

**PEMBERIAN KONSESI PENGELOLAAN
SUMBER DAYA ALAM OLEH PEMERINTAH
KEPADA INVESTOR DI ATAS TANAH
MASYARAKAT HUKUM ADAT**
**Granting of Natural Resources Management
Concessions by the Government to Investors on
Costumary Law Community Land**

Iwan Erar Joesoef

Fakultas Hukum Universitas Pembangunan Nasional “Veteran” Jakarta
ivan.erar@upnvj.ac.id

Received 20-05-2020; Revised 11-09-2021; Accepted 11-09-2021

<https://doi.org/10.25216/jhp.10.3.2021.361-379>

Abstract

The granting of concession licenses by the government to investors has caused many land conflicts between concession holders (investors) and customary law communities. Conflict data recorded by the National Commission on Human Rights, the Indigenous Peoples Alliance of the Archipelago and Sawit Watch have reached 500-800 cases of land conflicts between these investors and indigenous peoples. With regard to these conflicts, the Indonesian Constitutional Court has issued a ruling namely in Decision of the Constitutional Court No. 35 / PUU-X / 2012 which decides that the existence of customary forests is no longer included as part of state forests. This means that the Government must recognize the existence of customary land that is not state land. How government policies in granting concession licenses to investors who will manage natural resources on customary land whilst keep respecting to local customary law. This conceptual writing research is a juridical normative with a theoretical approach conducted by Lon L. Fuller, which states that written law that is not based on customary law of which has undergone filtering, will not have a strong social basis and become an ineffective law and result in deterioration legal authority. It is hoped that the results of this study will provide input to government the right to control the state to exercise its authority in accordance with the constitution, especially in making policies in granting concessions on the use of natural resources on customary land to investors, without causing legal conflicts with the Customary Law Community.

Keywords: *concession; natural resources; ancestral-land.*

Abstrak

Pemberian konsesi oleh pemerintah kepada investor telah menimbulkan banyak konflik pertanahan antara para investor pemegang konsesi dengan masyarakat hukum adat. Data konflik yang telah dicatat oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Aliansi Masyarakat Adat Nusantara maupun Sawit Watch telah mencapai 500-800 kasus konflik tanah antara para investor tersebut dan masyarakat hukum adat. Terhadap konflik tersebut Mahkamah Konstitusi Indonesia kemudian telah ada putusan yaitu dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012 yang memutuskan bahwa eksistensi hutan adat tidak lagi masuk sebagai bagian dari hutan negara. Artinya Pemerintah harus mengakui eksistensi tanah adat bukan merupakan tanah negara. Bagaimana kebijakan pemerintah dalam memberikan izin konsesi kepada para investor yang akan mengelola sumber-sumber daya alam dan mineral di atas tanah adat dengan tetap menghargai hukum adat setempat. Penelitian dalam penulisan konseptual ini adalah normatif yuridis dengan pendekatan teori Lon L. Fuller yang menyatakan bahwa hukum tertulis yang tidak didasarkan pada hukum adat yang telah mengalami saringan, tidak akan mempunyai basis sosial yang kuat dan menjadi hukum yang tidak efektif serta mengakibatkan merosotnya wibawa hukum. Harapannya hasil kajian ini memberi masukan kepada pemerintah yang memiliki Hak Menguasai Negara dapat melakukan kewenangannya sesuai konstitusi khususnya dalam membuat kebijakan pemberian konsesi pemanfaatan sumber daya alam di atas tanah adat kepada investor, tanpa menimbulkan konflik hukum dengan Masyarakat Hukum Adat.

Kata kunci: izin konsesi; sumber daya alam; tanah adat.

PENDAHULUAN

Latar Belakang

Interaksi Masyarakat Hukum Adat (MHA) dan Tanah Adat memiliki hubungan yang holistik yang artinya sebagai eksistensi diri, kohesi sosial, akar kultural dan aset ekonomi. Di samping itu juga bermakna *religio magis* yang artinya tanah adalah pemberian Tuhan yang harus dijaga dan dipelihara sebaik-baiknya.¹ Pemerintah melandasi

¹ Sukirno, (2018). *Politik Hukum Pengakuan Hak Ulayat*, Jakarta: Prenadamedia, h.2.

kebijakannya berdasarkan Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA). Dalam pelaksanaannya, banyak terjadi sengketa terkait Tanah Adat,² dan ini memberi dampak konflik antara MHA dengan perusahaan-perusahaan besar bahkan perusahaan multinasional.

Beberapa kasus sengketa Tanah Adat dapat dilihat dari dampak peraturan-peraturan yang dibuat Pemerintah seperti yang terkait Tata Guna Hutan Kesepakatan (TGHK) Kementerian Kehutanan yang telah menetapkan sekitar 133,7 juta hektar daratan Indonesia sebagai kawasan hutan. Klaim sebagai hutan Negara ini akan memudahkan Pemerintah mendapatkan dana segar dari pemberian izin konsesi terkait pemanfaatan hutan. Pemanfaatan hutan ini lebih banyak digunakan untuk perkebunan kelapa sawit dan pertambangan. Akibat kebijakan tersebut timbul banyak kasus sengketa antara MHA dan badan usaha pemilik modal termasuk badan usaha milik negara. Berdasarkan data dari Komnas HAM, Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) dan Sawit Watch mencapai sekitar 500-800 kasus.³

Hak Menguasai Negara (HMN) pada umumnya dilimpahkan kepada perusahaan-perusahaan berskala besar dan badan-badan usaha milik negara (BUMN) tanpa berkonsultasi dan tanpa persetujuan dari penduduk lokal atau MHA. Pelimpahan hak atas tanah ini dalam bentuk izin konsesi kepada perusahaan-perusahaan besar dan BUMN berakibat akumulasi modal dan kekayaan penerima konsesi atas sumber daya alam (SDA) semakin berkembang. Mereka menjadi lebih dominan sedangkan MHA terpinggirkan atau termarginalisasi. Hal ini karena MHA belum tentu ikut merasakan keuntungan yang dinikmati perusahaan-perusahaan besar dan BUMN tersebut. Mereka mendapat prioritas dengan izin konsesi untuk pengelolaan SDA yang menguntungkan, sedangkan

² Iwan Erar Joesoef, *Gagasan Perwakilan Masyarakat Hukum Adat dalam Dewan Perwakilan Daerah: Keseimbangan antara Kepentingan Individualitas dan Kolektivitas dalam Pelaksanaan Demokrasi*, Jurnal Seminar Nasional Hukum, Universitas Negeri Semarang, Unnes Law Journal, Volume 4 No 03 (2018): Dinamika Demokrasi dalam Pemilihan Umum Serentak dan Keutuhan Bangsa., <https://journal.unnes.ac.id>. Peraturan Menteri Negara Agraria/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Dalam Pasal 4 disebutkan bahwa pelepasan Tanah Ulayat kepada Pemerintah, Badan Hukum atau Perseorangan bukan warga MHA dengan pemberian hak dari Negara sesuai UUPA oleh MHA atau warga MHA dengan tata cara Hukum Adat yang berlaku.

³ Sukirno, *Op.Cit.*, h.2-3

MHA keterlibatannya hanya dalam bentuk penyerapan tenaga kerja oleh pihak pemegang konsesi.⁴

SDA kehutanan kenyataannya hanya dinikmati dan dikuasai oleh sekelompok orang saja, karena dari 579 konsesi Hak Penguasaan Hutan (HPH) di Indonesia ternyata hanya didominasi oleh 25 orang pengusaha kelas atas. Sedangkan MHA yang masih menggantungkan hidupnya pada SDA hutan yang dari generasi ke generasi telah berusaha di bidang perakayuan terpaksa tidak bisa lagi berbisnis kayu lagi. Para pengusaha besar dan BUMN memonopoli bisnis kehutanan tersebut yang mendapatkan pengesahan dan izin dari regulasi peraturan perundang-undangan Kehutanan dan membekukan hak MHA untuk turut mengelola hutan. MHA berdasarkan regulasi Kehutanan tidak dapat turut serta mengelola SDA Hutan dengan alasan masih memiliki ciri-ciri tradisional yang dianggap menghambat pembangunan seperti perambahan hutan, pemburu liar, peladang berpindah yang dinilai negatif.⁵

Banyaknya konflik pertanahan yang terkait pengambilalihan tanah adat atau hutan adat menjadi tanah negara berdasarkan HMN membuat Mahkamah Konstitusi dalam Putusannya No. 35/PUU-X/2012 memutuskan bahwa HMN tidak diposisikan berada di atas sebagai induk dari hak-hak lainnya, melainkan berbagi wilayah penguasaan dengan hak-hak perseorangan dan kolektif tersebut, sebagaimana ditegaskan dalam putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Perkara Uji Materi Undang-Undang Kehutanan bahwa wewenang Negara dibatasi sejauh isi dan wewenang hak adat dan negara hanya mempunyai wewenang secara tidak langsung terhadap hutan adat.⁶

Rumusan Masalah.

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menimbulkan pertanyaan apakah pemberian konsesi oleh Pemerintah

⁴ Bambang Daru Nugroho, *Hukum Adat, Hak Menguasai Negara atas Sumber Daya Alam Kehutanan dan Perlindungan terhadap Masyarakat Hukum Adat*, (Bandung: PT. Refika Aditama, 2015), h. 25

⁵ Bambang Daru Nugroho, *Op.Cit*, h.170-171.

⁶ Tody Sasmita, Haryo Budiawan, Sukayadi, *Laporan Penelitian – Pemaknaan Hak Menguasai Negara Oleh Mahkamah Konstitusi (Kajian terhadap Putusan MK No. 35/PUU-X/2012, Putusan MK No. 50/PUU-X/2012, dan Putusan MK No. 3/PUU-VIII/2010)*, (Yogyakarta: Pusat Penelitian dan Pengabdian kepada Masyarakat, STPN, 2014), h.71.

kepada perusahaan-perusahaan dan BUMN di atas Tanah Adat harus mendapatkan persetujuan terlebih dahulu dari Masyarakat Hukum Adat?

Metode Penelitian.

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian yuridis normatif. Metode penelitian yuridis normatif disebut juga dengan penelitian hukum kepustakaan adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan-bahan pustaka atau data sekunder.⁷ Data sekunder ini mencakup bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Untuk mendapatkan hasil penelitian yang dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah, maka penulis menggunakan teori keadilan korektif.⁸

Penelitian dimulai dengan mengkaji dan menganalisis terlebih dahulu mengenai Tanah Ulayat berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. Selanjutnya analisa dilakukan terhadap Peraturan Menteri Agraria Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, yang sudah dicabut dan dinyatakan tidak berlaku oleh Peraturan Menteri ATR/ Kepala BPN No.9 Tahun 2015 tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal atas Tanah Masyarakat yang Berada dalam Kawasan tertentu dan Peraturan Menteri ATR/KaBPN No.10/2016. Kemudian penelitian ini dilanjutkan dengan menganalisis perlindungan hukum terhadap Tanah Adat MHA. Dalam menganalisa permasalahan, penulis menggunakan pendekatan perundang-undangan. Menurut Peter Mahmud Marzuki, Pendekatan perundang-undangan (*Statute Approach*) adalah pendekatan dengan menggunakan legislasi dan regulasi. Produk yang merupakan *beschikking/decre*, yaitu suatu keputusan yang diterbitkan oleh pejabat

⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2013), h.13.

⁸ Hans Kelsen, 1957, *What Is Justice? Justice, Law, And Politics In the Mirror of Science, Collected Essays*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, h.126. "Corrective justice is that which supplies a corrective principle in private transactions... those which are voluntary and those which are settling disputes and inflicting punishments upon delinquents" (Keadilan korektif adalah yang memberikan prinsip korektif dalam transaksi pribadi... yang bersifat sukarela dan yang menyelesaikan perselisihan dan menjatuhkan hukuman kepada pelaku pelanggaran)

administrasi yang bersifat konkret dan khusus, dalam hal ini adalah pemberian konsesi oleh Pemerintah.⁹

Hukum Adat menurut Lon L. Fuller didasarkan pada proses interaksi dalam masyarakat dan kemudian berfungsi sebagai pola untuk mengorganisasikan serta memperlancar proses interaksi tersebut sehingga Hukum Adat disebut sebagai *“a system of stabilized interactional expectancies”*. Namun Fuller menganggap tidak tepat atas doktrin *“opinion necessities”* yang merupakan tindakan yang berulang (*“repetitive action”*) karena doktrin ini tidak berlaku pada saat Hukum Adat masih dalam proses pembentukan. Fuller menggunakan pendekatan lain dari *The American Law Institute’s Restatements of Contracts*. Dimana yang menentukan proses pembentukan Hukum Adat adalah tujuan akhir dari perbuatan atau peristiwa yaitu menciptakan suatu kedamaian yang ditandai dengan adanya keserasian antara ketertiban dengan ketentraman dalam masyarakat. Dalam pembangunan hukum, manfaat Hukum Adat menurut Soerjono Soekanto adalah:¹⁰

- a) Ada kecenderungan di dalam Hukum Adat untuk merumuskan keteraturan perilaku mengenai peranan atau fungsi;
- b) Di dalam Hukum Adat biasanya perilaku-perilaku dengan segala akibat-akibatnya dirumuskan secara menyeluruh, terutama untuk perilaku yang menyimpang dengan sanksinya yang negatif;
- c) Biasanya di dalam Hukum Adat dirumuskan perihal pola penyelesaian sengketa yang mungkin terjadi, dimana hal ini kadang-kadang dimunculkan dalam bentuk simbolis yaitu dengan diadakan upacara-upacara tertentu.

Berdasarkan teori tersebut, hukum tertulis yang tidak didasarkan pada Hukum Adat yang telah disaring, tidak memiliki basis sosial yang

⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2010), h.137.

¹⁰ Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2016) h. 374-377. Menurut Soerjono Soekanto perlu adanya identifikasi terhadap Hukum Adat yang menunjang pembangunan, yang bersifat netral atau yang bertentangan dengan pembangunan. Juga perlu diidentifikasi Hukum Adat yang dainut karena diperintahkan oleh penguasa adat atau kepala adat yang belum tentu dirasakan adil, Hukum Adat yang dianut karena kolektifitas menghendaknya padahal belum tentu adil, dan Hukum Adat yang dianut karena dianggap adil oleh warga masyarakat secara individual.

kuat, mudah goyah dan tidak efektif serta mengurangi wibawa hukum dan penegak hukum.¹¹

PEMBAHASAN

Konsesi.

Konsesi adalah kesepakatan antara pihak swasta dan Pemerintah untuk melakukan sebagian pekerjaan pemerintah, atau pihak swasta diberi wewenang dengan beberapa syarat tertentu, bisa juga diartikan sebagai lisensi untuk melakukan suatu pekerjaan yang tertentu luasnya, dengan tidak memperbolehkan pihak lain untuk turut serta. Pekerjaan yang dilakukan tersebut terkait untuk kepentingan umum yang dilakukan perusahaan yang tidak mungkin dilakukan oleh Pemerintah.¹² Konsesi juga dikatakan sebagai penetapan yang memungkinkan bagi pemegang konsesi mendapat dispensasi, izin, lisensi dan juga semacam wewenang Pemerintah yang memungkinkannya untuk misalnya membuat jalan, jembatan layang dan sebagainya. Persyaratan pemberian konsesi ini harus dilakukan oleh Pemerintah dengan penuh kehati-hatian dan perhitungan yang matang.¹³

Pendapat di atas sesuai dengan Pasal 1 angka 20 UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang menetapkan konsesi adalah Keputusan Pejabat Pemerintahan yang berwenang sebagai wujud persetujuan dari kesepakatan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dengan selain Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam pengelolaan fasilitas umum dan/atau sumber daya alam dalam pengelolaan lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Izin adalah Keputusan pejabat Pemerintahan yang berwenang sebagai wujud persetujuan atas permohonan Warga Masyarakat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 1 angka 19). Dari rumusan ini, maka terdapat perbedaan antara konsesi dan izin, konsesi merupakan perbuatan hukum yakni perjanjian atau kesepakatan yang diadakan antara pemberi konsesi dengan penerima konsesi sehingga bersegi dua, sedangkan izin adalah sebagai perbuatan hukum yang dilakukan oleh pemerintah (pejabat pemerintah) bersegi satu.

Ibid., h. 378.

¹² W.F. Prins dan Adisapoetra, R. Kosim, *Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 1987), h. 74-77.

¹³ Lutfi Effendi, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2004), h. 47.

Di negara-negara Amerika Latin seperti Colombia, Panama, Venezuela dan Mexico, menempatkan konsesi sebagai suatu Kontrak Publik yang diatur dalam suatu undang-undang.¹⁴ Undang-undang tersebut menerapkan doktrin “*economic equilibrium*” dan mereka memasukan ketentuan-ketentuan terkait peristiwa luar biasa (*extraordinary*) atau tidak dapat diduga (*unforeseen*) yang secara material mempengaruhi kontrak. Mereka dapat melakukan perubahan kontrak pada posisi awal, melakukan kesepakatan-kesepakatan untuk membentuk kembali keseimbangan kontrak, termasuk nilai kontrak, cara pembayaran dan biaya-biaya tambahan seperti biaya pendanaan dan bunga bank.¹⁵

Konsesi juga bisa sebagai alat untuk menciptakan suatu kompetisi dari suatu pasar yang bersifat monopoli dalam industri infrastruktur seperti listrik, gas telekomunikasi, jaringan kereta api. Bentuknya dapat berupa “*Management Contracts with Incentive Payment*”, “*Leases*”, “*Pure Concessions*, BOT’s, and Rehabilitate-Operate-Transfers (ROT’s)”. Konsesi ini tidak perlu diberikan kepada perusahaan-perusahaan swasta apabila Pemerintah dapat dapat memberikannya kepada BUMN. Oleh sebab itu Konsesi merupakan alat kebijakan Pemerintah atau “*as a tool of government policy*”.¹⁶

Hak Menguasai Negara

HMN tersebut bersifat mutlak. Tanpa penguasaan yang bersifat demikian maka kesejahteraan secara adil dan merata tidak akan tercapai. Namun demikian hak menguasai tanah oleh negara mustahil tercapai manakala negara melalui pemerintahan tidak menciptakan kepastian hukum sebagai dasar dan pedoman penguasaannya. Kurang pemahaman atas makna, substansi atas maksud dan tujuan HMN atas tanah tidak mustahil mudah disalahgunakan dan disalahtafsirkan bahwa

¹⁴ Quirico G. Serina, “*An Overview of the Legal Aspects of Concession Agreements in Latin America*”, (5ILSA J. Int’l & Comp. L.371) ILSA Journal of International and Comparative Law. (Spring, 1999), h.373.

¹⁵ Klaus Peter Berger. “*Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*”, International Commercial Arbitration A Symposium Sponsored by Vanderbilt University of Law and Business Program and Vanderbilt Journal of Transnational Law, March 2003. Vanderbilt Journal of International Law, h.1348-1350.

¹⁶ Paul Craig, *Administrative Law*, Sixth Edition, (London: Sweet & Maxwell, 2008), h.126.

negara adalah organ kekuasaan yang mandiri terlepas dari maksud dan tujuan dibentuknya. Jika demikian, maka negara menjauhkan masyarakat dari cita-cita pembentukannya yaitu masyarakat adil dan makmur yang seharusnya terjabarkan dalam setiap peraturan, kebijakan dan sikap tindaknya.¹⁷

Hukum Agraria Nasional sesuai Dekrit Presiden 5 Juli 1959 dan Pasal 33 UUD NRI Tahun 1945, mewajibkan Negara untuk mengatur pemilikan tanah dan memimpin penggunaannya, sehingga semua tanah di seluruh Indonesia adalah untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat, baik secara perorangan maupun secara gotong royong. Pasal 33 UUD NRI Tahun 1945 ayat (2): *Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara*, ayat (3) *Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan digunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat*, (4) *Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional*.

Pasal 33 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 menetapkan bumi, air dan ruang angkasa termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya pada tingkatan yang tertinggi dikuasai Negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat. HMN tersebut memberi wewenang pada Negara untuk: (1) mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa, (2) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antar orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa, (3) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yg mengenai bumi, air dan ruang angkasa. Wewenang Negara yang bersumber dari HMN tersebut digunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat sebagaimana Pasal 1 ayat (2) UUPA.

Masyarakat Hukum Adat.

Ada 3 jenis persekutuan hukum territorial, yaitu: (a) persekutuan desa, (b) persekutuan daerah, (c) persekutuan beberapa kampung. Namun persekutuan yang hanya berdasarkan territorial saja sudah

¹⁷ Winahyu Erwiningsih, *Hak Menguasai Negara*, (Yogyakarta: Total Media and UII, 2009), h.6-7.

jarang ditemukan, contoh: persekutuan genealogis di Gayo (Aceh Selatan, semula mereka merupakan ikatan keturunan atau “clan” kemudian mulai mengenal ikatan territorial), persekutuan territorial “dusun” (Sumatera Selatan), “desa” (Madura). Ada juga yang berdasarkan kedua faktor (genealogis dan territorial), namun harus terpenuhi 2 (dua) syarat yaitu: (1) harus masuk dalam satu kesatuan genealogi, dan (2) harus berdiam di dalam daerah persekutuan yang bersangkutan. Sedangkan persekutuan hukum yang hanya bersifat genealogis saja terdapat 5 (lima) jenis persekutuan, misalnya dalam satu kampung hanya terdapat satu “clan” saja, atau beberapa “clan” yang berbeda, dan kombinasi antar “clan” tersebut yang bergabung dalam satu territorial. Kemudian Van Vollenhoven menyimpulkan struktur persekutuan hukum yang ada di Indonesia sebagai berikut:¹⁸ Golongan I: Persekutuan hukum yang berupa kesatuan genealogis;

- 1) Golongan II: Persekutuan hukum yang berupa kesatuan territorial dengan di dalamnya terdapat kesatuan-kesatuan genealogis;
- 2) Golongan III: Persekutuan hukum yang berupa kesatuan territorial tanpa kesatuan genealogis di dalamnya, melainkan dengan atau tidak dengan kesatuan territorial yang lebih kecil;
- 3) Golongan IV: Persekutuan hukum yang berupa kesatuan territorial dengan di dalamnya terdapat persekutuan-persekutuan atau badan-badan hukum yang sengaja didirikan oleh paraarganya.

Ilmu ethnologie pada zaman sekarang telah dapat menentukan gambaran yang jelas mengenai faham “asli pribumi” tentang kesatuan yang kokoh dan teratur dari masyarakat itu, yang dilambangkan dengan wujud manusia dengan dua bagiannya yaitu alam besar (kosmos) dan alam manusia. Kemudian terdapat 4 susunan rakyat dalam masyarakat hukum adat, yaitu: (1) masyarakat-masyarakat hukum dalam lingkungan rakyat dan bentuk-bentuk khususnya, (2) lingkungan raja-raja, (3) pedagang-pedagang sebagai orang luaran masyarakat, dan (4) susunan “gubernemen”.¹⁹

Tanah Adat.

¹⁸ Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*, (Jakarta: PT Toko Gunung Agung, 2014), hlm. 78-85.

¹⁹ B. Ter Haar Bzn, (2017). *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat*, Terjemahan: K. Ng. Soebakti Pesponoto, (Jakarta: Balai Pustaka, 2017), hlm. 6-22.

UUPA dalam Pasal 3, yang memberikan dasar bagi pengakuan hak ulayat dengan menyebutkan dua persyaratan, yakni persyaratan mengenai keberadaan/ eksistensinya dan pelaksanaannya, tidak memberikan penjelasan lebih lanjut tentang kriteria penentu eksistensi hak ulayat itu. Namun dengan berpegang pada konsepsi yang bersumber pada hukum adat, kiranya adil bila kriteria penentu eksistensi hak ulayat didasarkan pada tiga unsur yang harus dipenuhi secara simultan, yaitu adanya: (1) subjek hak ulayat, yaitu MHA itu yang memenuhi karakteristik tertentu, (2) objek hak ulayat, yaitu tanah wilayah yang merupakan “*lebensraum*” mereka, dan (3) adanya kewenangan tertentu dari MHA itu untuk mengelola tanah wilayahnya, termasuk menentukan hubungan yang berkenaan dengan persediaan, peruntukan dan pemanfaatan serta pelestarian tanah wilayahnya.²⁰

Van Vollenhoven menyatakan bahwa tanah adat atau tanah Ulayat tidak dapat diperjual-belikan. Hal ini dijelaskannya dalam teori hukum “*beschikkingrecht*” merupakan hukum tertinggi mengenai pertanahan dalam hukum perdata dan hukum ketatanegaraan Belanda, yang mencakup seluruh kepulauan di Indonesia. Dalam teorinya Van Vollenhoven memberikan 6 ciri khas atas hukum pertanahan dan keagrariaan adat Indonesia:²¹

- 1) Masyarakat hukum dengan pimpinan dan warganya dapat dengan bebas menggunakan dan mengusahakan semua tanah hutan belukar yang belum dikuasai seseorang dalam lingkungan masyarakat hukum untuk membukanya, mendirikan perkampungan atau desa, berburu, mengumpulkan hasil hutan, menggembala dan merumpu;
- 2) Orang asing hanya dapat melakukan hal-hal seperti angka 1 di atas, setelah mendapatkan izin dari masyarakat hukum, karena setiap pelanggaran dinyatakan sebagai suatu pelanggaran (delik) adat yang disebut “maling utan”.
- 3) Setiap orang asing, tetapi kadang-kadang terhadap warga masyarakat hukum-pun, diharuskan membayar uang pemasukan

²⁰ Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan, Antara Regulasi dan Implementasi*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2009), h. 64-65.

²¹ Herman Soesanggobeng, *Filosofis, Asas, Ajaran, Teori Hukum Pertanahan, dan Agraria*, (Yogyakarta: STPN Press, 2012), h.166-168.

(“*recognitie*”), untuk dapat memungut dan menikmati hasil tanah dalam lingkungan masyarakat hukum adat;

- 4) Masyarakat hukum adat bertanggung jawab atas setiap pelanggaran hukum yang terjadi dalam wilayah masyarakat hukum, pelakunya tidak dapat dimintakan pertanggung jawabannya karena tidak diketahui;
- 5) Masyarakat hukum adat tetap berhak menguasai dan mengawasi tanah-tanah pertanian dalam lingkungan masyarakat hukumnya;

Tanah masyarakat hukum adat tidak boleh dijual lepaskan kepada pihak lain untuk selama-lamanya. Sifat keenam ini ditekankan oleh Van Vollenhoven sebagai sifat terpenting.

Sumber Daya Alam.

Tap MPR Nomor IX/MPR/2001 menyatakan bahwa pembaharuan agraria dan pengelolaan SDA harus dilaksanakan sesuai dengan prinsip mengakui, menghormati dan melindungi hak dari MHA dan keragaman budaya bangsa atas SDA. SDA tersebut memiliki peran ganda yaitu sebagai model pertumbuhan ekonomi (*resource-based economy*) dan sekaligus sebagai penopang sistem kehidupan (*life support system*). Terpeliharanya lingkungan hidup yang baik dan sehat merupakan hak dasar bagi seluruh umat manusia, sebagaimana Prinsip 1 Deklarasi Stockholm, 1972:

“Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and wellbeing, and he bears solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generation”.

Prinsip tersebut sudah diadopsi dalam Undang-undang Lingkungan Hidup tahun 1997 dan Undang-undang Hak Asasi Manusia tahun 1999. Ketentuan dalam undang-undang tersebut merupakan kaidah hukum lingkungan yang sangat mendasar, dan dianggap juga sebagai bagian dari hak dasar atau hak asasi manusia atas lingkungan hidup yang baik dan sehat.²²

Kedudukan Tanah Adat dalam Hukum Tanah Nasional dan Hukum Positif

²² Bambang Daru Nugroho, *Op.Cit.*, h. 51.

Mengacu hukum positif pertanahan Nasional disebutkan dalam Pasal 3 UUPA bahwa pelaksanaan Tanah Adat dari MHA sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sesuai dengan kepentingan Nasional dan Negara serta tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan peraturan yang lebih tinggi. Artinya Tanah Adat merupakan tanah hak walaupun sifatnya komunal sehingga tidak dimasukkan sebagai tanah individual yang dapat didaftarkan sebagaimana Pasal 16 UUPA seperti Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai. Dalam konteks Tanah Negara maka Tanah Adat bukan tanah bebas dimana Pemerintah memiliki kebebasannya sesuai kewenangannya dalam HMN.

Kedudukan Tanah Adat sebagai tanah hak yang bukan Tanah Negara yang bebas, dapat dilihat dari putusan Mahkamah Konstitusi terhadap konflik-konflik antara MHA dan Pemerintah juga perusahaan-perusahaan terkait pemanfaatan Tanah Adat tersebut. Mahkamah Konstitusi Indonesia kemudian mengeluarkan putusannya yaitu dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012 yang memutuskan bahwa eksistensi hutan adat tidak lagi masuk sebagai bagian dari hutan negara. Hal ini dapat dilihat dari uji materiil Pasal 1 ayat (6) Undang-undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan,²³ dimana Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa kata “negara” dalam Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Kehutanan tersebut bertentangan dengan Konstitusi UUD 1945, dan kata “negara” dalam Pasal tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Kehutanan diubah menjadi “Hutan adat adalah hutan yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat”.

Eksistensi Tanah Adat juga diakui dalam konstitusi UUD NRI Tahun 1945 Amandement Kedua Pasal 18 B ayat (2)²⁴ dan Pasal 28 I ayat (3)²⁵, Pasal 6 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak

²³ Pasal 1 ayat 6 Undang-undang No. 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan menyebutkan: “hutan adat hutan negara yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat”.

²⁴ Pasal 18 B ayat (2) UUD NRI Tahun 1945: Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat serta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.

²⁵ Pasal 28I ayat (3) UUD NRI Tahun 1945: Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.

Asasi Manusia²⁶, dan Pasal 2 ayat (9) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah. Artinya Pemerintah harus memperhatikan dan melindungi MHA termasuk Tanah Adat dalam segala aspek dan regulasi terkait Tanah Adat.

Hukum Adat termasuk Tanah Adat dengan demikian menempati fungsi penting dalam kerangka dan proses pembentukan hukum nasional yang diarahkan kepada unifikasi hukum. Kedudukan Hukum Adat diperkuat oleh pertemuan ilmiah di bidang hukum seperti dalam Seminar Hukum Nasional ke-III Tahun 1974 dimana disimpulkan bahwa pembinaan hukum nasional harus memperhatikan Hukum Adat sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat. Juga dalam Seminar Hukum Adat ditegaskan bahwa Hukum Adat merupakan salah satu sumber yang penting untuk memperoleh bahan-bahan bagi pembangunan hukum nasional dan untuk menuju unifikasi hukum melalui pembuatan peraturan perundang-undangan serta regulasi. Tentu saja dengan tetap memperhatikan pertumbuhan dan perkembangan kebiasaan dalam pembinaan hukum nasional.²⁷

Dengan demikian Tanah Adat termasuk Tanah Hak lainnya seperti Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai. Artinya Tanah Adat bukan Tanah Negara yang bebas, hanya perbedaannya Tanah Adat bersifat komunal yang berdasarkan teori Van Vollenhoven merupakan hukum tertinggi sejak zaman kolonial Belanda serta tidak dapat dialihkan untuk selamanya kepada pihak lain. Sedangkan Tanah Hak lainnya sebagaimana disebutkan dalam Pasal 16 UUPA bersifat individual dan dapat dialihkan berdasarkan ketentuan UUPA serta dapat didaftarkan. Berdasarkan konstruksi hukum ini maka Pemerintah tidak dapat serta merta melakukan perbuatan hukum, tindakan hukum ataupun penetapan hukum atas Tanah Adat tanpa adanya persetujuan terlebih dahulu dari MHA, khususnya persetujuan dari kepala adat dari MHA tersebut. Hal ini didasari dari konstruksi hukum bahwa MHA dan kepala Adat merupakan subjek hukum Tanah Adat yang mempunyai kewenangan publik dan perdata. Secara

²⁶ Pasal 6 (1) dan (2) UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM: (1) Dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat, dan Pemerintah. (2) Identitas budaya masyarakat hukum adat, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.

²⁷ Bambang Daru Nugroho, *Op.Cit.*, h. 73.

sosiologis, konflik-konflik terkait Tanah Adat oleh MHA, dapat dikatakan bahwa secara sosiologis keberadaan MHA masih ada sebagai subjek hukum atas Tanah Adat di Indonesia.

Pemberian Konsesi oleh Pemerintah atas Tanah Adat

Pemberian Konsesi oleh Pemerintah kepada perusahaan-perusahaan besar pengelola SDA dan juga BUMN, merupakan kewenangan Pemerintah yang merupakan suatu kekuasaan berdasarkan undang-undang. Berdasarkan kewenangan tersebut Pemerintah dapat melakukan tindakan hukum baik tindakan hukum publik maupun tindakan hukum perdata, termasuk menandatangani surat keputusan membuat izin publik.²⁸ Kewenangan tersebut harus berdasarkan hukum yaitu undang-undang agar tidak terjadi perbuatan hukum yang melampaui batas atau kesewenangan. Oleh sebab itu sifat kewenangan tersebut selalu terikat masa tertentu, tunduk pada batas wilayah dan materi yang ditentukan dan pelaksanaannya terikat pada hukum tertulis dan hukum tidak tertulis (dalam hal ini adalah Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik).²⁹

Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik yang merupakan pedoman bagi Pemerintah dalam melaksanakan kewenangannya termasuk dalam kewenangan pemberian Konsesi sudah diatur dalam Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. Artinya kewenangan pemberian Konsesi oleh Pemerintah harus berdasarkan asas-asas umum pemerintahan yang baik,

²⁸ Safri Nugraha, *et.al.*, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Badan Penerbit FHUI, 2005),h.38-39.

²⁹ Menurut Safri Nugraha kewenangan Pemerintah diperoleh berdasarkan produk undang-undang (atribusi) atau berdasarkan delegasi (kewenangan yang berasal dari kewenangan atribusi) dan kewenangan mandate yang merupakan pemberian tugas dari pejabat yang mendapat kewenangan atribusi ataupun delegasi. Kewenangan tersebut dalam tindakan publik memiliki kekuasaan yang luar biasa yaitu wewenang “prelabel” yaitu pertama wewenang untuk membuat keputusan yang diambil tanpa meminta persetujuan terlebih dahulu dari pihak manapun, dan kedua wewenang “ex officio” yaitu wewenang dalam rangka pembuatan keputusan yang diambil karena jabatannya sehingga tidak dapat dilawan oleh siapapun dengan adanya sanksi pidana. Pelaksanaan kewenangan tersebut terikat pada tiga asas hukum yaitu: (1) asas juridikitas, (2) asas legalitas, dan (3) asas diskresi. Hal ini untuk mencegah terjadinya “abuse of power” (pelampauan kewenangan), “detournement de power (penyalahgunaan kewenangan) dan “ultra vires” (penyalahgunaan wewenang).

mengacu Pasal 10 Undang-undang No. 30 Tahun 2014 tersebut.³⁰ Sebagai contoh misalnya Menteri Kehutanan mendapatkan kewenangan berdasarkan Keputusan Presiden dan melaksanakan tugas pemerintahan di bidang Kehutanan berdasarkan Undang-Undang Kehutanan. Menteri Kehutanan berdasarkan hal tersebut, tidak dapat begitu saja membuat suatu kebijakan atau *policy* tanpa berkoordinasi dengan menteri terkait. Dalam hal pemberian Konsesi kepada perusahaan-perusahaan dan BUMN pengelola SDA di atas Tanah Adat harus berkoordinasi dengan Menteri Agraria dan Tata Ruang.

Meskipun Pemerintah dalam pemberian Konsesi sudah melakukannya berdasarkan hukum tertulis yaitu Undang-Undang Kehutanan, namun belum tidak memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Hal ini dapat dijelaskan sebagai berikut:

- a) Eksistensi MHA dan Tanah Adat masih menjadi polemik hukum dalam hukum positif pertanahan Nasional, dimana dalam pasal 3 UUPA disebutkan bahwa MHA diakui sepanjang masih ada dan harus sesuai dengan kepentingan Nasional serta tidak bertentangan dengan hukum positif yang berlaku. Penatausahaan Tanah Ulayat tersebut telah diatur dalam Permen ATR/Ka.BPN Nomor 18 Tahun 2019 Tentang Tata Cara Penatausahaan Tanah Ulayat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat.
- b) Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012 pada tahun 2012 telah memutuskan bahwa eksistensi hutan adat tidak lagi masuk sebagai bagian dari hutan negara. Artinya di atas Tanah Adat tersebut terdapat MHA dan kepala adat yang

³⁰ Safri Nugraha menyebutkan ada 13 asas yang harus diperhatikan: (1) asas kepastian hukum (principle of legal certainty), (2) asas keseimbangan (principle of proportionality), (3) asas kesamaan dalam mengambil keputusan (principle of equality), (4) asas bertindak cermat (principle of carefulness), (5) asas motivasi untuk setiap keputusan administrasi negara (principle of motivation), (6) asas jangan mencampur adukan kewenangan (principle of non-mixed of competence), (7) asas permainan yang layak (principle of fairplay), (8) asas keadilan atau kewajaran (principle of reasonableness), (9) asas menanggapi pengharapan yang wajar (principle of meeting expectation), (10) asas meniadakan akibat keputusan yang batal (principle of undoing the consequences of an annulled decision), (11) asas perlindungan atas pandangan hidup (principle of protection the personal way of life), (12) asas kebijaksanaan (principle of wisdom), dan (13) asas penyelenggaraan kepentingan umum (principle of public service).

merupakan subjek hukum yang berwenang dalam hukum publik dan hukum perdata.

- c) Pemerintah dalam pemberian Konsesi kepada perusahaan-perusahaan dan BUMN pengelola SDA tidak melakukan konsultasi dan tanpa persetujuan MHA dan kepala adat sebagai subjek hukum Tanah Adat. Hal ini dapat dilihat dari kasus sengketa hutan adat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012 pada tahun 2012 yang telah memutuskan bahwa eksistensi hutan adat tidak lagi masuk sebagai bagian dari hutan negara.
- d) Pemerintah dalam pemberian Konsesi tersebut tidak melakukan koordinasi dengan kementerian terkait yaitu Kementerian Agraria dan Tata Ruang yang memahami aspek hukum dan regulasi baik tertulis maupun tidak tertulis atas Tanah Adat.

Mengacu pada teori dari Lon L. Fuller, pemberian konsesi kepada perusahaan-perusahaan dan BUMN pengelola SDA di lingkungan Kehutanan tidak memiliki basis sosial yang kuat dan tidak efektif. Hal ini dapat dikaji dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012 pada tahun 2012 telah memutuskan bahwa eksistensi hutan adat tidak lagi masuk sebagai bagian dari hutan negara. Artinya kebijakan Pemerintah tersebut memiliki cacat hukum yang dapat dilakukan upaya perlawanan hukum bagi mereka yang dirugikan. Sedangkan bagi Pemerintah sendiri sebagai aparatur Pemerintahan dapat dikenakan pertanggung jawaban secara hukum.

KESIMPULAN

Secara yuridis Tanah Adat MHA dalam hukum positif pertanahan Nasional diakui, sepanjang MHA masih ada dan sejalan dengan kepentingan nasional serta tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Eksistensi Tanah Adat ini kemudian diperkuat dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi No. 35/PUU-X/2012 yang telah memutuskan bahwa eksistensi hutan adat tidak lagi masuk sebagai bagian dari hutan Negara. Secara sosiologis keberadaan MHA masih ada, melihat banyaknya konflik terkait Tanah Adat antara MHA dengan pemerintah selaku pemberi konsensi dan dengan perusahaan-perusahaan swasta atau BUMN selaku penerima konsesi.

Keberadaan MHA diakui sebagai subjek hukum atas Tanah Adat dan mendapat pengakuan dari Pemerintah (Pemerintah Daerah). Berdasarkan pengakuan tersebut, maka Pemerintah dalam memberikan Konsesi kepada perusahaan-perusahaan dan BUMN pengelola SDA atas Tanah Adat, harus memperoleh persetujuan dari MHA sebagai subjek hukum, namun kenyataannya belum terlaksana, indikatornya dapat dilihat dengan banyaknya kasus-kasus terkait pemanfaatan SDA di atas Tanah Adat.

Pemerintah dalam pemberian Konsesi tersebut sebaiknya berkoordinasi dengan Kementerian Agraria dan Tata Ruang yang mengetahui regulasi Tanah Adat dan Hutan Adat baik secara tertulis dan tidak tertulis. Selain itu, Pemerintah juga harus mematuhi asas-asas umum pemerintahan yang baik, yaitu dengan membuat mekanisme persetujuan MHA, agar tindakan Pemerintah dalam pemberian Konsesi kepada perusahaan-perusahaan dan BUMN pengelola SDA tidak mempunyai cacat hukum.

Daftar Pustaka

- Bambang Daru Nugroho, (2015). Hukum Adat, Hak Menguasai Negara atas Sumber Daya Alam Kehutanan dan Perlindungan terhadap Masyarakat Hukum Adat, Bandung: PT. Refika Aditama.
- B. Ter Haar Bzn, (2017). Asas-asas dan Susunan Hukum Adat, Terjemahan: K. Ng. Soebakti Pesponoto, cetakan ke-14, Jakarta: Balai Pustaka.
- Herman Soesanggobeng, (2012). Filosofis, Asas, Ajaran, Teori Hukum Pertanahan, dan Agraria, Yogyakarta: STPN Press.
- Klaus Peter Berger. "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators", International Commercial Arbitration A Symposium Sponsored by Vanderbilt University of Law and Business Program and Vanderbilt Journal of Transnational Law, March 2003. Vanderbilt Journal of International Law, (October, 2003).
- Lutfi Efendi, (2204). Pokok-Pokok Hukum Administrasi, Malang: Bayumedia Publishing.
- Maria S.W. Sumardjono, (2009). Kebijakan Pertanahan, Antara Regulasi dan Implementasi, Jakarta: Penerbit Buku Kompas.
- Paul Craig, (2008). Administrative Law, Sixth Edition, London: Sweet & Maxwell.
- Peter Mahmud Marzuki, (2010). Penelitian Hukum, Jakarta: Kencana.

- Quirico G. Serina, “An Overview of the Legal Aspects of Concession Agreements in Latin America”, (5ILSA J. Int’l & Comp. L.371) ILSA Journal of International and Comparative Law, International Law Students Association, (Spring, 1999).
- Safri Nugraha, dkk, (2005). *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Badan Penerbit FHUI.
- Soerjono Soekanto, (2016). *Hukum Adat Indonesia*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Soerojo Wignjodipoero, (2014). *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*, Cetakan ke-17, Jakarta: PT Toko Gunung Agung.
- Sukirno, (2018). *Politik Hukum Pengakuan Hak Ulayat*, Jakarta: Prenadamedia.
- Tody Sasmita, Haryo Budiawan, Sukayadi, (2014). *Laporan Penelitian – Pemaknaan Hak Menguasai Negara Oleh Mahkamah Konstitusi (Kajian terhadap Putusan MK No. 35/PUU-X/2012, Putusan MK No. 50/PUU-X/2012, dan Putusan MK No. 3/PUU-VIII/2010)*, Yogyakarta: Pusat Penelitian dan Pengabdian kepada Masyarakat, STPN.
- Winahyu Erwiningsih, (2009). *Hak Menguasai Negara*, Yogyakarta: Total Media and UII.
- W.F. Prins dan Adisapoetra, R. Kosim, (1987). *Pengantar Ilmu Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Keenam, Jakarta: PT. Pradnya Paramita.