemerintah Kabupaten/Kota.⁸² Dapat diterima akal, jika kewenangan untuk 'penetapan dan penyelesaian masalah tanah ulayat' dilaksanakan oleh Pemerintah Kabupaten/Kota, oleh karena secara asumptif dapat dikatakan bahwa terdapat variasi Hak Ulayat antara suatu daerah dengan daerah lainnya. Pelaksanaan masalah tanah ulayat oleh Pemerintah Daerah itu juga selaras dengan titik berat otonomi daerah yang berada di tangan Pemerintah Kabupaten/Kota.

Dalam pada itu, jika negara ini masih konsisten sebagai negara yang berbentuk unitarisme (negara kesatuan), kiranya arah politik hukum⁸³ tanah nasional yang bertujuan membangun unifikasi hukum tanah di Indonesia berdasarkan konsepsi (falsafah), asas dan lembaga hukum adat yang bersifat nasional, **masih tetap dapat dipertahankan** seperti yang diharapkan Tap MPRS No. II/MPRS/1960 dan diputuskan di dalam Seminar "Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional" yang diselenggarakan di Yogyakarta tahun 1975. Hal yang perlu direformasi dari politik hukum tanah sebelumnya adalah suatu sikap yang memandang rendah norma-norma Hukum Adat yang secara faktual masih merupakan kesadaran hukum dari suatu masyarakat tertentu.

⁸² Perhatikan Pasal 2 ayat (1) Keppres No. 34 Tahun 2004 yang menyatakan **bahwa sebagian** kewenangan Pemerintah (Pemerintah Pusat maksudnya: penulis) di bidang pertanahan **dilaksanakan** oleh Pemerintah Kabupaten/ Kota. Selanjutnya, ayat (2) dari Pasal 2 Keppres di atas merinci kewenangan yang dilaksanakan oleh Pemerintah Kabupaten/kota, yaitu:

- a. pemberian ijin iokasi;
- b. penyelenggaraan pengadaan tanah untuk kepentingan pembangunan;
- c. penyelesaian sengketa tanah garapan
- d. penyelesaian masalah ganti kerugian dan santunan tanah, untuk pembangunan
- e. penetapan subjek dan objek redistribusi tanah, serta ganti kerugian tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee
- f. penetapan dan penyelesaian masalah tanah ulayat
- g. pemanfaatan dan penyelesaian masalah tanah kosong
- h. pemberian ijin membuka tanah
- i. perencanaan penggunaan tanah wilayah Kabupaten/kota
- j.

⁸³ Pengertian politik hukum tanah dalam tulisan ini berpangkal pada pengertian politik hukum yang dikemukakan oleh M. Solly Lubis, *Serba serbi Polilik dan Hukum*, Penerbit Mandar Maju, Bandung, 1989, hlm. 100, yang menyatakan bahwa politik hukum adalah kebijakan politik **yang menentukan aturan hukum** apa yang sebenarnya berlaku mengatur berbagai hal kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Untuk mengetahui hal-hal/segi-segi hukum yan ditentukan dalam politik hukum, dapat dilihat pada rumusan Padmo Wahyono, *Pendidikan ringgi Hukum di Indonesia*, Penerbitan Bersama Firma Wijaya dan Yayasan Tritura '66, Jakarta, 1989, hlm. 36, yang menyatakan bahwa politik hukum adalah **kebijakan dasar yang menentukan arah, bentuk** maupun **isi hukum** yang akan dibentuk. Ditegaskan pula olehnya bahwa politik hukum adalah mengenai nilai-nilai, penentuannya, pengembangannya, dan pemberian bentuk hukumnya. Oleh karena itu, dapat ditegaskan bahwa masalah politik hukum adalah juga masalah derivasi nilai.

Pelecehan itu harus diganti dengan kebijakan penghormatan terhadap norma hukum tradisional itu sebagai bagian tidak terpisahkan dari norma HTN positif (tertulis). Norma HTN sebagai produk hukum negara tidak boleh mengkooptasi norma Hukum Adat, karena memang Hukum Adat bukan subordinasi dari norma HTN sebagai produk hukum negara. Posisi norma Hukum Adat 'sama berharganya' dengan produk hukum negara. Dalam pemahaman seperti itulah kiranya diartikan 'Arah Kebijakan Hukum' GBHN 1999-2004 Bab IV A.2. yang akan menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui hukum agama dan hukum adat. Sikap yang demikian itu pulalah yang mendasari Badan Pembinaan Hukum Nasional yang menjadikan wawasan pembangunan hukum meliputi: wawasan nusantara, wawasan kebangsaan, dan wawasan bhineka tunggal ika secara simultan.⁸⁴

Memberi penghargaan yang sama terhadap norma HTN sebagai produk hukum negara dengan produk hukum adat tidak perlu berarti bahwa kebijakan hukum nasional akan berubah dari cita-cita unifikasi hukum ke arah pluralisme hukum atau pengkotak-kotakan pengguna hukum sebagaimana politik hukum kolonial yang digariskan pada Pasal 131 jo 163 IS.

Sebagai produk hukum kolonial, kebijakan pluralisme dan pengkotak-kotakan hukum oleh pemerintahan kolonial tidak terlepas dari taktik politik *divide et impera*. Secara hipotetis dapat dikatakan bahwa pluralisme hukum pada waktu itu digunakan sebagai sarana untuk memecah belah Bangsa Indonesia. Penulis berpendirian bahwa tuntutan reformasi yang menginginkan pemerintahan yang demokratis melalui pemberdayaan masyarakat dan daerah seyogianya tidak meninggalkan cita-cita unifikasi hukum, apalagi untuk hukum dalam bidang kehidupan netral, melainkan meningkatkan perhatian dan pengakuan akan eksistensi norma produk hukum masyarakat (norma hukum kebiasaan dan hukum adat). Artinya, ketika melakukan pembangunan hukum nasional, konsepsi (falsafah), asas, dan lembaga hukum

⁸⁴ **Badan Pembinaan Hukum Nasional**, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum* Penerbit BPHN-Depkeh, 1995, hlm. 30-32.

adat harus sungguh-sungguh dijadikan sebagai bahan utama pembangunan hukum, namun dengan tetap memperhatikan kecenderungan globalisasi di bidang hukum. Selanjutnya, jika kesadaran hukum masyarakat masli memandang hukum adatnyalah yang lebih tepat sebagai kebutuhannya, maka norma-norma hukum adat yang akan digunakan sebagai hukum positif. Keberadaannya merupakan bagian yang setara dengan produk hukum negara. Berarti, keduanya merupakan unsur yang terintegrasi dalam suatu sistem hukum nasional. Oleh karena itu, pemerintah tidak perlu memaksakan kehendaknya untuk memberlakukan produk hukum negara.

Bagaimanakah bentuk dan isi hukum dari aturan yang mengatur Hak Ulayat. Apakah keberadaan Hak Ulayat yang tunduk pada pengaturan Hukum Adat tetap dibiarkan berlangsung tanpa bimbingan pemerintah? Tidakkah tetap dibutuhkan peran pemerintah (karena memang masyarakat hukum adat sebagai subjek Hak Ulayat berada di dalam suatu negara) untuk mengakui dan menghormati Hak Ulayat sebagai lembaga penguasaan tanah dari masyarakat bersahaja Bangsa Indonesia?

NATIVE TITLE di AUSTRALIA

Negara Australia, meskipun merupakan salah satu negara yang pada mulanya tidak mengakui hak-hak asli dari masyarakat tradisional di negaranya, akhir-akhir ini secara intensif mulai menata hak-hak tradisional tersebut. Di tingkat pemerintahan federal misalnya, hak-hak asli itu diatur dalam Native Title Act 1993 (Cth)⁸⁵ yang efektif operasional sejak 1 Januari 1994. Peraturan ini merupakan respon terhadap putusan *High Court Queensland* 1992 yang berpendapat bahwa implikasi dari *Racial Discrimination Act* 1975 yang menentukan, "tidak seorang pun boleh memperlakukan orang-orang dari satu ras berbeda dengan orang-orang dari ras lain". adalah kesetaraan hak-hak komunitas pribumi Australia dengan hak-hak lain yang lahir dari Hukum Inggris. Tegasnya, *Native Title Act 1993 (Cth)* melindungi

⁸⁵ Meskipun sistem hukum tanah negara-negara pemerintahan federal tunduk pada peraturan dari negara-negara bagian (*states*), kehadiran *Native Title Act 1993 (Cth)* merupakan bukti t)ahwa tingkat pemerintahan federal Australia pun mengakui dan melindungi hak-hak aslinya.

hak-hak penduduk pribumi Australia Yang sudah ada sebelum kolonisasi Inggris. *Native Title Act 1993 (Cth)* direspon oleh Negara Bagian New South Wales dengan menetapkan *Native Title Act 1994 (NSW)*. Undang-undang tingkat negara bagian ini berisi ketentuan yang lebih rinci mengenai penentuan keberadaan hak-hak asli di negara bagian itu.

Penanganan Native Title

Tulisan ini disarikan dari bahan kuliah Land Registration di New South Wales University, Sydney, Australia, Tahun 1998.⁸⁶ Menurut Pengadilan Tinggi pada kasus *Mabo v Queensland (No. 2) (1992) 66 ALJR 408*, *native title* mencerminkan adanya hak atas masyarakat asli atas tanah tradisional mereka sehubungan dengan hukum dan budaya mereka.

Dengan demikian, bisa dikatakan bahwa tidak akan ada *native title* tanpa dihubungkan dengan tanah yang mereka diami. Namun kualitas hubungan tersebut tergantung pada kepentingan masyarakat yang bersangkutan akan tanah. Hubungan masyarakat dengan tanah secara tradisional harus sudah ada pada waktu lampau, yang tidak jelas kapan dimulai.

Perubahan yang terjadi pada hukum tradisional dan budayanya selama bertahun-tahun pada masyarakat Aborijin yang berkaitan dengan tanah, tidak akan menghapus hak mereka atas tanah yang secara tradisionalnya mereka kuasai. Akan tetapi jika suatu clan atau suku kemudian melepaskan hukum dan budayanya yang berhubungan dengan tanah, atau melepaskan tanahnya, sebagai akibatnya maka hak tradisional tadi menjadi hapus. Sekali *native title* lepas, maka tidak akan bisa dimunculkan lagi.

Pengakhiran Native Title

⁸⁶ Frank Tieuce. Bahan Bacaan Kuliah "Land Registration" di UNSW University. Sydey Australia. 1998.

Setiap pemberian atas tanah oleh raja (negara) atau pengasingan tanah dengan status native title yang berakibat pada terputusnya penguasaan native title, maka native title tersebut akan hapus.

Pemberian Raja (negara) dengan fee simple di atas native title akan mengakhirkan native title tersebut, karena keberlangsungan native title kemudian terputus.

Kiranya bisa dibandingkan dengan pelepasan tanah ulayat di Minangkabau oleh Ninik mamak atau kepala adat kepada negara, yang kemudian tanah tersebut diberikan Hak guna usaha kepada pihak lain, maka tanah ulayat tersebut akan hapus, walaupun HGU yang bersangkutan sudah berakhir jangka waktunya, karena eks HGU tersebut akan menjadi tanah negara, bukan kembali menjadi tanah ulayat.

Penentuan Native Title

Menjadi pertanyaan bagi kita bagaimana menentukan ada tidaknya native title disuatu wilayah tertentu. Berdasarkan Native Title Act 1993 (Cth) diatur secara formal proses penentuan adanya native title. Menurut Undang-undang tersebut, prosedur untuk menentukan keberadaan native title dimulai dengan suatu permohonan kepada Dewan Hak Ulayat Nasional (*National Native Title Tribunal*). Permohonan tersebut bisa berupa suatu "*claimant application*" yaitu suatu tuntutan yang diajukan oleh perorangan yang menuntut native title. Tuntutan yang lain juga mungkin "*non-claimant application*" yaitu suatu permohonan yang diajukan oleh perorangan, ia tidak menuntut native title, namun ia inginkan suatu jawaban terhadap kejelasan status native title. Dewan tersebut kemudian dapat membuat suatu pemastian apabila tidak ada keberatan dari pihak yang mungkin berlawanan, atau para pihak kemudian mencapai suatu kesepakatan. Kemudian keputusan terakhir diajukan pada Peradilan Federal.

Bandingkan dengan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Dalam ketentuan umum Pasal 1 angka 1 pengertian lingkungan hak ulayat; angka 2 mengenai tanah ulayat, serta angka 3 mengenai masyarakat hukum adat. Sedangkan Pasal 6 mengatur: penelitian dan penentuan masih ada atau tidaknya hak ulayat dilaksanakan oleh Pemerintah Daerah setempat, dengan mengikutkan para pakar hukum adat, masyarakat hukum adat yang bersangkutan dan juga dari lembaga swadaya masyarakat serta instansi yang mengelola sumber daya alam.

Pelaksanaan hak ulayat tidak dimungkinkan lagi (Pasal 2) dalam hal bidang tanah yang bersangkutan:

- a. sudah dipunyai oleh perorangan atau badan hukum dengan sesuatu hak atas tanah menurut UUPA;
- b. merupakan bidang tanah yang sudah diperoleh atau dibebaskan oleh instansi Pemerintah, badan hukum atau perorangan sesuai ketentuan dan tata-cara yang berlaku.

Yang dapat dipelajari dari sistem hukum tanah Australia tersebut adalah sebagai berikut. Pertama meskipun hak-hak asli pada hakikatnya tetap tunduk pada rezim pengaturan hukum adat masyarakat asli tersebut, tidak berarti pemerintah suatu negara kehilangan hak konstitusionalnya untuk menata hak-hak asli tersebut. **Kedua**, dengan motivasi demi kesejahteraan seluruh warganegaranya tanpa diskriminasi, pemerintahan negara menggunakan hak konstitusional tersebut untuk menata hak-hak asli masyarakatnya lewat perundang-undangan yang diproduksi oleh negara.

Di Indonesia, pengakuan keberadaan Hak Ulayat sesungguhnya secara tegas telah dimulai sejak diundangkannya UUPA tahun 1960. Namun, peraturan yang lebih rinci mengenai tatacara penentuannya tidak berusaha diformulasikan dalam bentuk peraturan yang lebih operasional. Alasannya, karena Hak Ulayat sebagai hak komunal secara alami akan mengalami proses

individualisasi. Oleh karena itu, proses individualisasi itu dibiarkan berjalan sebagaimana adanya. Ironisnya, ketika tanah-tanah ulayat itu dibutuhkan untuk kepentingan investor, terdapat kesan yang kuat bahwa penguasa memberikan dukungan dengan alasan pembangunan. Para investor yang diharapkan sebagai Pahlawan Kemakmuran" diberi berbagai fasilitas untuk memperoleh Hak Ulayat dari masyarakat hukum adat. Konsekuensi logisnya, posisi para subjek Hak Ulayat menjadi terpinggirkan. Artinya, Hak Ulayat bukan mengalami proses individualisasi dari hak komunal menjadi hak-hak individual kepada para anggota masyarakat hukum adat itu sendiri. Fakta selalu menunjukkan semakin lama semakin terasa pula terjadinya *dislandowning process*. Padahal, bagi masyarakat hukum adat, kehilangan tanah ulayatnya dapat dikatakan pula sebagai kehilangan kehidupannya. Sebab, bukankah hakikat ulayat merupakan'ingkungan pemberi kehidupan (*lebensraum*) bagi masyarakat hukum adat?

Di Papua Nugini, pengakuan dan penghormatan Hak Ulayat oleh pemerintah ditunjukkan dengan mengkonkritkan kebijakan proses individualisasi tanah ulayat menjadi tanah-tanah perorangan. Tahapnya ada tiga tingkatan: *communal land*, *cognatic land*, dan *individual land*. Ada semacam bimbingan dari pemerintah untuk memuluskan proses individualisasi itu kepada para anggota masyarakat hukum adat itu sendiri.

Kebijakan untuk membantu proses individualisasi tanah komunal seperti di Papua Nugini mungkin tidak sepenuhnya dapat dilakukan di Indonesia, oleh karena mungkin ada saja demi kepentingan bersama masyarakat hukum adat itu sendiri masih memandang perlu agar sebagian dari tanah komunal itu tetap dibiarkan dalam bentuk penguasaan bersama (bukan pemilikan individual secara bersama-sama). Dalam keadaan dimana para anggota masyarakat itu masih tetap menginginkan keberadaan Hak Ulayat tetap sebagai komunal, kiranya sudah selayaknya mewacanakan kemungkinan "pendaftaran" Hak Ulayat sebagai asset masyarakat hukum adat. Namun berdasarkan pengalaman Papua Nugini di atas, sekiranya tanah tanah komunal (tanah ulayat) itu mempunyai indikasi diinginkan oleh para anggota masyarakat hukum adat menjadi tanah individual, maka tindakan pemerintah

pun seyogianya perlu mendukung proses individualisasi tanah komunal tersebut, agar proses individualisasi Hak Ulayat itu benar-benar berlangsung kepada anggota masyarakat hukum adat itu sendiri.

DAFTAR PUSTAKA

van Apeldoorn, L.J., 1962, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kesembilan, Penerbit Noor Komala d/h Noordhoff-Kloff N.V., Jakarta.

Butt. Peter, 1996, *Land Law*, Edisi Ketiga, Penerbit LBC Information Services, Sydney, Australia.

Campbell, Henry Black, 1990, *Black's Law Dictionary Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, Edisi Keenam, Penerbit St. Paul Minn. West Publishing Co.

Chappelle, Diane, 1995, *Land Law*, Edisi Kedua, Penerbit Pitma Publishing, London.

van Dijk, tanpa tahun, *Pengantar Hukum Adat*, Cetakan Ketiga, Penerbit Vorkink-van Hoeve, Bandung.

Economic Commission for Europe-Geneva, 1996, *Land Administration Guidelines with Special Reference to Countries in Transition*, Penerbit United Nations, New York dan Geneva.

Forbes, J R S dan A G Lang, 1987, *Australian Mining & Petroleum Laws*, Edisi Kedua, Penerbit Butterworths, Sydney Melbourne-Brisbane-Adelaide-Perth-Canberra- Hobart, Australia.

ter Haar, 1958, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat (Beginselen en stelsel van het Adatrecht)*, Diterjemahkan oleh K.Ng. Soebakti Poesponoto, Penerbit Negara Pradnja Paramita Djakarta.

Harsono, Boedi, 1999, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, isi dan Pelaksanaannya*. Jilid I Hukum Tanah Nasional, Cetakan Kedelapan, (Edisi Revisi), Penerbit Djambatan, Jakarta.

2002, *Kelemahan Pendaftaran Tanah dengan Sistem Publikasi Negatif*, Makalah disajikan pada Seminar Nasional "Sejauh Mana Kemungkinan Keefektifan Pasal 32 PP 24/97 dalam Mengatasi Kelemahan Pendaftaran Tanah dengan Sistem Publikasi Negatif, Diselenggarakan oleh Pusat Studi

Hukum Agraria Fakultas Hukum Universitas Trisakti di Jakarta, tanggal 20 Maret 2002.

2003, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Cetakan Kesembilan (Edisi Revisi), Penerbit Djambatan, Jakarta.

2003, *Menuju Penyempumaan Hukum Tanah Nasional dalam hubungannya dengan Tap MPR RI IX/MPR/2001*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta.

Hartono, Sunarjati, 1991, *Kapita Selekta Perbandingan Hukum*, Cetakan Ketuju, Penerbit PE Citra Aditya Bakti, Bandung.

Konsorsium Ilmu Hukum, 1992, *Kumpulan Makalah Indonesian/Asean and Canadian Workshop on Legal Education*, yang diselenggarakan Konsorsium Ilmu Hukum Indonesia dan Fakultas Hukum Universitas Victoria, B.C. Canada, di Hotel Pangrango, Bogor pada tanggal 16-18 Juni 1992.

Legal Kits of Victoria, 1997, *THE CONVEYANCING KIT-HOW to do your own Real Estate Conveyancing in Victoria*, Penerbit Legal Kits of Victoria.

Lubis, Solly M, 1989, *Serba-serbi Politik dan Hukum*, Penerbit Mandar Maju, Bandung.

Rajagukguk, Erman, 2001, *Globalisasi Hukum dan Kemajuan Teknologi: Implikasinya Bagi Pendidikan Hukum dan Pembangunan Hukum Indonesia*, Pidato pada Dies Natalis Universitas Sumatera Utara, Medan, pada tanggal 20 Nopember 2001.

Seidman, Robert B., 1978, *The State, Law and Development*, Penerbit St. Martin's Press, New York, USA.

Soesangobeng, Herman, 1998, *Filosofi Adat dalam UUPA*, Makalah dipresentasikan dalam Sarasehan Nasional "Peningkatan Akses Rakyat Terhadap Sumberdaya Tanah, Diselenggarakan oleh Kantor Menteri Negara Agraria/BPN bekerjasama dengan ASPPAT, di Jakarta, tanggal 12 Oktober 1998.

Soepomo, R. 1963, *Hubungan Individu dan Masvarakat dalam Hukum Adat*, Penerbit Gita Karya Kebon Siruh 46, Djakarta.

Sumantri, Arie Sukanti, 2003, *Konsepsi yang Mendasari Penyempurnaan Hukum Tanah Nasional*, Pidato Pengukuhan Guru Besar

Tetap dalam Ilmu Hukum Agraria pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, tanggal 17 September 2003.

Tooher, J.G., BM Dwyer, dan GL Teh, 1997, *Intrduction to Property Law*, Edisi Ketiga, Penerbit Butterworths, Sydney-Adelaide Brisbane - Canberra-Melboure-Perth.

Utrecht E, 1966 *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Cetakan Kesembilan, PT Penerbit "Universitas", Jakarta.

Wahyono, Padmo, 1989, Pendidikan Tinggi Hukum di Indonesia, Penerbitan Bersama Firma Wijaya dan Yayasan Tritura '66, Jakarta.