

BAB IV

ANALISA HUKUM TENTANG PERPRES NOMOR 36

TAHUN 2005 jo PERPRES NOMOR 65 TAHUN 2006

TENTANG PENGADAAN TANAH BAGI PELAKSANAAN

PEMBANGUNAN UNTUK KEPENTINGAN UMUM

F. Pencabutan Hak atas Tanah dikaitkan dengan Hak Menguasai Negara

Sebagai kekuasaan tertinggi yang bisa dilekatkan atas tanah, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, tetap dianut dan dijadikan dasar legitimasi bagi pelbagai unjuk kekuasaan dalam pengadaan tanah untuk proyek-proyek pembangunan.⁶⁷

Menjadi penting untuk mengetahui konsep Hak Menguasai Negara yang dirumuskan dalam UUPA, sebelum dapat memahami penilaian di atas. Setidaknya dua hal penting yang muncul: (1) Bahwa hak menguasai negara telah diterima dan tetap berlaku dari sejak pembentukannya hingga sekarang. Tetapi hak menguasai negara ini telah bergeser fungsi sehingga termasuk juga untuk melegitimasi Pemerintah dalam “menyukseskan” program pembangunannya yaitu dengan pengambilalihan hak atas tanah; (2) Secara implisit, pada dasarnya—seharusnya, hak menguasai negara tidak dipahami demikian. Dengan alasan ini, aspek historis-filosofis dari hak

⁶⁷ Noer Fauzi dan Dianto Bachriadi, dikutip oleh Rikardo Simarmata, *Prakata Penulis: Polemik Konsep Hubungan Negara dengan Tanah, di atas Realitas Problem Agraria*, dalam Rikardo Simarmata, *Kapitalisme Perkebunan: Dinamika Konsep Pemilikan Tanah oleh Negara*, Insist Press&Pustaka Pelajar, Yogyakarta. 2002.

menguasai negara menjadi perlu setidaknya untuk mengetahui konteks dan maksud pembentukannya.⁶⁸

Jika dirunut secara historis-filosofis, salah satu arti penting konseptualisasi Hak Menguasai Negara dalam Undang-Undang Pokok Agraria adalah penghapusannya yang secara tegas terhadap domein teori yang dianut hukum pertanahan kolonial. Konsep pemilikan atas tanah oleh negara yang sebenarnya bertujuan untuk memberi legalisasi dan legitimasi bagi perusahaan perkebunan swasta dalam perolehan lahan yang luas di Hindia Belanda,⁶⁹ adalah bertentangan dengan negara Indonesia yang telah merdeka dan pandangan hidup bangsa, karenanya harus dihapuskan dari hukum pertanahan nasional.

Secara singkat, Teori Domein yang berintikan pemilikan Negara atas tanah ini lahir sebagai hasil revitalisasi hubungan feodalistik pada masa sebelumnya yang telah dimanfaatkan oleh VOC (*Vereenigde Oost-Indische Compagnie*), dan begitu juga pada masa pemerintahan Raffles (1811-1816). Yang untuk selanjutnya diperkuat dengan domein verklaring dalam Agrarisch Besluit (Staatsblad 1870 No. 118) sebagai aturan pelaksana AW 1870, bahwa semua tanah yang orang lain tidak dapat membuktikan bahwa tanah itu tanah eigendomnya, adalah domein negara. Meskipun pada konsepsinya, selain bertujuan

⁶⁸ Lilis Nur Faizah, *Hak Menguasai Negara; Suatu Pendekatan Historis-Filosofis*, Artikel, dalam zeilla.files.wordpress.com/2008/05/.

⁶⁹ Gunawan Wiradi, "Kata Pengantar" dalam Ricardo Simarmata, *Kapitalisme Perkebunan: Dinamika Konsep Pemilikan Tanah oleh Negara*, Yogyakarta: Insist Press&Pustaka Pelajar, 2002, hal. vii-viii.

menjamin hak rakyat Indonesia atas tanahnya⁷⁰ dan kekuasaan negara atas tanah sebagai pemilik mutlak dimaksudkan hanya pada tanah-tanah tak bertuan yang tidak dapat dibuktikan hak eigendom dan hak agrarische eigendomnya, tetapi pada penerapannya sungguh berbeda. Pemerintah Belanda menafsirkan secara sempit hak eigendom sebagai hak milik adat (hak milik rakyat berdasar hukum adat—pen.) yang telah dimohonkan oleh pemiliknya melalui prosedur tertentu dan diakui keberadaannya oleh pengadilan saja. Hal ini tentu saja sangat merugikan rakyat pribumi karena tanpa pembuktian berdasar hukum Barat tersebut pribumi (pemegang hak milik adat) hanya dianggap sebagai pemakai tanah domein negara. Meski hubungan hukum dengan tanah yang bersangkutan tetap diakui, tetapi dalam perundang-undangan, hak milik adat hanya disebut sebagai hak memakai individual turun temurun (*erfelijk individueel gebruiksrecht*) dan kemudian sebagai hak menguasai tanah domein negara (*Inlands bezitrecht*). Kemudian tanah-tanah hak milik adat tersebut—karena tidak disamakan dengan hak eigendom dalam hukum Barat—dianggap sebagai tanah negara tidak bebas (*ontvrij lands domein*) dimana negara tidak secara bebas dapat memberikannya kepada pihak lain, dengan dibatasi hak rakyat tersebut.⁷¹

Sedangkan tanah hak ulayat yang meskipun menurut kenyataannya masih ada dan ditaati oleh masyarakat hukum adat,

⁷⁰ Sudikno Mertokusumo, *Perundang-undangan Agraria Indonesia*, Yogyakarta, Liberty, 1988, hal. 6. Noer Fauzi dan Dianto Bachriadi, *Hak Menguasai dari Negara (HMN): Persoalan Sejarah yang Harus Diselesaikan*, Kertas Posisi KPA Nomor 004/2001, Bandung, 2001.

⁷¹ Lilis Nur Faizah, *Hak Menguasai Negara; Suatu Pendekatan Historis-Filosofis*, Artikel, dalam zeilla.files.wordpress.com/2008/05/.

tidak diakui keberadaannya berdasar domein verklaring itu. Sehingga dikategorikan domein negara, yaitu sebagai tanah negara bebas (*vrij lands domein*).⁷²

Tidak dapat dipungkiri bahwa AW 1870 adalah produk politik yang didorong oleh kepentingan-kepentingan tertentu, dalam hal ini terutama kepentingan para kapitalis, pengusaha asing. Pemberlakuan secara eksplisit dalam Wet dibutuhkan para kapitalis untuk menjamin kepastian hukum yang memudahkan mereka dalam memperoleh lahan yang luas demi pendirian dan pengembangan usaha mereka di Hindia Belanda. Konsep domein negara ini memberi kewenangan yang luas kepada Negara sebagai pemilik untuk memanfaatkan berdasar kepentingannya. Begitu juga ketika desakan kapitalis mendorong Negara untuk menggunakan kewenangannya demi kepentingan mereka. Dengan beralihnya kewenangan Negara atas tanah yang luas kepada kaum kapitalis menimbulkan “negara dalam negara.” Inilah yang kemudian menjadi permasalahan besar sejak awal kemerdekaan bangsa Indonesia.

Selanjutnya, pasca kemerdekaan. Perumusan pasal 33 dalam UUD 1945:⁷³ “Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di

⁷² Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia: Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, edisi revisi, Jakarta: Djambatan, 1999, hal 45-46. Pembedaan tanah negara bebas dan tanah negara tidak bebas berpengaruh pada proses pengambilalihan tanah oleh negara. Terhadap tanah negara tidak bebas (tanah milik rakyat berdasar hukum adat) pengambilalihan harus melalui acara yang diatur dalam pasal 133 IS dengan ganti rugi yang layak. Sedangkan terhadap tanah ulayat hanya diberikan “*recognitie*” sebagai pengakuan adanya hak masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Konsep pemberian “*recognitie*” untuk tanah yang dikuasai masyarakat hukum adat ini juga masih berlaku pada hukum pertanahan pasca kemerdekaan, misalnya dalam Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 yang menyatakan bahwa pengambilalihan hak masyarakat hukum adat atas tanah ulayat dilakukan dengan membayar *recognitie* yang dapat berupa fasilitas umum yang bermanfaat bagi masyarakat tersebut.

dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”, adalah sebagai dasar konstitusional pembentukan dan perumusan Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA). Dua hal pokok dari pasal ini adalah sejak awal telah diterima bahwa Negara ikut campur untuk mengatur sumber daya alam sebagai alat produksi, dan pengaturan tersebut adalah dalam rangka untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Penghubungan keduanya bersifat saling berkait sehingga penerapan yang satu tidak mengabaikan yang lain.

UUPA sendiri lahir dalam konteks “...perjuangan perombakan hukum agraria nasional berjalan erat dengan sejarah perjuangan bangsa Indonesia untuk melepaskan diri dari cengkaman, pengaruh, dan sisa-sisa penjajahan; khususnya perjuangan rakyat tani untuk membebaskan diri dari kekangan-kekangan sistem feodal atas tanah dan pemerasan kaum modal asing...”⁷⁴

Semangat menentang strategi kapitalisme dan kolonialisme yang telah menyebabkan terjadinya “penghisapan manusia atas manusia” (*exploitation de l’homme par l’homme*) di satu sisi; dan sekaligus menentang strategi sosialisme yang dianggap “meniadakan hak-hak individual atas tanah” di sisi lain menjadi landasan ideologis dan filosofis pembentukan UUPA. Selain itu, salah satu arti penting UUPA lainnya, bahwa hukum agraria nasional adalah berdasar

⁷³ Undang-Undang Dasar Tahun 1945, Pasal 33 ayat (3) naskah asli, dan tidak mengalami perubahan hingga Amandemen IV.

⁷⁴ Pidato Pengantar Menteri Agraria dalam Sidang DPR-GR, 12 September 1960 oleh Mr. Sadjarwo. Dalam Risalah Pembentukan UUPA dan Boedi Harsono, Op. Cit., hal. 585.

hukum adat (yang *disaneer* – Boedi Harsono)⁷⁵ dan tidak lepas dari konteks landreform yang menjadi agenda pokok pembentukan struktur agraria saat itu.

Demikian pula dengan konsep hak menguasai negara.⁷⁶ Kewenangan hak menguasai negara tersebut dipahami dalam kerangka hubungan antara Negara dengan bumi, air dan kekayaan alam di dalamnya sebagai hubungan penguasaan, bukan hubungan kepemilikan seperti di Negara Barat maupun di negara –negara

⁷⁵ Boedi Harsono, Op. Cit., hal 139-140. Tampak bahwa UUPA merupakan kompromi dari berbagai ideologi dan kepentingan. Semangat unifikasi (ide yang dominan dari perumus UUPA) yang bertujuan untuk mengadakan kesatuan dan kesederhanaan hukum agraria masih mengakomodir keberagaman hukum adat sebagai hukum asli. Hal ini dinilai beberapa ahli hukum merupakan ambiguitas dari UUPA terhadap hukum adat karena pada penerapannya kemudian justru mengabaikan banyak kaidah hukum adat. Soetandyo misalnya, mengatakan bahwa meskipun UUPA mengklaim diri berdasar hukum adat tapi ternyata justru mengabaikan banyak kaidah hukum adat. Yang diperhatikan hanya asas-asas yang bersifat umum, dengan demikian misi UUPA memang menciptakan hukum yang berlaku umum (unifikasi) untuk seluruh rakyat Indonesia. Lihat, Soetandyo Wignyosoebroto, 1994, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Dinamika Sosio-Politik Perkembangan Hukum di Indonesia*, Jakarta, Rajawali Press, hal. 214. Demikian juga menurut Otje Salman. Bahwa pada dasarnya hukum adat yang ada dalam UUPA mengalami pereduksian dalam beberapa hal penting pemberlakuannya. Hal ini bisa dilihat dari ketentuan “...sepanjang kenyataannya masih ada...,” atau “...tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara...” Hal ini pada kenyataannya kemudian menyebabkan pengeliminasian kewenangan masyarakat hukum adat atas tanah, termasuk tanah adat. Menurutnya, peran dan pengaruh hukum adat akan semakin tereduksi dan atau tereliminasi karena faktor politik hukum yang cenderung memfokuskan pada sistem hukum tertulis, sehingga hukum adat hanya diakui sepanjang proses transformasi tersebut belum selesai. Ambiguitas UUPA dalam memperlakukan hukum adat terlihat pada pengeliminasian banyak peranan hukum adat menyangkut tanah, tapi juga tetap mengakui beberapa prinsip hukum adat seperti asas pemisahan horizontal. Otje Salman, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Bandung, Alumni, 2002, hal. 37 dan 167. Disertasi yang diterbitkan.

⁷⁶ Menurut Ricardo Simarmata, rumusan hak menguasai negara ini merupakan kesatuan dari paket hasil penyelidikan secara ilmiah teoritis, yang lebih berkiblat pada pengalaman sejarah hubungan negara dengan tanah di negara-negara Eropa Barat pada Abad Pertengahan yaitu hak *communes* atau hak imperium. Lihat, Ricardo Simarmata, “*Prakata Penulis: Polemik Konsep Hubungan Negara dengan Tanah, di atas Realitas Problem Agraria*” dalam Ricardo Simarmata, *Op. Cit.*, hal. xxvi. Secara lebih jelas Roscoe Pound menguraikan bahwa menurut teori ini, terdapat milik pribadi dan milik bersama sebagai masyarakat atau negara yang karenanya berada di luar perdagangan (*res extra commercium*). Benda yang tidak bisa dimiliki secara perseorangan terbagi menjadi milik bersama anggota masyarakat atau milik umum (*res communes*) seperti udara, air sungai; benda milik rakyat yang pemilikannya didelegasikan kepada negara untuk kepentingan rakyatnya (*res publicae*) misalnya jalan, saluran irigasi; dan benda-benda untuk tujuan kesucian (*res sanctae*), kesakralan (*res sacrae*) dan keagamaan (*res religiosae*). Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, terj. M. Radjab, Jakarta: Bhratara, 1972, hal. 130-132.

komunis. Negara dalam hal ini sebagai Badan Penguasa yang pada tingkatan tertinggi berwenang mengatur pemanfaatan tanah dalam arti luas serta menentukan dan mengatur hubungan hukum dan perbuatan hukum berkenaan dengan tanah. Sebagai penerima kuasa, maka Negara harus mempertanggungjawabkannya kepada masyarakat sebagai pemberi kuasa.⁷⁷ Dengan ini AP. Parlindungan menyebutnya sebagai hak rakyat pada tingkat Negara.⁷⁸

Prof. Maria SW Sumardjono mengatakan bahwa kewenangan negara ini harus dibatasi dua hal: pertama, oleh UUD 1945. Bahwa hal-hal yang diatur oleh negara tidak boleh berakibat pelanggaran hak asasi manusia yang dijamin oleh UUD 1945. Peraturan yang bias terhadap suatu kepentingan dan menimbulkan kerugian di pihak lain adalah salah satu bentuk pelanggaran tersebut. Seseorang yang melepas haknya harus mendapat perlindungan hukum dan penghargaan yang adil atas pengorbanan tersebut. Kedua, pembatasan yang bersifat substantif dalam arti peraturan yang dibuat oleh negara harus relevan dengan tujuan yang hendak dicapai yaitu untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Dan kewenangan ini tidak dapat didelegasikan kepada pihak swasta karena menyangkut kesejahteraan umum yang sarat dengan misi pelayanan. Pendelegasian kepada

⁷⁷ Maria SW Sumardjono, *Kewenangan Negara untuk Mengatur dalam Konsep Penguasaan Tanah oleh Negara*, dalam Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM, tanggal 14 Februari 1998 di Yogyakarta. Menurut beberapa tokoh, paham ini dipengaruhi paham Negara integralistik yang berkembang saat itu dan didukung terutama oleh Soekarno dan Supomo. Kesatuan antara masyarakat dan Negara dimana kepentingan individu dan kelompok larut dalam kepentingan Negara (mirip dengan konsep Rousseau tentang masyarakat organis) sehingga tidak terjadi pertentangan hak dan kepentingan warga masyarakat dan Negara. Individu ditempatkan di bawah nilai masyarakat sebagai keseluruhan. Lihat Frans Magnis Suseno, *Filsafat sebagai Ilmu Kritis*, Yogyakarta, Kanisius, 1993, hal. 94-96.

⁷⁸ AP. Parlindungan, *Komentor atas Undang-Undang Pokok Agraria*, Bandung, Mandar Maju, 1991, hal. 40.

swasta yang merupakan bagian dari masyarakat akan menimbulkan konflik kepentingan, dan karenanya tidak dimungkinkan.⁷⁹

Adapun ruang lingkup pengaturannya, hak menguasai negara berlaku atas semua tanah yang ada di Indonesia, baik itu tanah yang belum dihaki, juga tanah yang telah dihaki oleh perseorangan. Terhadap tanah yang belum dihaki perseorangan, hak menguasai negara melahirkan istilah “tanah yang dikuasai langsung oleh negara,” atau kemudian disebut secara singkat sebagai “tanah negara”.⁸⁰ Sedangkan tanah yang telah dihaki perseorangan disebut “tanah yang dikuasai tidak langsung oleh negara,” atau “tanah negara tidak bebas.” Kewenangan terhadap tanah yang sudah dihaki perseorangan ini pada dasarnya bersifat pasif, kecuali jika tanah itu dibiarkan tidak diurus/ditelantarkan. Sehingga Negara dapat mengaturnya supaya produktif.⁸¹

Beberapa poin penting dari hak menguasai negara ini adalah bahwa:

1. Lahir dalam konteks anti imperialisme, anti kapitalisme dan anti feodalisme;

⁷⁹ *Ibid.* Dua pembatasan tersebut menjadi penting mengingat hak menguasai negara merupakan suatu konsepsi pokok dalam UUPA yang kemudian dijadikan sumber dari Undang-Undang atau pun regulasi lainnya yang dirumuskan kemudian berdasar perkembangan dan kebutuhan masyarakat. Sebagai contoh, pembatasan Konstitusi. Dengan semakin kuatnya pengakuan dan perlindungan Konstitusi pasca Amandemen terhadap hak asasi manusia dan hak masyarakat hukum adat, maka pengaturan tentang hak menguasai negara harus benar-benar memperhatikan asas ini.

⁸⁰ Menurut Sunarjati Hartono, meskipun dikatakan bahwa tanah negara hanya meliputi tanah-tanah yang tidak dihaki oleh perseorangan (*vrijs landsdomein*) tetapi tidak dapat dipungkiri bahwa tanah negara tersebut masih berdasar asas *domein*. Sunarjati Hartono, *Kapita Selekta Perbandingan Hukum*, Bandung, Alumni, 1986, hal. 62-63.

⁸¹ Iman Soetiknjo, *Politik Agraria Nasional*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1994, hal. 53.

2. Sebagai penghapusan terhadap asas domein Negara yang dimanfaatkan Pemerintah kolonial untuk mengambilalih pemilikan rakyat dan kemudian menyewakan atau menjualnya kepada pengusaha asing atau partikelir;
3. Sebagai sintesa antara individualisme dan kolektivisme/sosialisme;
4. Penguasaan ini lebih bersifat mengatur dan menyelenggarakan (publik), untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat (sebagai pertanggungjawaban);
5. Dibatasi oleh Konstitusi;
6. Penyelenggaraan hak menguasai negara adalah untuk kesejahteraan umum, dapat didelegasikan kepada daerah atau masyarakat hukum adat, tetapi tidak kepada swasta.

Selanjutnya, Moh. Mahfud. MD berharap bahwa hak menguasai negara seharusnya justru memberi jalan bagi tindakan responsif lainnya karena dari hak tersebut Pemerintah dapat melakukan tindakan-tindakan yang berpihak bagi kepentingan masyarakat.⁸² Dua hal penting dari pendapat tersebut, Pemerintah seharusnya bisa secara proaktif dan responsif mengeluarkan regulasi mengenai pengaturan dan penyelenggaraan pengelolaan sumber daya agraria, dengan memperhatikan setidaknya enam unsur yang terkandung dalam hak menguasai negara tersebut di atas. Tetapi seluruh regulasi yang mengatasmakan hak menguasai negara tersebut harus dalam kerangka keberpihakannya pada kepentingan masyarakat.

⁸² Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta, LP3ES, 1998, hal. 349.

Tidak dipenuhinya unsur-unsur tersebut, mengakibatkan hak menguasai negara pada perkembangannya justru dinilai telah memberikan kontribusi yang signifikan atas terjadinya sejumlah sengketa keagrariaan di Indonesia sebagaimana dikatakan oleh Noer Fauzi dan Dianto Bachrudi di atas. Dengan menggunakan hak menguasai negara sebagai legitimasi, pemerintah justru menepikan dan menegasikan hak-hak rakyat atas tanah. Dikeluarkannya berbagai produk perundang-undangan sektoral tentang pertambangan, kehutanan, perkebunan, dan sumber daya air, menunjukkan pergeseran pemaknaan hak menguasai negara. Terlalu banyak contoh yang bisa disebut, tetapi pengambilalihan hak atas tanah (dengan dalih) untuk “kepentingan umum” yang seringkali menimbulkan konflik dan pemberian hak guna usaha 95 tahun dalam UUPMA kemarin, adalah bukti yang tak tersangkal.

G. Analisa Hukum Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum Ditinjau Dari Pendekatan Komparatif

1. Konsep Kepentingan Umum

a. Dasar Kewenangan

Kewenangan Negara dalam pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum di Indonesia diderivasikan dari Hak Menguasai Negara. Berbeda dengan di Amerika Serikat yang bersumber pada *eminent domain*, dimana Negara (pemegang kedaulatan) diyakini memiliki kewenangan tersebut secara inheren. Dan meskipun kedua prinsip ini dipercaya telah menderivasikan (dan memberikan—di Amerika Serikat)

kewenangan tersebut, tetapi secara filosofis-historis kedua prinsip ini berbeda. Hak Menguasai Negara adalah prinsip yang justru lahir untuk menghapus prinsip *domein* Negara yang menjadi landasan filosofis dari *eminent domain*.⁸³

Hak menguasai negara memberikan kewenangan pengaturan dan penyelenggaraan bagi Negara. Dan dalam perkecualian untuk kepentingan umum, baru dapat mengambil hak atas tanah rakyat. Sedangkan *eminent domain* dianggap sebagai kekuasaan yang inheren dalam sebuah kekuasaan Negara (kedaulatan), dan menempatkan Negara sebagai “individu” yang dapat melakukan hubungan hukum sebagaimana individu (orang).⁸⁴ Sehingga logika berpikir dalam *eminent domain* ini adalah bahwa karena Negara tidak memiliki semua tanah maka Negara harus membayar kompensasi jika Negara memerlukan tanah milik rakyat untuk penyelenggaraan kepentingan umum tersebut.

Berbeda dengan Hak Menguasai Negara yang dalam UUPA menempatkan Negara sebagai personifikasi seluruh rakyat untuk mengatur, menyelenggarakan peruntukkan,

⁸³ Roscoe Pound mengatakan bahwa pengertian *res publicae* yang diartikan sebagai milik Negara dalam hukum modern adalah karena kekeliruan pada Abad Pertengahan mengenai kekuasaan yang berdaulat untuk mengatur pemakaian barang-barang (*imperium*) dengan pemilikan (*dominium*) dan gagasan mengenai negara sebagai satu badan hukum. Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, terj. M. Radjab, Bhratara, Jakarta, 1972, hal. 131.

⁸⁴ Penempatan Negara sebagai “individu” di Amerika Serikat sebagaimana individu perseorangan memberikan batasan yang lebih jelas yaitu batasan yang berlaku secara umum pula bagi pemilikan perseorangan. Sedangkan Negara di Indonesia dimaknai sebagai personifikasi seluruh rakyat. Dengan demikian, Pemerintah (lembaga eksekutif) seharusnya dipahami sebagai penyelenggara kenegaraan. Tetapi seharusnya penyelenggaraan Negara ini tidak hanya melibatkan Pemerintah, melainkan lembaga legislatif (sebagai perwakilan rakyat) dan lembaga yudikatif (sebagai pengawas dan penjaga hukum).

mengatur dan menentukan hubungan rakyat dan tanah, tetapi hanya bersifat hukum publik. Menurut asas ini, Negara tidak dapat memiliki tanah sebagaimana perseorangan, meskipun Negara dapat menguasai tanah Negara. Prinsip ini harus ditafsirkan sebagai peran Negara, yaitu sebagai wasit yang adil yang menentukan aturan main yang ditaati oleh semua pihak dan bahwa Negara juga tunduk pada peraturan yang dibuatnya sendiri ketika turut berperan sebagai aktor.⁸⁵

Selain itu, penerapan *eminent domain* di Amerika Serikat yang menganut kapitalisme-liberalisme dimana kebebasan dan persaingan usaha dijunjung tinggi, sejak semula telah memberi peluang sebesar-besarnya kepada swasta atau perseorangan untuk memiliki tanah dan mengusahakannya. Sedangkan secara historis, hak menguasai negara lahir untuk menghapus asas domein negara yang telah diterapkan kolonialis untuk memanfaatkan demi kepentingannya dan menjualnya kepada swasta dan partikelir.

Sebaliknya dengan konsep fungsi sosial hak atas tanah yang juga menjadi legitimasi Negara dalam pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum ini. Di Indonesia, sebagaimana telah diuraikan di atas bahwa fungsi sosial hak atas tanah dianggap inheren dalam hukum adat yang berlaku.

⁸⁵ Maria SW. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan: Antara Regulasi dan Implementasi*, edisi revisi, Jakarta, Kompas, 2005, hal. 43.

Sedangkan di Amerika Serikat, konsep ini lahir sebagai kontrol sosial terhadap kemutlakan dari pemilikan individu.

Tetapi kemudian, kedua konsep dasar yang dianut Indonesia dan konsep dasar di Amerika Serikat tidak jelas perbedaannya. Terutama karena Hak Menguasai Negara di Indonesia itu sendiri ketika dioperasionalisasikan tidak jelas pembatasannya.

b. Wewenang Perumusan “Kepentingan Umum”

1) Indonesia

Sejak berlaku kembalinya Undang-Undang Dasar 1945, dan dengan demikian Undang-Undang Dasar Sementara menjadi tidak berlaku, maka kewenangan Negara dalam pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum sekaligus perlindungan hukum bagi rakyat atas pemilikan tanahnya tidak lagi diatur dalam Konstitusi. Hal ini karena adanya anggapan bahwa pengakuan atas hak asasi manusia dalam Konstitusi terlalu liberal-individualis, sehingga tidak sesuai dengan konteks Indonesia.

Barulah dalam Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA), ketentuan tentang kewenangan Negara dalam pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum diatur kembali. Dan dikenal pula konsep Hak Menguasai Negara yang menjadi asas pokok keagrariaan. Dalam UUPA ini, pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum secara eksplisit hanya mengenal istilah pencabutan,

yang kemudian didelegasikan pengaturannya berdasar Undang-Undang. Sedangkan istilah penyerahan atau pelepasan hak atas tanah yang dilakukan oleh pemiliknya—sebagai pelaku aktif—pada dasarnya dikenal dalam hal hapusnya pemilikan tersebut sehingga beralih menjadi tanah Negara.⁸⁶

Selanjutnya ketentuan ini diatur secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961 sebagai Undang-Undang Organik. Kepentingan umum ditafsirkan secara luas oleh pembuat Undang-Undang dengan memberikan pedoman umum, yang nantinya diaplikasikan dengan suatu Keputusan Presiden. Lembaga legislatif hanya menetapkan beberapa kegiatan sebagai “untuk kepentingan umum” sebagaimana contoh yang telah disebutkan misalnya pembangunan jalan raya, pelabuhan, bangunan-bangunan untuk industri dan pertambangan, dan lainnya. Tetapi kemudian menyerahkan penetapan kegiatan “untuk kepentingan umum”—yang selain dalam contoh itu, kepada lembaga eksekutif sepenuhnya, yaitu dengan Keputusan Presiden. Dengan demikian Undang-Undang ini memberikan kewenangan yang luas kepada lembaga eksekutif untuk menafsirkan kepentingan umum, dan di sisi lain hanya menempatkan lembaga yudikatif (pengadilan)

⁸⁶ Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Pokok Agraria (UUPA), Pasal 27. Pada perkembangannya, istilah penyerahan atau pelepasan hak atas tanah (pengadaan tanah) lebih sering digunakan. Misalnya dalam Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993, Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 dan Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006.

sebagai lembaga yang menyelesaikan sengketa akibat keberatan atas besarnya ganti rugi yang diberikan, bukan untuk berperan menafsirkan kepentingan umum.

Pada perkembangannya, pengaturan pengambilalihan hak atas tanah ini hanya berbentuk regulasi yang dibuat oleh lembaga eksekutif/Pemerintah. Presiden bahkan mengeluarkan Instruksi yang memberi pedoman tentang penafsiran kepentingan umum. Padahal jika berpedoman pada Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961, maka Presiden hanya berwenang untuk mengeluarkan Keputusan Presiden yang merupakan jawaban atas permohonan pencabutan hak atas tanah untuk kepentingan umum. Artinya, Keputusan Presiden ini bersifat kasuistis yaitu bersifat penetapan dan berlaku sekali selesai (*einmalig*).

Dominasi lembaga eksekutif yang mereduksi peran serta lembaga lainnya makin jelas dengan dikeluarkannya Instruksi Presiden Nomor 9 Tahun 1973 Tentang Pelaksanaan Pencabutan Hak-Hak Atas Tanah Dan Bendabenda Yang Ada Di Atasnya. Apalagi kemudian dikeluarkan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 15 Tahun 1975 dan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 2 Tahun 1976, yang seharusnya hanya mengatur hal-hal yang dimandatkan oleh Undang-Undang Organiknya. Sehingga dari segi validitas hukum, Permendagri ini secara materiil maupun formil tidaklah sah. Adanya Keputusan Presiden

Nomor 55 Tahun 1993 pun tidak jauh berbeda dalam hal lembaga yang merumuskan penafsiran kepentingan umum ini. Lembaga legislatif tetap tidak disertakan, hingga dikeluarkannya Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 dan Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006.

Sehingga secara keseluruhan, peraturan perundang-undangan tentang pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum di Indonesia menunjukkan dominasi kewenangan di tangan lembaga eksekutif. Pelibatan DPRD dalam Rencana Pembangunan terkesan hanya prosedural-formal, karena persetujuan para wakil rakyat tersebut hanya terhadap suatu kegiatan pembangunan tertentu tanpa dijelaskan konsekuensi apabila terjadi ketidaksetujuan. Hal ini pada masa pemerintahan Orde Baru, makin didukung oleh sistem birokrasi yang sentralistik. Menurut Ricardo Simarmata,⁸⁷ dengan mewarisi sistem yang lama (Orde Lama dengan Demokrasi Terpimpinnya mempunyai sistem pemerintahan yang otoriter di bawah kekuasaan Presiden—*pen.*) dan dalam rangka mendukung stabilitas politik yang efektif dan tanggap terhadap Presiden sebagai pimpinan eksekutif maka penataan birokrasi pada masa ini diarahkan pada: *pertama*, mengalihkan wewenang pemerintahan ke tingkat birokrasi yang lebih tinggi dalam rangka pemusatan proses pembuatan kebijakan. *Kedua*, membuat birokrasi agar

⁸⁷ Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, UNDP Regional Centre in Bangkok, 2006, hal. 76-77.

efektif dan tanggap pada pemerintah pusat. Dan *ketiga*, memperluas wewenang pemerintah baru dan mengonsolidasikan pengendalian atas daerah.

Inilah perbedaannya dengan peraturan-peraturan pencabutan hak atas tanah sebelumnya (*Onteigeningsordonantie* 1920, Undang-Undang Dasar Sementara dan Konstitusi RIS dan juga UUPA), yakni yang semula harus berdasar Undang-Undang kemudian menurut Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961 yang dimandatkan oleh UUPA, “diaktualisasikan” menjadi berdasar Keputusan Presiden, dan selainnya adalah berdasar Rencana Pembangunan.

Dengan berpedoman pada pendapat Moh. Mahfud MD yang mengatakan bahwa Undang-Undang Pokok Agraria sebagai sebuah Undang-Undang yang bersifat responsif, tetapi lahir pada konfigurasi politik yang otoriter⁸⁸, maka demikian pula dapat dikatakan bahwa rezim pemerintahan tidak terlalu berpengaruh pada perumusan peraturan perundang-undangan tentang pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum. Indikasinya adalah, bahwa hingga masa pemerintahan reformasi pun, pengaturan ini tetap didominasi oleh lembaga eksekutif dan makin mengeliminir keterlibatan lembaga lainnya. Misalnya, dalam Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006 yang

⁸⁸ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta, LP3ES, 1998, hal. 117

menempatkan Pengadilan sebagai pihak yang pasif, yaitu untuk menitipkan ganti rugi (konsignasi).

Juga karena orientasi “kepentingan umum” kemudian lebih pada “kepentingan pembangunan”. Pada masa Orde Lama, pengambilalihan hak atas tanah adalah dalam rangka kepentingan umum, bukan kepentingan pembangunan (yang diasumsikan sebagai kepentingan umum). Kepentingan pembangunan berarti kepentingan yang harus tunduk pada arah kebijakan pembangunan. Sehingga perkembangan konsep kepentingan umum pun menjadi lebih dipengaruhi oleh kebijakan ekonomi atau kebijakan pembangunan yang diagendakan oleh pemerintahan tersebut. Semakin kapitalistik suatu rezim ekonomi, maka bisa dikatakan “kepentingan umum” pun semakin mengarah pada “kepentingan kapitalis”, yang diindikasikan dalam pemilihan prioritas kepentingan sebagai kepentingan umum, dan pembukaan kesempatan masuknya investasi swasta dalam penyelenggaraan kepentingan umum tersebut. Dan karena pihak swasta telah dengan sengaja disertakan, maka sebagai konsekuensinya adalah dimungkinkannya orientasi keuntungan dalam penyelenggaraan tersebut.

Perubahan orientasi pembangunan ekonomi berpengaruh pada perkembangan hukum pengambilalihan hak atas tanah terutama pilihan kepentingan dan nilai sosialnya, menurut Nurhasan Ismail, didasarkan pada

pemikiran adanya hubungan fungsional antar keduanya: (1) tanah sebagai sarana pokok dalam pembangunan, baik secara langsung maupun tidak langsung; (2) kegiatan “membangun” cenderung diartikan sebagai upaya perubahan dalam bidang ekonomi terutama perubahan struktur ekonomi.⁸⁹

2) Amerika Serikat

Eminent domain dipahami sebagai kewenangan yang inheren dalam suatu kedaulatan pemerintahan. Tetapi Amandemen V sebagai landasan konstitusional pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum tidak memberikan pembatasan yang jelas mengenai konsep *public use* itu. Sehingga penafsiran terhadap konsep ini pada mulanya dianggap sebagai wewenang diskresioner dari lembaga legislatif.⁹⁰ Artinya, pembuat Undang-Undang mempunyai kekuasaan yang mutlak untuk menentukan suatu kegiatan sebagai *public use*.

Kemudian terjadi perubahan yang mendasar ketika pengadilan menggunakan kewenangan *judicial review*-nya⁹¹

⁸⁹ Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum Pertanahan Indonesia: Suatu Pendekatan Ekonomi-Politik*, Disertasi pada Program Doktor Ilmu *Perkembangan Hukum Pertanahan Indonesia: Suatu Pendekatan Ekonomi-Politik*, Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, 2005, hal. 18.

⁹⁰ *Corpus Juris Secundum, Eminent Domain: In General*, Database updated February 2007. Diakses melalui <http://www.westlaw.com/>

⁹¹ Putusan Pengadilan atas kasus *Marbury vs. Madison* pada tahun 1803 merupakan preseden terpenting *judicial review*, yang memutuskan bahwa tindakan legislatif yang bertentangan dengan Konstitusi adalah bukan hukum. *Judicial review* ini bisa diajukan oleh setiap orang, badan hukum, Negara Bagian dan lainnya terhadap keabsahan suatu peraturan perundang-undangan atau pun tindakan pemerintah (eksekutif) asalkan mempunyai kepentingan yang nyata dan dilindungi

sehingga dapat menyatakan suatu peraturan sebagai tidak konstitusional. Perkembangan ini terutama setelah munculnya konsep *regulatory takings* yang mengaburkan pembatasan antara *eminent domain* dan *police power*. Misalnya pada kasus *Pennsylvania Coal Co. (1922)*. Tetapi perubahan terjadi lagi ketika pengadilan lebih bersifat sebagai penyokong ketentuan-ketentuan legislatif saja. Misalnya pada kasus *Poletown Neighborhood (1981)*. Dan otoritas pengadilan untuk menilai sesuai tidaknya suatu pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum (*taking*) terhadap Konstitusi, kembali digunakan sebagai satu-satunya lembaga yang berwenang, pada kasus *Hathcock (2004)*.

Sehingga dapat disimpulkan bahwa penafsiran kepentingan umum di Amerika Serikat melibatkan ketiga lembaga Negara dengan kewenangan masing-masing. Lembaga legislatif berwenang untuk membuat legislasi yang kemudian diterapkan oleh lembaga eksekutif atau pun kepada pihak lainnya yang ditunjuk untuk mendapatkan delegasinya. Dan lembaga yudikatif menjadi pengontrol dari keduanya, yang bahkan dapat menyatakan suatu produk dari keduanya adalah batal berdasar Konstitusi.

c. *Konsepsi Kepentingan Umum*

hukum. Jadi, *judicial review* ini berlaku terhadap tindakan lembaga legislatif dan lembaga eksekutif berdasar Konstitusi sebagai hukum tertinggi. Siti Fatimah, 2005, *Praktik Judicial Review di Indonesia: Sebuah Pengantar*, Pilar Media, Yogyakarta, hal. 48.

1. Indonesia

Latar belakang pemikiran yang digunakan dalam perumusan UUPA terutama konseptualisasi Hak Menguasai Negara adalah penempatan Negara sebagai personifikasi rakyat secara keseluruhan (integral). Pada paham Negara integralistik ini juga menempatkan manusia Indonesia sebagai makhluk dwi tunggal dimana kepentingan sosial (kepentingan umum) lebih diutamakan dari kepentingan individu, dengan anggapan bahwa kepentingan umum tersebut telah dengan sendirinya mengandung kepentingan individu.

Konsepsi kepentingan umum yang menempatkan kepentingan rakyat sebagai keseluruhan tampak pada Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961. Demikian juga pada Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993. Tetapi konsepsi tersebut kemudian dipengaruhi paham utilitarian yang hanya mensyaratkan kepentingan umum sebagai kepentingan sebagian besar lapisan masyarakat, sebagaimana dalam Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 dan Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006. Dengan konsep yang demikian, telah dipahami bahwa terdapat kemungkinan sebagian lapisan masyarakat tertentu akan dikorbankan untuk "kepentingan umum" tersebut. Karena itulah, seharusnya paling tidak ini diimbangi dengan perlindungan hukum bagi rakyat terhadap kemungkinan

terjadinya tindakan sewenang-wenang atas nama kepentingan umum.

Sedangkan dari segi daftar kegiatan yang termasuk kepentingan umum, yang tertuang dalam Instruksi Presiden Nomor 9 Tahun 1973, Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993, Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 dan Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006, penafsiran kepentingan umum bersifat fluktuatif, dalam arti penafsiran dilakukan secara luas dalam Instruksi Presiden Nomor 9 Tahun 1973, kemudian menyempit pada Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993, tetapi meluas lagi pada Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005. Sedangkan Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006, secara umum tetap menganut penafsiran secara luas yaitu jika dilihat dari kriterianya, dan pemilihan beberapa kegiatan yang tetap diakomodir sebagai kepentingan umum –yang mengeliminir kegiatan lainnya– tetapi jumlah atau jenis dari kegiatan tersebut dikurangi.

Demikian juga pergeseran kepentingan terjadi, dari yang berorientasi kapitalistik pada Instruksi Presiden Nomor 9 Tahun 1973 yaitu dengan memberi peluang swasta dalam penyelenggaraan “kepentingan umum” yang tercantum, bahkan untuk menggunakan prosedur pencabutan hak atas tanah seperti Pemerintah (dengan penempatan yang “sejajar”, yaitu dengan menggunakan kata “maupun”). Dan kemudian “dihaluskan” dengan

prosedur pembebasan tanah dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 15 Tahun 1975 yang memberi kesempatan yang sama kepada swasta dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 2 Tahun 1976. Tetapi kemudian kriteria “tidak untuk mencari keuntungan” dalam Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 secara normatif menghapus kemungkinan pihak swasta untuk menggunakan prosedur pengadaan tanah untuk kepentingan umum oleh Pemerintah. Selanjutnya orientasi mencari keuntungan kembali dimungkinkan, demikian juga keterlibatan pihak swasta kembali dibuka dalam Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005. Yaitu dengan penghapusan syarat “dimiliki Pemerintah” dan “tidak untuk mencari keuntungan” dalam pedoman umum kriteria kepentingan umumnya. Dan penafsiran kepentingan umum dalam daftar kegiatan yang memuat jenis-jenis kegiatan seperti pembangunan jalan tol, saluran air minum/air bersih, serta pembangkit, transmisi dan distribusi listrik. Demikian juga kriteria “dimiliki atau akan dimiliki Pemerintah” dalam Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006 meskipun mengurangi peluang swasta untuk memanfaatkan prosedur dalam Peraturan Presiden ini, tetapi tetap membuka peluang kemitraan antara Pemerintah dan swasta yang bisa dilakukan dengan perjanjian BOT atau KSO⁹², yaitu yang difasilitasi Pemerintah tetapi pembiayaan ditanggung oleh

⁹² BOT (Built-Operate-Transfer), KSO (Kerja Sama Operasional).

swasta.⁹³ Apalagi Peraturan Presiden ini tetap menghapus syarat “tidak untuk mencari keuntungan” dan menafsirkan kepentingan umum sebagai kepentingan sebagian besar lapisan masyarakat.

2. Amerika Serikat

Seperti telah diuraikan sebelumnya, di Amerika Serikat terdapat dua filosofi penafsiran kepentingan umum. *Pertama*, penafsiran secara sempit, *as a public use*, meliputi penggunaan oleh mayoritas/sebagian besar dari masyarakat umum yang tidak secara langsung berpartisipasi. Dengan penafsiran yang demikian, bisa dikatakan pandangan tersebut sejak awal dipengaruhi oleh utilitarianisme. Sedangkan penafsiran yang *kedua* lebih meluas, *as a public benefit*, yaitu yang akan memberi keuntungan, bahkan bagi pribadi.⁹⁴

Tetapi dalam penerapannya, penafsiran kepentingan umum ini, setelah pada masa industrialisasi mengalami perluasan penafsiran secara ekstrim, kemudian dipersempit

⁹³ Maria SW. Sumardjono, *Perpres No. 36/05, Langkah Maju atau Mundur?*, Kompas, 11 Mei 2005. Menurut beliau, ke depan, ada dua hal alternatif yang perlu dipikirkan: (1) tetap membedakan antara kegiatan pembangunan untuk kepentingan umum dan bukan kepentingan umum. Kegiatan pembangunan untuk kepentingan umum hanya dapat dilakukan oleh pemerintah, dan swasta sama sekali tidak dimungkinkan dengan cara apa pun menggunakan fasilitas pemerintah; (2) tidak perlu membedakan antara kegiatan pembangunan untuk kepentingan umum dan bukan kepentingan umum, tetapi terhadap setiap kegiatan pembangunan yang memerlukan tersedianya tanah yang berdampak terhadap kesejahteraan sosial ekonomi pemegang hak atas tanah, tatacaranya diatur dalam undang-undang.

⁹⁴ *Corpus Juris Secundum, Eminent Domain: In General*, Database updated February 2007. Diakses melalui <http://www.westlaw.com/>. Hal ini berbeda pula dengan di Indonesia yang tidak mensyaratkan pendelegasian secara jelas dan eksplisit tersebut, karena peraturan di Indonesia pun tidak secara tegas mengatur tentang keterlibatan swasta.

lagi pada tahun-tahun terakhir abad XX. Pembatasan tersebut lebih diperkuat dengan diberikannya perlindungan hukum yang kuat⁹⁵ dan semakin menguatnya otoritas Pengadilan dalam penafsiran kepentingan umum tersebut.

Akan halnya keterlibatan swasta, sejak awal pemerintah Amerika Serikat telah membuka peluang seluas-luasnya bagi perseorangan maupun swasta untuk ikut serta menyelenggarakan pembangunan untuk kepentingan umum. Tetapi dalam hal penerapan *eminent domain*, swasta harus mendapat delegasi atau penunjukkan secara jelas dan eksplisit dari pemerintah.⁹⁶

2. Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum bagi pemilik atas tanah yaitu penghormatan atas hak-haknya, baik itu hak atas tanah, atau pun hak ekonomi-sosial lainnya menjadi penting untuk mencegah kesewenang-wenangan penguasa yang mengatasnamakan kepentingan umum. Menurut Philipus M. Hadjon¹³, perlindungan hukum bagi rakyat dapat bersifat preventif yaitu dengan memberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan Pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Dan perlindungan hukum yang bersifat represif yaitu untuk menyelesaikan masalah yang telah timbul

⁹⁵ Berkaitan dengan pembatasan hukum tentang penafsiran-penafsiran makna kepentingan umum dengan diberikannya perlindungan hukum yang kuat, dibutuhkan penelitian yang lebih lanjut.

⁹⁶ *Corpus Juris Secundum, Eminent Domain: In General*, Database updated February 2007. Diakses melalui <http://www.westlaw.com/>. Hal ini berbeda pula dengan di Indonesia yang tidak mensyaratkan pendelegasian secara jelas dan eksplisit tersebut, karena peraturan di Indonesia pun tidak secara tegas mengatur tentang keterlibatan swasta.

sebagai akibat dilaksanakannya keputusan Pemerintah tersebut, baik melalui Pengadilan Tata Usaha Negara atau Pengadilan Umum.

a. Perlindungan Hukum Preventif

1) Indonesia

Secara keseluruhan, peraturan perundang-undangan tentang pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum di Indonesia tidak memberikan perlindungan hukum yang bersifat preventif dimana pemilik hak atas tanah dan pihak yang berkepentingan dapat mengajukan kesempatan menyatakan keberatan atas substansi pengambilalihan hak atas tanah tersebut. Kemungkinan pengajuan keberatan hanya diberikan atas besarnya ganti rugi, bukan pada substansi pengambilalihan hak atas tanah itu sendiri yaitu “kepentingan umum”.

Hal ini juga bisa dilihat dari tidak disertakannya lembaga legislatif sebagai wakil rakyat dalam perumusan kepentingan umum tersebut karena pengaturannya yang hanya dalam bentuk regulasi yang dibuat oleh pemerintah. Sosialisasi dari kegiatan “untuk kepentingan umum” yang dilakukan lebih menempatkan masyarakat sebagai pihak yang pasif dalam proses perumusan kepentingan umum. Demikian juga adanya lembaga musyawarah yang menyertakan masyarakat hanya dalam hal penentuan besarnya ganti rugi.

Pencabutan hak atas tanah untuk kepentingan umum menurut Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961 adalah perbuatan hukum Pemerintah yang dilakukan secara sepihak. Hal ini berarti bahwa suatu keberatan atas tindakan Pemerintah tersebut tidak dimungkinkan untuk diajukan kepada Pengadilan. Perlindungan hukum bagi rakyat adalah dalam bentuk harus dipenuhinya prosedur pencabutan hak atas tanah yang ditetapkan oleh Undang-Undang ini, dan dimungkinkannya pengajuan keberatan atas besarnya ganti rugi melalui acara Banding ke Pengadilan Tinggi.

Sedangkan tindakan pembebasan tanah menurut Permendagri Nomor 15 Tahun 1975, pada dasarnya merupakan tindakan yang melibatkan kedua pihak dalam suatu forum musyawarah. Tetapi musyawarah ini adalah untuk menetapkan jumlah ganti rugi, bukan perumusan substansi pengambilalihan hak atas tanah yaitu kepentingan umum. Sehingga perlindungan hukum bagi rakyat secara preventif juga tidak diberikan dalam pembebasan tanah.

Perkembangan selanjutnya adalah acara pengadaan tanah untuk kepentingan umum yaitu melalui pelepasan atau penyerahan hak atas tanah menurut Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993. Musyawarah juga diberikan tetapi hanya dalam penetapan ganti rugi. Selanjutnya pencabutan hak atas tanah dimungkinkan sebagai upaya terakhir.

Tetapi pencampuradukkan⁹⁷ prosedur pelepasan atau penyerahan hak atas tanah dengan pencabutan hak atas tanah justru terjadi pada Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 dan meskipun kemudian ditentukan secara terpisah tetapi pada dasarnya tidak banyak mengalami perbaikan dalam Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006, yaitu dengan adanya batas waktu 120 hari. Padahal kedua Peraturan Presiden tersebut lahir setelah Amandemen II Undang-Undang Dasar 1945 yang telah mengakui secara jelas dan eksplisit tentang Hak Asasi Manusia termasuk hak milik.

Dari uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa perlindungan hukum bagi rakyat secara preventif tidak diberi kemungkinannya dalam peraturan perundang-undangan tentang pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum di Indonesia. Hal ini dapat disimpulkan dari: (1) musyawarah sebelum pelaksanaan pengambilalihan hak atas tanah tersebut hanya untuk menetapkan besarnya ganti rugi, bukan substansi kepentingan umum itu sendiri; (2) tidak dilibatkannya lembaga legislatif dalam perumusan kepentingan umum. Padahal seharusnya untuk mencegah kesewenang-wenangan akibat meluasnya penafsiran kepentingan umum sebagai alasan pengambilalihan hak atas

⁹⁷ Pasal 2 ayat (1) Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005.

tanah, maka harus diimbangi dengan kuatnya perlindungan hukum bagi rakyat.

2) Amerika Serikat

Berbeda dengan di Indonesia, mekanisme yang ditentukan dalam pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum di Amerika Serikat—sebagaimana telah diuraikan di atas—memberikan perlindungan hukum yang bersifat preventif kepada masyarakat yang akan terkena *taking* tersebut. Perumusan kepentingan umum yang dilakukan oleh lembaga legislatif menunjukkan adanya perlindungan hukum yang preventif bagi pemilik hak atas tanah.

Yang terpenting adalah keharusan dipenuhinya *due process* yang memberikan kemungkinan masyarakat untuk mengajukan keberatan kepada Pengadilan sebelum pengambilalihan itu dilakukan, baik itu mengenai *public use* maupun *just compensation*. Dalam proses ini selanjutnya dilakukan “dengar pendapat” dari kedua pihak yaitu masyarakat dan pemerintah atau swasta yang mendapat delegasi.⁹⁸ Barulah diputuskan oleh Pengadilan, apakah pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum itu telah memenuhi *due process* sehingga bisa dilaksanakan atau belum. Proses ini menghentikan pengambilalihan hak

⁹⁸ Lilis Nur Faizah, *Analisis Komparatif Hukum Pengambilalihan Hak atas Tanah untuk Kepentingan Umum*, Artikel, dalam zeilla.files.wordpress.com/2008/05/.

atas tanah. Jika kemudian Pengadilan menilai *due process* ini telah dipenuhi maka Pengadilan menetapkan ganti rugi yang layak dan pengambilalihan hak atas tanah dilanjutkan. Demikian juga sebaliknya, pengambilalihan hak atas tanah bisa dihentikan apabila *due process* tersebut tidak dipenuhi.

Due process ini kemudian berkaitan dengan *judicial review*, karena pada perkembangannya *due process* saja menjadi tidak cukup jika itu bertentangan dengan Konstitusi sebagai hukum tertinggi. Sehingga lembaga yudikatif dalam hal ini Mahkamah Agung mempunyai otoritas untuk mengontrol dan membatasi suatu tindakan lembaga legislatif dan lembaga eksekutif dengan mengujinya terhadap Konstitusi dan bisa menyatakannya sebagai inkonstitusional.

b. Perlindungan Hukum Represif

1) Indonesia

Dari segi perlindungan hukum represifnya yaitu setelah atau ketika pelaksanaan pengambilalihan hak atas tanah tersebut, maka parameter yang digunakan adalah diberikannya jaminan mendapatkan ganti rugi yang layak, tersedianya lembaga musyawarah dan tersedianya upaya hukum yang diberikan. Menurut Maria SW. Sumardjono,⁹⁹

⁹⁹ Maria SW. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan: Antara Regulasi dan Implementasi*, edisi revisi, Jakarta, Kompas, 2005, hal 89-91.

dalam penentuan ganti rugi seharusnya diperhitungkan pula faktor-faktor berikut:

- hilangnya hak atas tanah, bangunan, tanaman, dan lainnya;
- hilangnya sumber penghidupan dan pendapatan;
- bantuan untuk pindah ke lokasi lain dengan memberikan alternatif lokasi baru yang dilengkapi dengan fasilitas pelayanan yang layak;
- bantuan pemulihan pendapatan agar tercapai keadaan yang setara dengan sebelumnya.

Pemberian ganti rugi juga tidak hanya diberikan kepada pemegang hak atas tanah (yang sah/besertifikat), tetapi juga terhadap:

- yang menguasai tanah tanpa sertifikat dan bukti pemilikan lain;
- penyewa bangunan;
- penyewa/petani penggarap yang akan kehilangan hak sewa atau tanaman hasil usaha di tanah tersebut;
- buruh tani/tunawisma yang akan kehilangan pekerjaan;
- pemakai tanah tanpa hak yang akan kehilangan lapangan kerja atau penghasilan;
- masyarakat hukum adat yang akan kehilangan tanah dan sumber penghidupan.

Dari sejumlah peraturan tersebut, ganti rugi yang diberikan lebih bersifat materiil yaitu atas kerugian yang bersifat fisik. Baru kemudian pada Peraturan Presiden

Nomor 36 Tahun 2005 dan Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006, diperkenalkan ganti rugi atas kerugian immateriil. Tetapi kemudian ini tidak dijelaskan secara khusus, baik itu mengenai ruang lingkup kerugian immateriil maupun jenis dan jumlah ganti ruginya.

Lembaga musyawarah sebagaimana telah disebut di atas, disediakan dalam acara pembebasan tanah dan pengadaan tanah. Musyawarah secara langsung yang dilakukan secara independen menurut Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 kemudian dibatasi dengan waktu 90 hari dalam Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 dan menjadi 120 hari menurut Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006. Meskipun tujuan pembatasan hari tersebut untuk kepastian bagi kedua belah pihak tetapi batas waktu ini dapat mengurangi perlindungan hukum bagi rakyat yang diambilalih hak atas tanahnya, terutama jika kemudian ganti rugi ditetapkan secara sepihak dan dititipkan ke Pengadilan.

Sedangkan dari segi upaya hukum yang diberikan adalah sebagai berikut:¹⁰⁰

- Penyelesaian secara internal, dalam arti dilakukan tanpa melibatkan lembaga lain yaitu hanya di lingkungan eksekutif. Hal ini bisa dilihat dalam upaya penyelesaian

¹⁰⁰ Catatan: upaya hukum yang kedua dan ketiga tidak diatur secara jelas dalam Peraturan Perundang-undangan tentang Pengambilalihan Hak atas Tanah untuk Kepentingan Umum. Tetapi dimungkinkan berdasar perkembangan hukum di Indonesia.

yaitu pengajuan keberatan kepada Gubernur (eksekutif). Penyelesaian ini dimungkinkan dalam pembebasan tanah dan pengadaan tanah berdasar pelepasan atau penyerahan hak atas tanah;

- Sedangkan penyelesaian sengketa yang melibatkan lembaga yudikatif (Pengadilan) diberikan dengan pengajuan upaya hukum Banding ke Pengadilan Tinggi pada tingkat pertama dan terakhir. Tetapi perlu diperhatikan bahwa keterlibatan Pengadilan yang diatur di sini hanya mengenai jumlah ganti rugi, tidak diatur mengenai kemungkinan dilakukannya penafsiran atau penemuan hukum oleh Pengadilan terhadap substansi “untuk kepentingan umum”. Batas waktu pengajuan keberatan ini hanya satu bulan setelah diperolehnya Keputusan Presiden tentang pencabutan hak atas tanah tersebut oleh pemilik atau pemegang hak atas tanah. Ditentukan pula bahwa proses ini tidak menghentikan pelaksanaan pencabutan hak atas tanah;
- Pada dasarnya setelah dikenal adanya Pengadilan Tata Usaha Negara maka dimungkinkan pula mengajukan keberatan atas suatu tindakan pemerintah atau Keputusan Tata Usaha Negara ke Pengadilan tersebut. Hal ini dimungkinkan, apabila suatu tindakan Pemerintah berupa pengambilalihan hak atas tanah itu tidak sesuai dengan prosedur atau tidak sesuai dengan kewenangan yang diberikan, atau tindakan yang

onrechtmatige-overheidsdaad. Kemungkinan terjadinya perbuatan melawan hukum oleh penguasa ini misalnya dalam bentuk penetapan ganti rugi yang tidak mengindahkan dasar pertimbangan yang layak, daerah penampungan yang tidak memenuhi standar persyaratan hidup dan terisolir secara sosial.¹⁰¹ Tetapi Keputusan Tata Usaha Negara yang dapat diajukan adalah yang bersifat konkrit, individual, final dan berakibat hukum (penetapan). Sehingga dalam hal pencabutan hak atas tanah berdasar Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1961 yang mengharuskan suatu Keputusan Presiden yang bersifat penetapan, maka pengajuan ke Pengadilan Tata Usaha Negara sebenarnya dimungkinkan.¹⁰² Sedangkan dalam acara pembebasan tanah dan pengadaan tanah maka Keputusan Tata Usaha Negara tersebut juga harus memenuhi kriteria konkrit, individual, final dan berakibat hukum (penetapan), misalnya Surat Keputusan Gubernur atau Kepala Daerah yang telah ditujukan kepada perseorangan;

- Sebagai alternatif lainnya, pengajuan hak uji materiil (*judicial review*) atas peraturan yang berlaku secara umum *regelingen* kepada Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi juga bisa dilakukan atas suatu peraturan

¹⁰¹ Marmin M. Roosadijo, *Tinjauan Pencabutan Hak-Hak atas Tanah dan Benda-Benda yang Ada di Atasnya*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1982, hal. 31-32.

¹⁰² Peraturan perundang-undangan mengenai Pengadilan Tata Usaha Negara baru dikeluarkan pada tahun 1986, yaitu berdasar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986.

perundang-undangan tentang pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum.¹⁰³

2) Amerika Serikat

Dari uraian mengenai perlindungan hukum di AS di atas, dapat disimpulkan bahwa perlindungan hukum represif yang diberikan tidak hanya meliputi pengajuan keberatan atas besarnya *just compensation*, tetapi sebagaimana telah diuraikan, keharusan dipenuhinya konsep *public use* juga bisa diajukan hingga Mahkamah Agung Federal (*US. Supreme Court*) sebagai lembaga pengadilan tertinggi.¹⁰⁴

Pada awalnya Pengadilan hanya berwenang menilai *due process* dengan menempatkan kewenangan perumusan kepentingan umum dalam pengambilalihan hak atas tanah sebagai wewenang diskresioner lembaga legislatif. Dengan demikian, jika legislatif telah membuat peraturan maka Pengadilan hanya menilai dari segi hukumnya. Tetapi pada perkembangannya Pengadilan berwenang untuk menilai produk legislatif dan eksekutif berdasar Konstitusi. Bahkan Mahkamah Agung berwenang untuk menyatakan inkonstitusional tindakan legislatif dan eksekutif tersebut melalui *judicial review*.

¹⁰³ Seperti yang dilakukan terhadap Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005. Upaya hukum ini dilakukan terutama terhadap substansi kepentingan umum, tidak hanya mengenai aspek prosedural formal pengambilalihan hak atas tanah untuk kepentingan umum tersebut.

¹⁰⁴ Lilis Nur Faizah, *Analisis Komparatif Hukum Pengambilalihan Hak atas Tanah untuk Kepentingan Umum*, Artikel, dalam zeilla.files.wordpress.com/2008/05/.