**BAB II**

**TINJAUAN PUSTAKA**

**PEMIDANAAN PELAKU PENGGANTIAN TANAMAN TEH**

**MENJADI TANAMAN PALAWIJA DIATAS TANAH KONFLIK**

**EKS HGU PTPN VIII DAYEUHMANGGUNG DIHUBUNGKAN DENGAN**

**PP NO. 40 TAHUN 1996 TENTANG HAK GUNA USAHA,**

**HAK GUNA BANGUNAN DAN HAK PAKAI ATAS TANAH**

1. **Pidana dan Pemidanaan.**
	1. **Pengertian Pidana.**

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi II Cetakan IX, dicantumkan pengertian “Pidana” yaitu hukum kejahatan (hukum untuk perkara kejahatan/ kriminal ).[[1]](#footnote-1)

**Moeljatno** membedakan istilah “Pidana” dan “Hukuman”. Beliau tidak setuju terhadap istilah-istilah konvensional yang menentukan bahwa istilah “Hukuman” berasal dari kata *“Straf*” dan istilah “Dihukum” berasal dari perkataan “*Wordt Gestraft*”. Beliau menggunakan istilah yang inkonvensional, yaitu “Pidana” untuk kata “*Straf*” dan “Diancam dengan Pidana” untuk kata “*Wordgestraft*”. Hal ini disebabkan apabila kata *“Straf”* diartikan “Hukuman”, maka kata “*Straf Recht*” berarti “Hukum-Hukuman”. Menurut Moeljatno, “Dihukum” berarti diterapi hukum, baik hukum perdata maupun hukum pidana. “Hukuman” adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum tadi yang mempunyai arti lebih luas, sebab dalam hal ini tercakup juga keputusan hakim dalam lapangan hukum perdata.[[2]](#footnote-2)

Hal di atas juga selaras dengan yang dikemukakan oleh **Sudarto**, bahwa “Penghukuman” berasal dari kata “Hukum” atau “Memutuskan tentang hukumnya (*Berechten*)". “Menetapkan Hukum” untuk suatu peristiwa tidak hanya menyangkut bidang pidana saja, akan tetapi juga hukum perdata.[[3]](#footnote-3)

Menurut **Wirjono Prodjodikoro**, kata “Hukuman” sebagai istilah tidak dapat menggantikan kata “Pidana”, sebab ada istilah “Hukum Pidana” disamping “Hukum Perdata” seperti ganti kerugian berupa pembayaran sejumlah uang atau penyitaan barang.[[4]](#footnote-4)

Dalam kesempatan yang lain, Sudarto berpendapat bahwa istilah dan makna pidana tidak dapat dipisah lepaskan dengan hukum pidana, karena pidana adalah bagian/komponen penting dari hukum pidana.[[5]](#footnote-5)

Dalam sistem hukum di Indonesia, pidana dan perbuatan-perbuatan yang diancam pidana harus lebih dahulu tercantum dalam Undang-Undang Pidana. Hal ini sesuai dengan asas yang disebut dengan *Nullum Delictum Nulla Poena Sinepraevia Lege Poenali*, seperti yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Dalam hal ini terdapat perbedaan istilah hukuman dan pidana. Suatu pidana harus berdasarkan Undang-Undang, sedangkan hukuman lebih luas pengertiannya, karena dalam pengertian hukuman, di dalamnya termasuk keseluruhan norma, baik norma kepatutan, kesopanan, kesusilaan dan kebiasaan.

Walaupun demikian, kedua istilah tersebut tetap mempunyai persamaan, yaitu sama-sama berlatar-belakang pada tata nilai (*value*), baik dan tidak baik, sopan dan tidak sopan, diperbolehkan dan dilarang dan seterusnya.

Berkaitan dengan siapakah yang berhak menjatuhkan pidana, pada umumnya para sarjana hukum telah sependapat bahwa negara atau pemerintahlah yang berhak untuk memidana atau memegang *Jus Puniendi* itu. Tetapi yang dipermasalahkan dalam hal ini adalah apa yang menjadi alasan sehingga negara atau pemerintah yang berhak untuk memidana.

Menurut **Beysens**, negara atau pemerintah berhak memidana karena :

1. Sudah menjadi kodrat alam, negara itu bertujuan dan berkewajiban mempertahankan tata tertib masyarakat atau ketertiban negara. Di sinilah ternyata bahwa pemerintah itu benar-benar berfungsi atau benar-benar memerintah. Berdasarkan atas hakekat bahwa manusia secara alamiah, maka pemerintah berhak untuk membalas pelanggaran tersebut dengan jalan menjatuhkan sanksi yang bersifat pembalasan itu.
2. Pidana yang dijatuhkan itu bersifat pembalasan kepada perbuatan-perbuatan yang dilakukan dengan sukarela. Pidana yang dijatuhkan itu tidak boleh bersifat balas dendam, tetapi bersifat obyektif dengan cara memberikan kerugian kepada seseorang karena perbuatan melanggar hukum yang dilakukannya dengan sukarela dan dapat dipertanggung-jawabkan kepadanya.[[6]](#footnote-6)

Dalam hal hakekat serta apa yang menjadi tujuan pemidanaan itu, perlu dikemukakan lagi bahwa hukum pidana merupakan hukum sanksi yang istimewa, atau menurut Sudarto merupakan sistem sanksi yang negatif. Hukum pidana itu diterapkan jika sarana (upaya) lain sudah tidak memadai, sehingga hukum pidana dikatakan juga mempunyai fungsi atau sifat yang *Subsidiair*.[[7]](#footnote-7)

Menurut **Leo Polak**, apakah hakekat, makna, tujuan serta ukuran dari penderitaan pidana yang patut diterima, merupakan problema yang tidak terpecahkan. Terhadap pendapat Leo Polak itu, Sudarto menegaskan bahwa sejarah dari hukum pidana pada hakekatnya merupakan sejarah pidana dan pemidanaan. Pidana termasuk juga tindakan (*Maatregel*, *Masznahme*), bagaimanapun juga merupakan suatu penderitaan, sesuatu yang dirasakan tidak enak untuk dikenai. Oleh karena itu, orang tidak tidak pernah ada henti-hentinya untuk mencari dasar, hakekat dan tujuan pidana dan pemidanaan, untuk memberikan pembenaran dari pidana itu sendiri.[[8]](#footnote-8)

Mengenai hakekat pidana, pada umumnya para penulis menyebutnya sebagai suatu penderitaan atau nestapa. **Bonger** mengatakan bahwa pidana adalah mengenakan suatu penderitaan, karena orang itu telah melakukan suatu perbuatan yang merugikan masyarakat. Pendapat ini sama dengan pendapat Roeslan Saleh yang mengatakan bahwa pidana adalah “reaksi atas delik dan berwujud suatu nestapa yang sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu”.[[9]](#footnote-9)

Hal senada juga dikemukakan oleh **Andi Hamzah** bahwa pidana dipandang sebagai suatu nestapa yang dikenakan karena melakukan suatu delik. Akan tetapi hal ini bukan merupakan tujuan akhir, melainkan hanya tujuan terdekat. Hal tersebut yang membedakan antara pidana dan tindakan karena tindakan juga dapat berupa nestapa tetapi bukan merupakan suatu tujuan. [[10]](#footnote-10)

Dalam hal tujuan pidana, **Plato dan Aristoteles** mengemukakan bahwa:

*“Pidana itu dijatuhkan bukan karena telah berbuat jahat, tetapi agar jangan diperbuat kejahatan, hal ini merupakan suatu kenyataan bahwa hukum pidana bersifat preventif atau pencegahan agar tidak melakukan kejahatan atau pelanggaran”.[[11]](#footnote-11)*

Demikian pula **Herbert L. Packer** yang berpendapat bahwa tingkatan atau derajat ketidakenakan atau kekejaman bukanlah ciri yang membedakan “*Punishment*” dan “*Treatment*”.[[12]](#footnote-12)

Perbedaan antara “*Punishment*” (pidana) dan “*Treatment*” (tindakan perlakuan) harus dilihat dari tujuannya, seberapa jauh peranan dari perbuatan si pelaku terhadap adanya pidana atau tindakan perlakuan. Menurut H.L. Packer, tujuan utama dari *“Treatment”* adalah untuk memberikan keuntungan atau untuk memperbaiki orang yang bersangkutan. Fokusnya bukan pada perbuatannya yang telah lalu atau akan yang datang, akan tetapi pada tujuan untuk memberikan pertolongan kepadanya. Jadi, dasar pembenaran dari “*Treatment*” adalah pada pandangan bahwa orang yang bersangkutan akan atau mungkin menjadi lebih baik. Dengan demikian tujuan utamanya adalah untuk meningkatkan kesejahteraan orang yang bersangkutan.[[13]](#footnote-13)

Sedangkan *“Punishment”* menurut H.L. Packer, pembenarannya didasarkan pada 1 (satu) atau 2 (dua) tujuan sebagai berikut :

1. Untuk mencegah terjadinya kejahatan atau perbuatan yang tidak dikehendaki atau perbuatan yang salah (*the prevention of crime orundersired conduct or ofending conduct*).
2. Untuk mengenakan penderitaan atau pembalasan yang layak kepada si pelanggar (*the deserved inliction of suffering on evildoers/retribution forperceived wrong doing*).[[14]](#footnote-14)

Dengan demikian, pada masalah pidana, titik beratnya adalah pada perbuatan salah atau tindak pidana yang telah dilakukan oleh si pelaku. Dengan perkataan lain, perbuatan itu mempunyai peranan yang besar dan merupakan syarat yang harus ada untuk terjadinya “*Punishment*”.[[15]](#footnote-15)

Selanjutnya ditegaskan oleh H.L. Packer, bahwa : Dalam hal “*Punishment*”, kita memperlakukan seseorang karena ia telah melakukan suatu perbuatan salah dengan tujuan, baik untuk mencegah terulangnya perbuatan itu maupun untuk mengenakan penderitaan atau untuk kedua-duanya.[[16]](#footnote-16) Sedangkan “*Treatment*” tidak diperlukan adanya hubungan dengan perbuatan. Kita memperlakukan orang itu karena kita berpendapat atau beranggapan bahwa ia akan menjadi lebih baik. Kita juga boleh mengharap atau berpikiran, bahwa orang yang dikenakan pidana akan menjadi lebih baik, tetapi bukan karena hal itu kita berbuat demikian, karena tujuan utamanya adalah melakukan pencegahan terhadap perbuatan salah dan bukan perbaikan terhadap diri si pelanggar.

Dengan demikian H.L. Packer juga menegaskan bahwa sepanjang perhatian kita tujukan pada :

1. Aktivitas seseorang di masa yang akan datang untuk sesuatu yang telah dilakukannya pada masa lalu (*a person’s future activity to something he hasdone in the past*).
2. Perlindungan terhadap orang lain dari pada perbaikan terhadap diri si pelaku (*the protection of other rather than the betterment of the person being dealtwith*), maka perlakuan yang demikian disebut “*Punishment*”.[[17]](#footnote-17)

Menurut **Muladi dan Barda Nawawi Arief**, dengan melihat dasar orientasi dari 2 (dua) tujuan di atas, maka Packer memasukkan adanya 2 (dua) tujuan itu ke dalam definisinya sebagai “*Punishment*”.

Dalam hal perbedaan secara tradisional antara pidana dan tindakan, Sudarto mengemukakan sebagai berikut :

*“Pidana adalah pembalasan (pengimbalan) terhadap kesalahan si pembuat, sedangkan tindakan adalah untuk perlindungan masyarakat dan untuk pembinaan atau perawatan si pembuat.” [[18]](#footnote-18)*

Jadi secara dogmatis menurut Sudarto, pidana itu ditujukan untuk orang yang normal jiwanya, untuk orang yang mampu bertanggung-jawab, sebab orang yang tidak mampu bertanggung-jawab tidak mempunyai kesalahan dan orang yang tidak mempunyai kesalahan tidak mungkin dipidana dan terhadap orang ini dapat dijatuhkan tindakan.[[19]](#footnote-19)

Akan tetapi tidak semua sarjana berpendapat bahwa pidana pada hakekatnya merupakan suatu penderitaan atau nestapa. Menurut **Hulsman**, hakekat pidana adalah “Menyerukan untuk tertib” (*Tot De Orde Roepen*).[[20]](#footnote-20)

Hal ini selaras dengan pendapat yang disampaikan oleh **G.P. Hoefnagels**. Dalam Buku Muladi dan Barda Nawawi Arief, dikatakan bahwa Hoefnagels tidak setuju dengan pendapat bahwa pidana merupakan suatu pencelaan (*Censure*) atau suatu penjeraan (*Discouragement*) atau merupakan suatu penderitaan (*Suffering*). Pendapatnya ini bertolak pada pengertian yang luas, bahwa sanksi pidana adalah semua reaksi terhadap pelanggaran hukum yang telah ditentukan oleh Undang-Undang, sejak penahanan dan pengusutan terdakwa oleh polisi sampai vonis dijatuhkan. Jadi Hoefnagels melihatnya secara empiris, bahwa proses pidana yang dimulai dari penahanan, pemeriksaan sampai dengan vonis dijatuhkan merupakan suatu pidana.[[21]](#footnote-21)

**2. Unsur-Unsur Tindak Pidana Perusakan.**

Suatu perbuatan dapat disebut peristiwa pidana harus mencukupi syarat-syarat sebagi berikut :

1. Harus ada suatu perbuatan manusia.
2. Perbuatan itu harus sesuai dengan apa yang dilukiskan didalam ketentuan hukum.
3. Harus terbukti adanya “Dosa” pada orang yang berbuat, yaitu orangnya harus dapat dipertanggung-jawabkan.
4. Perbuatan itu harus berlawanan dengan hukum.
5. Terhadap perbuatan itu harus tersedia ancaman hukumannya di dalam Undang-Undang.”[[22]](#footnote-22)

Tindak Pidana atau *Straafbar Feit* dalam Kamus Hukum artinya adalah : Suatu perbuatan yang merupakan suatu tindak pidana yang dapat dijatuhi hukuman.[[23]](#footnote-23) Tiap-tiap perbuatan pidana harus terdiri atas unsur-unsur lahir, oleh karena itu perbuatan yang mengandung kelakuan dan akibat yang ditimbulkan adalah suatu kejadian dalam alam lahir. Disamping kelakuan dan akibat untuk adanya perbuatan pidana, biasanya diperlukan juga adanya hal ihwal atau keadaan tertentu yang menyertai perbuatan.[[24]](#footnote-24)

 Unsur tindak pidana terdiri atas 2 (dua) macam, yaitu :

1. Unsur subjektif adalah unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku dan termasuk didalamnya segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya.

Unsur-unsur subjektif dari suatu tindakan adalah :

1. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*Dolus* atau *Culpa).*
2. Maksud atau *Voornemen* pada suatu percobaan atau *Poging*.
3. Berbagai maksud atau *Oogmerk* seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan.
4. Unsur objektif adalah unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu dalam keadaan ketika tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan.

Unsur-unsur objektif dari suatu tindak pidana adalah :

1. Sifat melawan hukum atau *Wederrechtlijkheid.*
2. Kualitas dari si pelaku, misalnya keadaan sebagai serorang pegawai negeri dalam kejahatan menurut Pasal 415 KUHP.
3. Kualitas yakni hubungan antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan suatu kenyataan sebagai akibat.[[25]](#footnote-25)

**3. Sifat Melawan Hukum.**

Pengertian Sifat Melawan Hukum, menurut bahasa Belanda, melawan hukum adalah *Wederrechtelijk (Weder* : Bertentangan dengan melawan, *Recht :* Hukum). Menurut Pendapat para ahli di dalam buku Teguh Prasetyo mengenai pengertian melawan hukum antara lain adalah dari :

1. Simon : Melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum pada umumnya.
2. Noyon : Melawan hukum berarti bertentangan dengan hak subjektif orang lain.
3. Pompe : Melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum dengan pengertian yang lebih luas, bukan hanya bertentangan dengan Undang-Undang tetapi juga dengan hukum yang tidak tertulis.
4. Van hannel : Melawan hukum adalah *Onrechmatig* atau tanpa hak/ wewenang.
5. Hoge raad : Dari arrest-arrest-nya dapat disimpulkan, menurut HR melawan hukum adalah tanpa hak atau tanpa kewenangan. (arrest 18-12-1911 W 9263).
6. Lamintang : Berpendapat, perbedaan diantara pakar tersebut antara lain disebabkan karena dalam bahasa Belanda *Recht* dapat berarti “Hukum” dan dapat berarti “Hak”, Ia mengatakan, dalam bahasa Indonesia kata *Wederrechtelijk* itu berarti “Secara tidak sah” yang dapat meliputi pengertian “Bertentangan dengan hukum objektif” dan “Bertentangan dengan hak orang lain atau hukum subjektif”.[[26]](#footnote-26)

Melawan hukum artinya meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan (melawan hukum formil) namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat (melawan hukum materil) maka perbuatan tersebut dapat dipidana. Menentukan perbuatan itu dapat dipidana, pembentuk Undang-Undang menjadikan sifat melawan hukum sebagai unsur yang tertulis. Tanpa unsur ini, rumusan Undang-Undang akan menjadi terlampau luas. Sifat ini juga dapat dicela kadang-kadang dimasukkan dalam rumusan delik C*ulpa*. Jika unsur melawan hukum itu dengan tegas terdapat di dalam rumusan delik, maka unsur juga harus dibuktikan, sedangkan jika dengan tegas dicantumkan maka tidak perlu dibuktikan.

Untuk menentukan apakah suatu perbuatan dikatakan perbuatan melawan hukum diperlukan unsur-unsur :

1. Perbuatan tersebut melawan hukum.
2. Harus ada kesalahan pada pelaku.
3. Harus ada kerugian.[[27]](#footnote-27)

Menurut **Bambang Poernomo**, sifat melawan hukumnya suatu perbuatan terdapat 2 (dua) ukuran, yaitu 1) Sifat melawan hukum yang formal atau *Formele Wederrechttelijkheidsbegrip* dan 2) Sifat melawan hukum yang materiil atau *Materieele Wederrechttelijkheidsbegrip*. Melawan hukum formil apabila perbuatannya dilihat semata-mata sebagai perbuatan yang bertentangan dengan Undang-Undang, sesuai dengan rumus delik dan pengecualiaannya, seperti daya paksa, pembelaan terpaksa, itu pun karena ditentukan secara tertulis dalam Undang-Undang. Sebaliknya, melawan hukum materiil, melihat perbuatan melawan hukum itu tidak selalu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, dan suatu perbuatan yang bertentangan dengan Undang-Undang dapat dikecualikan sebagai perbuatan yang tidak melawan hukum. Dengan demikian, dalam pandangan sifat melawan hukum materiil, melawan hukum dapat diartikan baik melawan peraturan perundang-undangan, maupun hukum di luar peraturan perundang-undangan.[[28]](#footnote-28)

Timbul dalam perkembangannya adalah pandangan “*Materieele Wederrechttelijkheid”* secara negatif yang diartikan orang berbuat tidak melawan hukum apabila orang dengan daya upaya betul-betul untuk tujuan yang berguna atau *Het Juistemiddel Tot Het Juiste Doel Bezigde*, yang diajukan oleh A. Grafzu Dohna dalam karangannya tentang “*Die Rechtswidrigheit Als Algemeingultiges Markmal Im Tatbestande Starfbarer Handlungen”. [[29]](#footnote-29)*

Berdasarkan Yuriprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia telah dimungkinkan penggunaan sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif. Rangkuman Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia yang menunjuk pada Putusan Mahkamah Agung tanggal 27 Mei 1972, Nomor 72 K/Kr/1970, bahwa: Meskipun yang dituduhkan adalah suatu delik formil, namun Hakim secara materiil harus memperhatikan juga keadaan terdakwa atas dasar mana ia tak dapat dihukum atau *Materieele Wederrechttelijkheid*.[[30]](#footnote-30)

**4. Menentukan Kualifikasi Tindak Pidana Pengrusakan Pasal 406 KUHP.**

Jenis tindak pidana pengrusakan diatur dalam ketentuan Pasal 406 KUHP yang pada hakikatnya tidak dikualifikasikan secara jelas dalam KUHP. Maka untuk lebih jelasnya, di bawah ini akan dipaparkan berbagai tindak pidana yang dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana pengrusakan terhadap barang terkait sengketa lahan.

Tindak kejahatan dalam bentuk penghancuran dan pengrusakan diatur dalam KUHP. Menurut KUHP tindak pidana penghancuran atau perusakan dibedakan menjadi 5 (lima) macam, yaitu :

1. Penghancuaran atau perusakan dalam bentuk pokok.
2. Penghancuran atau perusakan ringan.
3. Penghancuran atau perusakan bangunan jalan kereta api, telegraf, telepon dan listrik (sesuatu yang digunakan untuk kepentingan umum).
4. Penghancuran atau perusakan tidak dengan sengaja.
5. Penghancuran atau perusakan terhadap bangunan dan alat pelayaran.

Penghancuran atau pengrusakan dalam bentuk pokok
tindak pidana ini diatur dalam ketentuan Pasal 406 ayat (1) KUHP yang menyatakan :

*“Barang siapa dengan sengaja dan dengan melanggar hukum menghancurkan, merusakkan, membuat sehingga tidak dapat dipakai lagi, atau menghilangkan barang yang seluruhnya atau sebagai kepunyaan orang lain, diancam dengan hukuman penjara selama-lamanya dua tahun delapan bulan atau denda sebanyak-banyaknya tiga ratus rupiah”.[[31]](#footnote-31)*

Dijatuhkan pidana yang sama terhadap orang, yang dengan sengaja melawan hukum membunuh, merusakkan, membikin tak dapat digunakan atau menghilangkan hewan, yang seluruhnya atau sebagian adalah kepunyaan orang lain. Supaya dapat dihukum, menurut Pasal ini harus dibuktikan :

1. Bahwa terdakwa telah membinasakan, merusakkan, membuat sehingga tidak dapat dipakai lagi atau menghilangkan sesuatu.
2. Bahwa pembinasaan dan sebagainaya itu dilakukan dengan sengaja dan dengan melawan hukum.
3. Bahwa barang itu harus sama sekali atau sebagian kepunyaan orang lain.

Yang dihukum menurut Pasal ini tidak saja mengenai barang, tetapi juga mengenai binatang.

Unsur-unsur dalam tindak pidana ini adalah sebagai berikut :

1. Unsur-unsur obyektif, yang meliputi : menghancurkan, merusak, membuat tidak dapat dipakai atau menghilangkan suatu barang, dan yang seluruh atau sebagian milik orang lain.
2. Unsur-unsur subyektif, yang meliputi : dengan sengaja dan melawan hukum.

|  |
| --- |
|  |

**B. Sistem Pemidanaan di Indonesia.**

**L.H.C. Hullsman** pernah mengemukakan bahwa sistem pemidanaan (*The Sentencing System*) adalah aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi dan pemidanaan (*The Statutory Rules Relating To penal Sanction And Punishment*).[[32]](#footnote-32)

Menurut **Barda Nawawi Arief**, apabila pengertian pemidanaan diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka dapatlah dikatakan bahwa sistem pemidanaan mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum pidana). Ini berarti semua aturan perundang-undangan mengenai Hukum Pidana Substantif, Hukum Pidana Formal dan Hukum Pelaksanaan Pidana dapat dilihat sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan.[[33]](#footnote-33)

Selanjutnya dikemukakan Barda Nawawi Arief, bertolak dari pengertian diatas, maka apabila aturan aturan perundang-undangan (*The Satutory Rules*) dibatasi pada hukum pidana substantif yang terdapat dalam KUHP, dapatlah dikatakan bahwa keseluruhan ketentuan dalam KUHP, baik berupa aturan umum maupun aturan khusus tentang perumusan tindak pidana, pada hakekatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan.

Keseluruhan peraturan perundang-undangan (*Statutory Rules*) di bidang hukum pidana substantif tersebut terdiri dari aturan umum (*General Rules*) dan aturan khusus (*Special Rules*). Aturan umum terdapat di dalam KUHP (Buku I), dan aturan khusus terdapat dalam KUHP Buku II dan Buku III, maupun dalam Undang-Undang Khusus di luar KUHP. Aturan khusus tersebut pada umumnya memuat perumusan tindak pidana tertentu, namun dapat pula memuat aturan khusus yang menyimpang dari aturan umum.

* 1. **Sistem pemidanaan di Indonesia mencakup 3 (tiga) permasalahan pokok, yaitu :**
		1. Jenis pidana (*Strafsoort*).

 Jenis pidana dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 10 KUHP yaitu :

1. Pidana pokok berupa :
2. Pidana mati.
3. Pidana penjara.
4. Pidana kurungan.
5. Pidana denda.
6. Pidana tutupan.
7. Pidana tambahan berupa :
	* 1. Pencabutan beberapa hak tertentu.
		2. Perampasan barang-barang tertentu.
		3. Pengumuman putusan hakim.

Dengan demikian, sesuai dengan ketentuan pasal 10 KUHP, Indonesia hanya mengenal pidana pokok dan pidana tambahan.

* + 1. Lamanya Ancaman Pidana (*strafmaat*).

Ada beberapa pidana pokok yang seringkali secara alternatif diancamkan pada perbuatan pidana yang sama. Oleh karena itu, hakim hanya dapat menjatuhkan satu diantara pidana yang diancamkan itu. Hal ini mempunyai arti, bahwa hakim bebas dalam memilih ancaman pidana. Sedangkan mengenai lamanya atau jumlah ancaman, yang ditentukan hanya maksimum dan minimum ancaman. Dalam batas-batas maksimum dan minimum inilah hakim bebas bergerak untuk menentukan pidana yang tepat untuk suatu perkara. Akan tetapi kebebasan hakim ini tidaklah dimaksudkan untuk membiarkan hakim bertindak sewenang-wenang dalam menentukan pidana dengan sifat yang subyektif.

Hal tersebut senada dengan pendapat Djoko yang mengemukakan bahwa salah satu syarat dalam pemberian pidana adalah beratnya pidana harus seimbang dengan beratnya delik. Beratnya pidana tidak bolehmelebihi beratnya delik. Hal ini perlu supaya penjahat tidak dipidana secara tidak adil.[[34]](#footnote-34)

Kemudian berkaitan dengan tujuan diadakannya batas maksimum dan minimum adalah untuk memberikan kemungkinan pada hakim dalam memperhitungkan bagaimana latar belakang dari kejadian, yaitu dengan berat ringannya delik dan cara delik itu dilakukan, pribadi si pelaku delik, umur, dan keadaan-keadaan serta suasana waktu delik itu dilakukan, disamping tingkat intelektual atau kecerdasannya.

KUHP di Indonesia hanya mengenal maksimum umum dan maksimum khusus serta minimum umum. Ketentuan maksimum bagi penjara adalah 15 (lima belas) tahun berturut-turut, bagi pidana kurungan 1 (satu) tahun, dan maksimum khusus dicantumkan dalam tiap-tiap rumusan delik, sedangkan pidana denda tidak ada ketentuan maksimum umumnya. Adapun pidana penjara dan pidana kurungan, ketentuan minimumnya adalah satu hari.

Dalam Undang-Undang juga diatur mengenai keadaan-keadaan yang dapat menambah dan mengurangi pidana. Keadaan yang dapat mengurangi pidana adalah percobaan dan pembantuan, dan terhadap dua hal ini, pidana yang diancamkan adalah maksimum pidana atas perbuatan pidana pokoknya dikurangi seperiga, seperti ketentuan dalam pasal 53 ayat (2) dan pasal 57 KUHP.

Pasal 53 ayat (2) KUHP berbunyi “Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan dalam hal percobaan dikurangi sepertiga”. Sedangkan pasal 57 ayat (1) KUHP berbunyi “Dalam hal pembantuan, maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dikurangi sepertiga”.

Disamping ketentuan yang meringankan juga diatur tentang keadaan-keadaan yang dapat menambah atau memperberat pidana, yaitu perbarengan, *Recidive* serta pegawai negeri. Dalam hal pidana penjara dapat ditambah menjadi maksimum 20 tahun, pidana kurungan menjadi maksimum 1 tahun 4 bulan dan pidana kurungan pengganti menjadi 8 bulan.[[35]](#footnote-35)

* + 1. Pelaksanaan Pidana (*Strafmodus*).

KUHP yang berlaku di Indonesia pada saat ini belum mengenal hal yang dinamakan pedoman pemidanaan. Oleh karena itu, hakim dalam memutus suatu perkara diberi kebebasan memilih jenis pidana (*Strafsoort*) yang dikehendaki, sehubungan dengan sistem alternatif dalam pengancaman di dalam Undang-Undang. Selanjutnya hakim juga dapat memilih berat ringannya pidana (*Strafmaat*) yang akan dijatuhkan, sebab yang ditentukan oleh Undang-Undang hanya maksimum dan minimum pidana.

Sehubungan dengan hal tersebut, maka yang sering menimbulkan masalah dalam praktek adalah mengenai kebebasan hakim dalam menentukan berat ringannya pidana yang diberikan. Hal ini disebabkan Undang-Undang hanya menentukan batas maksimum dan minimum pidananya saja. Sebagai konsekuensi dari masalah tersebut, akan terjadi hal yang disebut dengan disparitas pidana.

**2. Perkembangan Teori - Teori tentang Tujuan Pemidanaan.**

Perkembangan teori-teori tentang tujuan pemidanaan berkembang seiring dengan munculnya berbagai aliran-aliran di dalam hukum pidana yang mendasari perkembangan teori-teori tersebut. Perihal ide dari ditetapkannya tujuan pidana dan pemidanaan dapat dilihat dari berbagai teori-teori pemidanaan yang dalam perkembangannya sebagai berikut :

* + 1. Teori *Absolut / Retributive (Retributism).*

Menurut teori *Absolut,* pidana adalah suatu hal yang mutlak harus dijatuhkan terhadap adanya suatu kejahatan. Pidana adalah hal yang tidak mengenal kompromi untuk diberikan sebagai pembalasan terhadap suatu kejahatan.[[36]](#footnote-36)

Teori *Retributivisme* mencari pendasaran hukuman dengan memandang ke masa lampau, yaitu memusatkan argumennya pada tindakan kejahatan yang sudah dilakukan.

Menurut teori ini, hukuman diberikan karena si pelaku harus menerima hukuman itu demi kesalahannya. Hukuman menjadi retribusi yang adil bagi kerugian yang sudah diakibatkan.

**Andi Hamzah** mengemukakan, dalam teori absolut atau teori pembalasan, pidana tidaklah bertujuan untuk yang praktis, seperti memperbaiki penjahat. Kejahatan itu sendiri yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkannya pidana. Pidana secara mutlak ada, karena dilakukannya suatu kejahatan dan tidak perlu memikirkan manfaat dari penjatuhan pidana.[[37]](#footnote-37)

Dengan demikian, menurut teori absolut, pidana adalah suatu hal yang mutlak harus dijatuhkan terhadap adanya suatu kejahatan. Pidana adalah hal yang tidak mengenal kompromi untuk diberikan sebagai pembalasan terhadap suatu kejahatan.

Menurut **Johanes Andenaes**, tujuan utama dari pidana menurut teori absolut adalah “Untuk memuaskan tuntutan keadilan”, sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah merupakan tujuan yang kedua.[[38]](#footnote-38)

Selanjutnya **Muladi dan Barda Nawawi Arief** menyatakan bahwa **Kant** memandang pidana sebagai *“Kategorische Imperatief*”, yaitu seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Pidana bukan merupakan suatu alat untuk mencapai tujuan, melainkan mencerminkan keadilan. Dengan demikian, Kant berpendapat bahwa pidana merupakan suatu tuntutan kesusilaan. [[39]](#footnote-39)

Tokoh lain dari penganut teori absolut yang terkenal ialah **Hegel**. Hegel mengeluarkan teori yang dikenal dengan *Quashi Mathematic*, yaitu : *Wrong being (crime) is the negation of right*dan*Punishment is the negation of that negation.[[40]](#footnote-40)*

Dalam teori tersebut, Hegel berpendapat bahwa pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Karena kejahatan adalah pengingkaran terhadap ketertiban umum atau ketertiban hukum negara yang merupakan perwujudan dari cita susila, maka pidana merupakan *Negationder Negation* (peniadaan atau pengingkaran terhadap pengingkaran).

**Nigel Walker** menyatakan bahwa para penganut teori *Retributivisme* ini dapat pula dibagi dalam beberapa golongan, yakni :

1. Penganut teori retributif yang murni (*The Pure Retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana harus cocok atau sepadan dengan kesalahan sipembuat.
2. Penganut retributif tidak murni (dengan modifikasi), yang dapat pula dibagi dalam :
3. Penganut retributif yang terbatas (*The Rimiting Retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana tidak harus cocok/sepadan dengan kesalahan; hanya saja tidak boleh melebihi batas yang cocok/sepadan dengan kesalahan terdakwa.
4. Penganut retributif yang distributif (*Retribution In Distribution*), disingkat dengan teori distributive, yang berpendapat bahwa pidana janganlah dikenakan pada orang yang tidak bersalah, tetapi pidana juga tidak harus cocok/sepadan dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip “Tiada pidana tanpa kesalahan” dihormati, tetapi dimungkinkan adanya pengecualian, misalnya dalam hal *Strict Liability*.[[41]](#footnote-41)

Nigel Walker selanjutnya menjelaskan bahwa hanya golongan *The Pure Retributivist* saja yang mengemukakan alasan-alasan atau dasar pembenaran untuk pengenaan pidana. Oleh karena itu, golongan ini disebut golongan *Punisher* (penganut teori pemidanaan). Sedangkan golongan *The Limiting Retributivist* dan golongan *Retribution In Distribution* tidak mengajukan alasan-alasan untuk pengenaan pidana, tetapi mangajukan prinsip-prinsip untuk pembatasan pidana. Menurut Walker, kedua golongan terakhir ini lebih dekat dengan paham yang *Non-Retributive.* Selanjutnya menurut Nigel Walker, kebanyakan KUHP disusun sesuai dengan penganut golongan *The Limiting Retributivist*, yaitu dengan menetapkan pidana maksimum sebagai batas atas, tanpa mewajibkan pengadilan untuk mengenakan batas maksimum yang telah ditentukan.[[42]](#footnote-42)

Adapun **H.B. Vos** membagi teori absolut atau teori pembalasan ini menjadi pembalasan subyektif yaitu pembalasan terhadap kesalahan pelaku kejahatan dan pembalasan obyektif yaitu pembalasan terhadap akibat yang diciptakan oleh pelaku terhadap dunia luar.[[43]](#footnote-43)

Selanjutnya **John Kaplan**, membedakan teori retribution ini menjadi 2 (dua) teori yang sebenarnya tidak berbeda, tergantung dari cara berpikir pada waktu menjatuhkan pidana, yaitu apakah pidana itu dijatuhkan karena kita “Menghutangkan sesuatu kepadanya” atau karena “Ia berhutang sesuatu kepada kita”. Kedua teori tersebut adalah yaitu : 1) Teori pembalasan (*The Revenge Theory*) dan 2) Teori penebusan dosa (*The Expiation Theory*).[[44]](#footnote-44)

Dengan munculnya teori-teori pembalasan tersebut, timbul pula keberatan-keberatan terhadap teori pembalasan yang mensyaratkan secara mutlak adanya pidana terhadap suatu kejahatan.

**Andi Hamzah** menyatakan adanya 2 (dua) keberatan terhadap adanya teori pembalasan tersebut, yaitu :

1. Teori ini tidak memberikan penjelasan yang rinci mengenai alasan negara harus menjatuhkan pidana.
2. Penjatuhan pidana seringkali dilakukan tanpa ada kegunaan yang praktis.[[45]](#footnote-45)

Dengan adanya keberatan-keberatan terhadap teori pembalasan tersebut, kemudian muncul teori lain yang bertentangan dengan teori pembalasan. Teori yang bertentangan dengan teori pembalasan tersebut dikenal dengan teori relatif.

* + 1. Teori Relatif/ Teleologis (*Teleological Theory*).

Menurut teori ini, memidana bukanlah untuk memuaskan tuntuan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu, **J.Andenaes** menganggap teori ini dapat disebut sebagai “Teori Perlindungan Masyarakat” (*The Theory Of Social Defence*).[[46]](#footnote-46)

Dasar pembenaran dari teori ini adalah adanya pidana terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan (*Quiapeccatum Est*), melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan (*Nepeccatur*).[[47]](#footnote-47)

Selanjutnya dikemukakan juga oleh **Muladi** mengenai Nigel Walker yang berpendapat bahwa bahwa teori ini lebih tepat disebut sebagai teori atau aliran reduktif (*The Reductive Point Of View*), karena dasar pembenaran menurut teori ini adalah untuk mengurangi frekwensi kejahatan. Dengan demikian pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu, teori relatif ini sering disebut juga teori tujuan (*Utilitarian Theory*). Dasar pembenaran dari teori ini adalah adanya pidana terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan (*Quia Peccatum Est*), melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan (*Nepeccatur*).[[48]](#footnote-48)

Berdasarkan tujuan pidana yang dimaksudkan untuk pencegahan kejahatan ini, selanjutnya dibedakan dalam prevensi khusus yang ditujukan terhadap terpidana dan prevensi umum yang ditujukan terhadap masyarakat pada umumnya.

**Van Hammel** menunjukkan prevensi khusus suatu pidana ialah sebagai berikut :

1. Pidana harus memuat suatu unsur menakutkan supaya mencegah penjahat yang mempunyai kesempatan, untuk tidak melaksanakan niat buruknya.
2. Pidana harus mempunyai unsur memperbaiki terpidana.
3. Pidana mempunyai unsur membinasakan penjahat yang tidak mungkin diperbaiki.
4. Tujuan satu-satunya suatu pidana ialah mempertahankan tata cara tertib hukum.[[49]](#footnote-49)

Berkaitan dengan prevensi umum, maka menurut **Johanes Andenaes**, ada 3 (tiga) bentuk pengaruh dalam pengertian prevensi umum atau *General Prevention*, yaitu :

1. Pengaruh pencegahan.
2. Pengaruh untuk memperkuat larangan-larangan moral.
3. Pengaruh untuk mendorong kebiasaan perbuatan patuh pada hukum.[[50]](#footnote-50)

**Van Bemmelen** mengemukakan sesuatu yang berbeda. Menurutnya, Selain prevensi spesial dan prevensi general, ada satu hal lagi yang juga termasuk dalam golongan teori relatif ini, yaitu sesuatu yang disebutnya sebagai “Daya untuk mengamankan”. Dalam hal ini dijelaskan bahwa merupakan kenyataan, khususnya pidana pencabutan kemerdekaan, lebih mengamankan masyarakat terhadap kejahatan selama penjahat tersebut berada di dalam penjara daripada kalau dia tidak dalam penjara.[[51]](#footnote-51)

* + 1. Teori Retributive Teleologis (*Teleological Retributivist*)/ Teori Gabungan.

Disamping pembagian secara tradisional terhadap teori-teori pemidanaan seperti yang dikemukakan di atas, yaitu teori absolut dan teori relatif, terdapat lagi teori ketiga yang merupakan gabungan. Menurut **Andi Hamzah**, teori gabungan ini bervariasi juga. Ada yang menitik beratkan pembalasan dan ada pula yang menginginkan supaya unsur pembalasan seimbang dengan unsur prevensi.[[52]](#footnote-52)

**Van Bemmelen** merupakan salah satu tokoh dari penganut teori gabungan yang menitik beratkan pada unsur pembalasan. Beliau mengatakan :

*“Pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi pidana dan tindakan keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana ke dalam kehidupan masyarakat.”[[53]](#footnote-53)*

Dalam hal teori gabungan yang menginginkan supaya unsur pembalasan seimbang dengan unsur prevensi, maka Andi Hamzah mengemukakan bahwa teori ini tidak boleh lebih berat daripada yang ditimbulkannya dan gunanya juga tidak boleh lebih besar daripada yang seharusnya. Selanjutnya diketengahkan juga oleh beliau, bahwa teori ini sejajar dengan teori Thomas Aquino yang mengatakan bahwa kesejahteraan umum menjadi dasar hukum Undang-Undang Pidana khususnya.[[54]](#footnote-54)

Menurut **Muladi**, terdapat beberapa penulis-penulis lain yang berpendirian bahwa pidana mengandung berbagai kombinasi tujuan yaitu pembalasan, prevensi general serta perbaikan sebagai tujuan pidana. Mereka adalah Binding, Merkel, Kohler, Richard Schmid dan Beling.[[55]](#footnote-55)

Dengan demikian, pada umumnya para penganut teori gabungan mempunyai paham bahwa dalam suatu pidana terkandung unsur pembalasan dan unsur perlindungan masyarakat. Adapun titik berat maupun keseimbangan di antara kedua unsur tersebut tergantung dari masing-masing sudut pandang penganut teori gabungan ini.

Di samping itu, menurut aliran ini maka tujuan pemidanaan bersifat *Plural* (umum), karena menghubungkan prinsip-prinsip *Teleologis* (prinsip-prinsip *Utilitarian*) dan prinsip-prinsip *Retributivist* di dalam satu kesatuan sehingga seringkali pandangan ini disebut sebagai aliran *Integrative*.

Pandangan ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pemidanaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus, misalnya pencegahan dan rehabilitasi, yang kesemuanya dilihat sebagai saran-saran yang harus dicapai oleh suatu rencana pemidanaan.[[56]](#footnote-56)

Berkaitan dengan masalah tujuan atau maksud diadakannya pidana, John Kaplan mengemukakan adanya beberapa ketentuan dasar-dasar pembenaran pidana, yaitu :

1. Untuk menghindari balas dendam (*Avoidance Of Blood Feuds*).
2. Adanya pengaruh yang bersifat mendidik (*The Education Effect*).
3. Mempunyai fungsi memelihara perdamaian (*The Peace-Keeping Function*).[[57]](#footnote-57)

Dalam bentuk pidana seseorang yang bersalah diancam dengan penderitaan dan sering juga penderitaan dilakasanakan terhadapnya. Ini sering terjadi walaupun tak dapat ditunjuk siapa yang menjadi korban delik itu. Di bagian lain dari hukum, sedapat mungkin dihindari penambahan penderitaan dan paling tinggi terjadi pemindahan penderitaan dari seseorang kepada orang lain (misalnya dalam peristiwa ganti rugi karena melanggar persetujuan atau perbuatan yang melanggar hukum), dalam hukum pidana, negara diberi kekuasaan untuk menimbulkan penderitaan dengan sengaja. Perbedaan yang besar antara hukum pidana dan bagian lain dari hukum menjadi alasan untuk menanggapi hukum pidana sebagai satu ultimum remedium (sarana terakhir), jadi sedapat mungkin dibatasi. Dalil “ultimum remedium” digunakan oleh Menteri Modderman dalam pidato Berikut :

**“Asas Pokok mengenai dapat dipidana suatu tindakan atau kelalaian ialah; yang dapat dipidana hanya : pertama , orang yang melanggar hukum (ini adalah satu syarat mutlak “condition sine qua non”; kedua : bahwa perbuatan itu melanggar hukum, yang menurut pengalaman tak dapat dicegah dengan saran apapun (tentu dengan memperhatikan keadaan masyarakat tertentu). Ancaman pidana harus tetap merupakan suatu ultimum remedium.”**

***Hoenagels*** sebagaimana dikutip ***( Dr. Yenti Garnasih, SH***), dari ***LBH Pers*** menekankan kembali penting mempertimbangan berbagai faktor untuk melakukan kriminalisasi agar tetap menjaga dalil *Ultimum Remedium* dan tidak terjadi *over criminalization* antara lain :

1. Jangan menggunakan Hukum Pidana dengan cara emosional.
2. Jangan menggunakan hukum pidana untuk mempidana perbuatan yang tidak jelas korban atau kerugiannya.
3. Jangan menggunakan hukum pidana, apabila kerugian yang ditimbulkan dengan pemidanaan akan lebih besar daripada kerugian oleh tindak pidana yang akan dirumuskan.
4. Jangan menggunakan hukum pidana apabila tidak didukung oleh masyarakat secara kuat.
5. Jangan menggunakan hukum pidana apabila penggunaannya diperkirakan tidak akan efektif.
6. Hukum pidana dalam hal-hal tertentu harus mempertimbangkan secara khusus skala prioritas kepentingan pengaturan.
7. Hukum pidana sebagai sarana represif harus didayagunakan secara serentak dengan sarana pencegahan.

Bersimpul dari hal di atas sebenarnya dapat kita artikan bahwa Pemidanaan adalah merupakan alternatif terakhir bagi suatu perbuatan hukum pidana (delik). Sama halnya bahwa untuk suatu tindak pidana tertentu Asas Ultimum Remedium itu **mewajibkan syarat** harus dilakukan upaya pemberian sanksi lain (non pidana) baik itu denda, peringatan atau hal lainnya sebelum dilakukannya upaya Pidana baik berupa penjara/kurungan.

1. **Tinjauan Hukum Pertanahan.**

Penguasaan masyarakat terhadap tanah merupakan hal yang tidak bisa ditawar-tawar lagi, hal ini menjadi sangat penting artinya karena tanah merupakan sumber hidup dan kehidupan manusia. Dari segi kehidupan masyarakat Indonesia yang sampai sekarang masih bercorak agraris, maka hubungan antara manusia dengan tanah sampai saat ini masih menunjukan adanya pertalian yang erat. Hal ini dirasa wajar, karena selama hayatnya manusia mempunyai hubungan dengan tanah, baik sebagai tempat tinggal maupun sebagai sumber makanan juga penghasilan untuk kelangsungan hidupnya.[[58]](#footnote-58)

Ketentuan pasal 33 ayat 2 dan 3 UUD Tahun 1945, dipusatkan pada cara pengaturan yang baik dan benar bagi pelaksanaan setepatnya kewajiban publik dari Negara/ Pemerintah R.I. dalam mengatur penggunaan serta pemanfaatan tanah oleh Rakyat/ WNI agar kesejahteraan serta kemakmuran Rakyat/ WNI, dapat ditingkatkan sesuai perintah pasal 33 UUD 1945 dan UUPA Tahun 1960 pasal 2 ayat 3 yaitu untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat. Jadi praktek pelaksanaan kewajiban publik Negara R.I yang diperintahkan pasal 33 UUD Tahun 1945, terbukti salah sasaran, karena konsep tanah negara, dijadikan obyek hak perdata seperti pada masa kolonial Belanda dengan teori *“Domeinverklaring”*. Kekeliruan dan kasalahan ini, merupakan satu kesalahan konstitusional yang sangat mendasar yang dilakukan penyelenggara Negara R.I terhadap rakyat sebagai warga Negara Indonesia. Satu kesalahan pelaksanaan tugas Negara, yang dalam sistim Hukum Pertanahan dan Keagrariaan, dinyatakan sebagai “Kejahatan” (*Crimineel*) Negara terhadap Rakyat sebagai Warga Negara.[[59]](#footnote-59)

Menghapus dualisme Hukum Pertanahan dan Keagrariaan Hindia Belanda, menjadi satu kesatuan yang sederhana dari hukum Pertanahan dan Agraria Nasional yang bersumber pada Hukum Adat dengan Pancasila dan UUD Tahun 1945, sehingga tercapai kepastian hukum terhadap hak-hak atas tanah bagi seluruh rakyat/ WNI.[[60]](#footnote-60)

Tanah sangat erat hubungannya dengan kehidupan manusia sehari-hari, bahkan dapat dikatakan setiap saat manusia berhubungan dengan tanah. Setiap orang memerlukan tanah tidak hanya pada masa hidupnya, tetapi sudah meninggalpun masih tetap berhubungan dengan tanah.[[61]](#footnote-61) Oleh karena itu sering sekali terjadi sengketa diantara sesamanya, maka diperlukan kaidah- kaidah yang mengatur hubungan manusia dengan tanah. Gangguan terhadap kepentingan atau konflik haruslah dihindarkan, dicegah atau tidak dibiarkan terus-menerus karena akan menggangu tatanan masyarakat. Manusia akan selalu berusaha agar tatanan masyarakat alam keadaan seimbang, karena keadaan yang seimbang dapat menciptakan suasana tertib, damai, aman yang merupakan jaminan kelangsungan hidup.

1. **Landasan Hak Guna Usaha.**

Di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Ketentuan Pokok-Pokok Agraria Pasal 28 ayat (1) menyebutkan bahwa Hak Guna Usaha adalah :

*”Hak untuk mengusahakan tanah yang dikuasai langsung oleh negara dalam jangka waktu sebagaimana tersebut dalam pasal 29, guna perusahaan pertanian, perikanan atau peternakan”.*

Di masa awal penyusunan UUPA (1948), ide tentang hak atas tanah yang berbasis hukum adat sangat kuat, dimana warga negara Indonesia menjadi pemegang hak utama. Dengan ide ini maka bentuk hak seperti “*Erpfacht”* tidak direkomendasikan. Kemudian, Tahun 1949, berlangsung Konferensi Meja Bundar (KMB). Salah satu butir kesepakatan dalam KMB adalah pemerintah Republik Indonesia mengatasi pendudukan tanah-tanah perkebunan Belanda oleh warga pribumi. Dengan kata lain, mengakui hak-hak “*Erpfacht”* perkebunan itu. Inilah yang kemudian menjadikan rumusan selajutnya dalam UUPA mencantumkan tentang hak semacam hak “*Erpfacht”* yaitu HGU Sebelum terbitnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960, pengertian tanah negara ditemukan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 8 tahun 1953 (L.N. 1953, No. 14, T.L.N. No. 362). Dalam Peraturan Permerintah tersebut tanah negara dimaknai sebagai tanah yang dikuasai penuh oleh negara. Substansi dari pengertian tanah negara ini adalah tanah-tanah memang bebas dari hak-hak yang melekat diatas tanah tersebut, apakah hak barat maupun hak adat *(Vrij Landsdomein*). Dengan terbitnya UUPA Tahun 1960, pengertian tanah Negara ditegaskan bukan dikuasai penuh akan tetapi merupakan tanah yang dikuasai langsung oleh Negara.[[62]](#footnote-62) Artinya, negara dikontruksikan bukan sebagai pemilik tanah. Negara sebagai organisasi kekuasaan rakyat yang bertindak selaku badan penguasa, yang diberikan wewenang dalam hal sebagai berikut :

1. Mengatur dan menyelengarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaannya.
2. Menentukan dan mengatur hak-hak yang dapat dipunyai atas (bagian dari) bumi, air dan ruang angkasa itu.
3. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan hukum yang mengenai buni, air dan ruang angkasa.[[63]](#footnote-63)

Setelah lahirnya UUPA, di dalam berbagai peraturan perundang-undangan disebutkan bahwa pengertian tanah negara adalah tanah yang tidak dilekati dengan sesuatu hak atas tanah. Atas pemahaman konsep dan peraturan perundang-undangan tentang pengertian tanah negara dapat ditarik kesimpulan dalam tataran yuridis bahwa terdapat 2 (dua) kategori tanah negara dilihat dari asal usulnya :

1. Tanah negara yang berasal dari tanah yang benar-benar belum pernah ada hak atas tanah yang melekatinya atau disebut sebagai tanah negara bebas.
2. Tanah negara yang berasal dari tanah-tanah yang sebelumnya ada haknya, karena sesuatu hal atau adanya perbuatan hukum tertentu menjadi tanah negara. Tanah bekas hak barat, tanah dengan hak atas tanah tertentu yang telah berakhir jangka waktunya, tanah yang dicabut haknya, tanah yang dilepaskan secara sukarela oleh pemiliknya.[[64]](#footnote-64)

Berdasarkan pengertian tersebut, Hak Guna Usaha merupakan suatu hak yang diberikan oleh negara kepada subjek hukum tertentu dengan syarat yang tertentu pula untuk mengelola dan mengusahakan tanah negara dengan orientasi yang bergerak dalam bidang pertanian, perikanan atau peternakan.[[65]](#footnote-65)

Ciri-ciri yang melekat pada hak menurut hukum, dalam catatan **Satjipto** Rahardjo,[[66]](#footnote-66) mengandung unsur-unsur sebagai berikut :

1. Hak itu dilekatkan kepada seseorang yang disebut sebagai pemilik atau subjek dari hak itu. Ia juga disebut sebagai orang yang memiliki titel atas barang yang menjadi sasaran dari pada hak.
2. Hak itu tertuju kepada orang lain, yaitu yang menjadi pemegang kewajiban. Antara hak dan kewajiban terdapat hubungan korelatif yaitu :
3. Hak yang ada pada seseorang ini mewajibkan pihak lain untuk melakukan (*Commission)* atau tidak melakukan (*Omission*) sesuatu perbuatan, yang disebut sebagai isi dari pada hak.
4. *Commission* atau *Omission* itu menyangkut sesuatu yang disebut sebagai objek dari hak.
5. Setiap hak menurut hukum mempunyai titel, yaitu suatu peristiwa tertentu yang menjadi alasan melekatnya hak itu kepada pemiliknya.
	1. **Subjek Hak Guna Usaha.**

Suatu hak hanya dimungkinkan diperoleh apabila orang atau badan yang akan memiliki hak tersebut cakap secara hukum untuk objek yang menjadi haknya. Pengertian yang termasuk pada hak meliputi, hak dalam arti sempit yang dikorelasikan dengan kewajiban, kemerdekaan, kekuasaan dan imunitas.

Adapun subjek yang dapat memegang Hak Guna Usaha telah diatur dalam Pasal 30 UUPA yang menjelaskan subjek hukum yang dapat menjadi pemegang hak atas tanah, yaitu Warga Negara Indonesia (WNI)**.**

Sebagai subjek hukum, warga negara Indonesia memiliki otoritas untuk melakukan kewajiban dan mendapatkan haknya. Dengan kata lain, warga negara Indonesia memiliki kewenangan untuk melakukan suatu perbuatan hukum tertentu, misalnya mengadakan suatu perjanjian, mengadakan perkawinan, membuat surat wasiat dan lain sebagainya, termasuk mengadakan suatu perbuatan hukum yang menyangkut dengan tanah dan hak-hak atas tanah.[[67]](#footnote-67)

Pada prinsipnya setiap orang adalah subjek hukum (*Natuurljik Persoon*). Dikaitkan dengan kemampuan menjunjung hak dan kewajiban, orang akan menjadi subjek hukum apabila perorangan tersebut mampu mendukung hak dan kewajibannya. Dalam pengertian ini, maka orang-orang yang belum dewasa, orang yang dibawah perwalian dan orang yang dicabut hak-hak keperdataanya tidak dapat digolongkan sebagai subjek hukum dalam konteks kemampuan menjunjung hak dan kewajiban. Intinya, ada ketentuan-ketentuan tertentu yang harus dipenuhi agar seseorang warga negara dapat digolongkan sebagai subjek hukum,[[68]](#footnote-68) yaitu :

1. Telah dewasa (jika telah mencapai usia 21 Tahun ke atas).
2. Tidak berada dibawah pengampuan (*Curatele),* dalam hal ini seseorang yang dalam keadaan gila, mabuk, mempunyai sifat boros dan mereka yang belum dewasa.

Badan hukum juga disebut sebagai pendukung hak dan kewajiban yang tidak berjiwa. Perbedaannya dengan subjek hukum orang perorangan adalah badan hukum itu hanya dapat bergerak bila ia dibantu oleh subjek hukum orang. Artinya, ia tidak dapat melakukan perbuatan hukum tanpa didukung oleh pihak-pihak lain. Selain itu, badan hukum tidak dapat dikenakan hukuman penjara (kecuali hukuman denda).[[69]](#footnote-69)

Untuk dapat menjadi subjek Hak Guna Usaha, badan hukum harus memenuhi syarat-syarat tertentu, yaitu :

1. Didirikan menurut ketentuan hukum Indonesia.
2. Berkedudukan di Indonesia.

Hal ini membawa konsekuensi bahwa setiap badan hukum, selama didirikan menurut ketentuan hukum dan berkedudukan di Indonesia dapat menjadi subjek Hak Guna Usaha. Apabila tidak lagi memenuhi syarat sebagaimana di atas, maka berdasarkan Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996, maka dalam jangka waktu satu tahun Hak Guna Usaha tersebut wajib dilepaskan atau dialihkan kepada pihak lain yang memenuhi syarat. Apabila tidak dialihkan, Hak Guna Usaha tersebut hapus karena hukum dan tanahnya menjadi tanah negara.

**b. Objek Hak Guna Usaha.**

Objek tanah yang dapat diberikan dengan Hak Guna Usaha adalah tanah negara. Sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya, tanah negara adalah tanah yang dikuasai langsung oleh negara dan belum atau tidak terdapat hak-hak lain di atas tanah tersebut.

Jika tanah yang diberikan Hak Guna Usaha tersebut merupakan tanah negara yang merupakan kawasan hutan, maka pemberian Hak Guna Usaha baru dapat dilakukan setelah adanya pencabutan statusnya sebagai kawasan hutan. Demikian juga bila di atas tanah tersebut terdapat hak-hak lain, maka pemberian Hak Guna Usaha baru dapat dilakukan apabila pelepasan hak yang sebelumnya telah selesai. Hal ini sesuai dengan ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai Atas Tanah.

Dalam rangka pemberian Hak Guna Usaha, tidak semua tanah dapat menajdi objek Hak Guna Usaha. Adapun tanah-tanah yang dikecualikan sebagai objek Hak Guna Usaha tersebut adalah:[[70]](#footnote-70)

1. Tanah yang sudah merupakan perkampungan rakyat.
2. Tanah yang sudah diusahakan oleh rakyat secara menetap.
3. Tanah yang diperlukan oleh pemerintah.

Dalam konteks luas tanah yang dapat diberikan status Hak Guna Usaha, Pasal 5 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 menyebutkan bahwa luas minimum tanah yang dapat diberikan status Hak Guna Usaha adalah 5 (lima) hektar. Sedangkan luas maksimum dari tanah yang dapat diberikan kepada perorangan adalah 25 (dua puluh lima) hektar. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (3). Untuk luas tanah yang akan diberikan kepada badan hukum ditetapkan oleh Menteri dengan memperhatikan pertimbangan dari pejabat yang berwenang di bidang usaha yang bersangkutan dengan mengingat luas tanah yang diperlukan untuk melaksanakan usaha yang paling berdaya guna di bidang usaha yang bersangkutan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 5 ayat (3) Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996.[[71]](#footnote-71)

* 1. **Tanah Eks Hak Guna Usaha.**

Tanah eks HGU adalah tanah yang dikuasai langsung oleh negara. Terhadap tanah ini, setiap warga negara berhak untuk mengajukan permohonan hak.

Permohonan ini diperlukan karena hak atas tanah itu merupakan *Property Rights*, yakni :

* + - * 1. Hak yang memungkinkan pemegangnya untuk secara eksklusif menguasai dan memanfaatkan tanah dan sumber daya yang melekat di atasnya.
				2. Memungkinkan pemegang haknya mengalihkan hak atau mengagunkannya.

Tetapi jika pemanfaatan tanah tidak untuk tujuan menjadikannya sebagai *Property Rights* maka tidak diperlukan permohonan izin. Setiap warga negara berhak memanfaatkan tanah dan sumber daya di atas tanah-tanah yang dikuasai langsung oleh negara sepanjang tidak merusak fungsi lingkungan.

HGU yang habis masa berlakunya demi hukum menjadi tanah yang dikuasai langsung oleh negara. Jika terhadap tanah tersebut dimohonkan perpanjangan HGU oleh pemegang haknya. Sepanjang Keputusan Perpanjangan HGU oleh Badan Pertanahan Nasional itu belum diterbitkan maka status tanah tetap kembali menjadi tanah yang dikuasai langsung oleh negara.[[72]](#footnote-72)

Warga Negara yang berada di sekitar lokasi tanah eks HGU itu dapat memanfaatkan tanah dan sumber daya. Dasar hukumnya adalah bahwa penguasaan tanah dan sumber daya itu oleh negara menurut Pasal 33 ayat 3 UUD Tahun 1945 adalah untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.[[73]](#footnote-73)

Mahkamah Konstitusi dalam Putusan terhadap judicial review UU No. 27 Tahun 2007 menafsirkan kata sebesar-besar kemakmuran rakyat itu harus dimaknai dalam 4 (empat) tolok ukur :

* + - * 1. Kemanfaatan sumber daya alam bagi rakyat.
				2. Pemerataan manfaat sumber daya alam bagi rakyat.
				3. Partisipasi rakyat dalam menentukan manfaat sumber daya alam.
				4. Penghormatan terhadap hak rakyat secara turun-temurun dalam memanfaatkan sumber daya alam.[[74]](#footnote-74)

UUPA menganut azas perlekatan vertikal. Penguasaan atas tanah menentukan penguasaan atas tanaman yang ada diatasnya. Dengan demikian ketika HGU habis masa berlakunya maka tanaman menjadi dikuasai langsung oleh negara (bukan dimiliki karena sistem hukum pertanahan dan sumber daya alam Indonesia tidak mengenal konsep milik negara).[[75]](#footnote-75)

Setiap penanganan sengketa atau konflik tanah dipengadilan antara perusahaan perkebunan lawan petani penggarap, karena hakim dengan menggunakan asas legalitas maka pihak perusahaan perkebunan maupun petani penggarap harus bisa menunjukan bukti tertulis atas alas hak atau sertifikat HGU di dalam persidangan. Dengan kata lain, proses *Legitasi* secara formal, melakukan legalisasi sengketa, artinya membuat kerangka dalam arti konsep, bukti dan argumentasi legal yang dapat diproses oleh sistem hukum. Bukti-bukti dan argumentasi legal yang diproses, tentunya dalam hal ini, bersandar pada konsep hukum Barat.

1. **Konflik Tanah Dan Penyelesaiannya.**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) sebagai landasan konstitusional, melalui batang tubuhnya Pasal 33 ayat (3) telah mewajibkan agar penggunaan sumber daya alam dan ekosistemnya dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, *“bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.*

Atas dasar ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 tersebut, dapat dimaksudkan, bahwa pada tingkat tertinggi, bumi, air dan kekayaan alam serta seluruh kandungannya dikuasai oleh negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat. Penegasan terhadap konsepsi hak menguasai dari negara ini telah dijelaskan dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria yang memberi kekuasaan kepada negara untuk :

a.    Mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut.

b.   Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa.

c.    Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

Konstitusi Negara Republik Indonesia melalui Pasal 33 ayat (3) tersebut memberikan perlindungan tertinggi kepada setiap rakyat Indonesia dalam menikmati kekayaan alam yang terkandung di dalamnya untuk dikuasai oleh negara dan dipergunakan sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat.

Adapun kekuasaan negara yang dimaksudkan itu mengenai semua bumi, air dan ruang angkasa, jadi baik yang sudah dihak/dimiliki oleh seseorang maupun yang tidak. Kekuasaan negara mengenai tanah yang sudah dipunyai orang dengan sesuatu hak dibatasi oleh isi dari hak itu sendiri, artinya sampai seberapa besar negara memberikan kekuasaannya kepada yang mempunyai hak untuk menggunakan haknya, sampai disitulah batas kekuasaan negara tersebut. Dengan demikian, wewenang mengatur yang dimiliki oleh negara itu dipergunakan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat. Kemakmuran yang akan dicapai adalah suatu kemakmuran  untuk sebanyak mungkin orang tanpa harus melanggar hak orang lain, termasuk hak penguasaan dan pemilikan atas tanah.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA) yang diundangkan pada tanggal 24 September Tahun 1960 sesuai dengan amanat dari konstitusi negara. UUPA tersebut dibentuk atas perintah dari Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. UUPA merupakan suatu bentuk instrumen hukum yang mengatur permasalahan agraria nasional yang telah dilakukan sebagai bentuk unifikasi hukum, sehingga berlaku secara nasional.

Sehubungan dengan itu, lahirnya UUPA telah membawa dampak pada konsepsi dan tata susunan hukum tanah di Indonesia yang substansinya merupakan dasar pokok landasan terhadap perkembangan hukum tanah nasional yang sesuai dengan keperluan rakyat dan memenuhi kepentingannya seiring dengan perkembangan zaman demi suatu tujuan bersama untuk mencapai kesejahteraan dan kemakmuran rakyat Indonesia secara keseluruhan yang diselaraskan dengan asas-asas hukum agraria yang dikenal oleh negara Indonesia.

Melalui Pasal 4 ayat (1) UUPA, telah ditegaskan bahwa atas dasar Hak Menguasai Tanah dari Negara (HMN) sebagaimana yang diamanatkan oleh Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, maka ditentukan adanya macam-macam hak atas tanah yang dapat diberikan kepada dan dipunyai oleh orang-orang, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain serta badan-badan hukum. Jadi, tanah tersebut dapat dikuasai dan dipergunakan secara pribadi atau bersama-sama.

Sehubungan dengan hal di atas, dipahami bahwa tanah merupakan sumber daya penting dan strategis, karena menyangkut hajat hidup seluruh rakyat Indonesia yang sangat mendasar. Di samping itu, tanah juga memiliki karakteristik yang bersifat multi dimensi, multi sektoral, multi disiplin dan memiliki kompleksitas yang tinggi. Sebagaimana diketahui, masalah tanah merupakan masalah yang syarat dengan berbagai kepentingan, baik ekonomi, sosial, politik, bahkan untuk Indonesia, tanah juga mempunyai nilai religius yang tidak dapat diukur secara ekonomis. Sifat konstan tanah dan terus bertambahnya manusia yang membutuhkan tanah, semakin menambah tinggi nilai tanah.

Demikian pentingnya kedudukan tanah tersebut, sehingga seringkali penguasaan, pemilikan, penggunaan dan pemanfaatan tanah tersebut menimbulkan konflik antar sesama anggota masyarakat (konflik horisontal) maupun antara masyarakat dengan negara yaitu pemerintah (konflik vertikal). Hal tersebut dapat dilihat dari perkembangan perkara yang menyangkut persoalan tanah, sebagaimana dikatakan oleh **Hambali Thalib** : Persentase konflik pertanahan dari tahun ke tahun baik yang diproses dan diselesaikan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersifat konvensional, seperti proses perkara pidana, perkara perdata maupun proses perkara tata usaha negara, mengalami perkembangan baik kuantitas maupun kualitas, dengan modus operandi yang tidak dapat dijangkau oleh substansi ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.[[76]](#footnote-76)

Sehubungan dengan hal tersebut di atas, Hambali Thalib juga menyatakan, bahwa : Data lain menunjukkan, bahwa berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan oleh Pusat Studi Ekonomi UGM Yogyakarta tentang konflik tanah, buruh, dan hak asasi manusia merupakan 3 (tiga) persoalan yang dianggap paling sering muncul dalam pemberitaan di media-media massa, khususnya pada 4 (empat) media massa nasional. Pada 4 (empat) bulan pertama Tahun 1994 menunjukkan bahwa meskipun tidak mencolok tajam perbedaannya, permasalahan (konflik pertanahan) menguasai 37% dari total pemberitaan untuk 3 (tiga) persoalan tersebut, sedangkan persoalan buruh dan hak asasi manusia menguasai 35% dan 28% secara berurut.[[77]](#footnote-77)

Dalam masa pemerintahan yang telah berlangsung di Indonesia, mulai dari orde lama, orde baru dan orde reformasi, ternyata permasalahan konflik tanah selalu mengalami perubahan. Hal tersebut dikatakan oleh Hambali Thalib yang menyatakan, bahwa : Karakteristik konflik tanah pada masa pemerintahan Orde Baru selama kurang lebih 32 Tahun sudah berubah, karena pengaruh negatif dari berbagai ekses pembangunan. Ekspresi konflik tanah menunjukkan suatu dimensi konflik tidak cukup hanya dipahami sebagai konflik tanah semata, tetapi mengandung konflik dimensi sistem ekonomi, dimensi hubungan mayoritas-minoritas, dimensi hubungan warga negara dengan negara, dimensi hubungan antar sistem ekologi dan dimensi hubungan laki-laki dan perempuan dalam akses dan kontrol terhadap tanah.[[78]](#footnote-78)

Pada hakekatnya secara yuridis formal peraturan perundang-undangan tentang pertanahan di Negara Republik Indonesia telah mengedepankan unsur keadilan. Sesuai dengan itu, menurut **Boedi Harsono** sebagaimana yang dikutip oleh Hambali Thalib menyatakan, bahwa ”landasan formal kita dalam melaksanakan reformasi pertanahan adalah UUPA, yang sesungguhnya syarat dengan semangat dan amanat untuk menciptakan keadilan di bidang pertanahan serta mengutamakan golongan ekonomi lemah”.[[79]](#footnote-79)

Mediasi adalah cara penyelesaian dengan melibatkan pihak ketiga, yaitu pihak ketiga yang dapat diterima (accertable) Artinya para pihak yang bersengketa mengizinkan pihak ketiga untuk membantu para rihak yang bersengketa dan membantu para pihak untuk mencapai penyenyelesaian. Meskipun demikianak septabilitas tidak berarti- para pihak selalu berkehendak untuk melakukan atau menerima sepenuhnya apa yang dikemukakan pihak ketiga. Mediasi menurut PerMa No.2 Tahun 2003 : Yaitu suatu penyelesaian sengketa melalui proses perundingan para pihak dibantu oleh mediator.

Proses mediasi tetap menjaga kerahasiaan sengketa para pihak. Mediasi dilaksanakan secara tertutup sehingga tidak setiap orang dapat menghindari sessi-sessi perundingan mediasi. Hal ini berbeda dengan badan peradilan dimana sidang umumnya dibuka untuk umum. Sifat kerahasiaan dari proses mediasi merupakan daya tarik tersendiri, Karena para pihak yang bersengketa pada dasarnya tidak suka jika persoalan yang mereka hadapi dipublikasikan kepada umum.

Sedangkan Litigasi adalah proses dimana seorang individu atau badan membawa sengketa, kasus ke pengadilan atau pengaduan dan penyelesaian tuntutan atau penggantian atas kerusakan.Proses pengadilan juga dikenal sebagai tuntutan hukumdan istilah biasanya mengacu pada persidangan pengadilan sipil.

Dalam penyelesaian konflik pertanahan selalu menggunakan berbagai upaya, seperti penyelesaikan lewat pengadilan dan di luar pengadilan, sebagaimana dikatakan oleh **Rizal Akbar Maya Poetra**, bahwa : Bagi kebanyakan Advokat, penyelesaian perkara diluar pengadilan diharapkan akan menjadi solusi yang terbaik bagi kliennya, yakni dapat menghemat waktu dan biaya, karena proses peradilan yang seharusnya dapat memenuhi harapan dari para pencari keadilan yang selalu menghendaki peradilan yang cepat, tepat, adil dan biaya ringan, seringkali memerlukan pemeriksaan dan acara yang berbelit-beli serta berlarut-larut bahkan kadang-kadang harus dilanjutkan oleh para ahli waris pencari keadilan serta menghabiskan dana yang tidak sedikit. Selain itu dari pengalaman selama menjalani profesi sebagai seorang Advokat/Pengacara, sangat dirasakan dalam penanganan perkara yang secara langsung menggunakan jalur penyelesaian melalui badan peradilan, yakni dalam Perkara Pidana, Perdata maupun Perkara Tata Usaha Negara, sering kali tidak efektif dan hasilnya kontra produktif.[[80]](#footnote-80)

Di dalam sistem hukum nasional dikenal penyelesaian sengketa melalui lembaga di luar pengadilan/*non litigasi* sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Salah satu alternatif penyelesaian sengketa adalah melalui proses mediasi yang merupakan proses penyelesaian berdasarkan prinsip-prinsip *win-win solution* yang diharapkan penyelesaiannya secara memuaskan yang dapat diterima semua pihak.

Secara umum alternatif penyelesaian sengketa sebelum terbitnya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Mekanisme yang ditempuh cenderung bersifat informal, sesuai dengan kebutuhan dan situasi kondisi yang ada. Dalam hal ini yang penting adalah membangun pengertian dan suasana agar para pihak terbuka untuk memahami kepentingan masing-masing dan berusaha memberi dan menerima untuk tercapainya jalan keluar secara *win-win solution* melalui musyawarah yang mereka tentukan dan sepakati sendiri dengan difasilitasi oleh pihak ketiga yang netral. Hal tersebut juga searah dengan pernyataan Direktorat Konflik Pertanahan yang menegaskan : Seiring dengan perjalanan waktu, penyelesaian sengketa/konflik melalui musyawarah semakin banyak dilakukan. Sengketa/konflik pertanahan yang lebih banyak berkaitan dengan masalah kepentingan atau *interest* para pihak, relatif lebih mudah untuk diselesaikan melalui cara musyawarah sepanjang kedua belah pihak saling terbuka dan menginginkan jalan keluar terbaik bagi semua pihak. Terhadap penyelesaian sengketa/konflik melalui peradilan, salah satu hambatannya adalah seringkali sulit melaksanakan putusan pengadilan, dalam hal ini terdapat putusan pengadilan perdata, pidana, dari Pengadilan Negeri/Pengadilan Tata Usaha Negara sampai Kasasi bahkan Peninjauan Kembali yang tidak konsisten satu sama lain terhadap satu obyek sengketa/konflik.[[81]](#footnote-81)

Di sisi lain pola penyelesaian konflik pertanahan juga diungkapkan oleh **Arie Hutagalung** yang menyatakan, bahwa ”cara-cara penyelesaian sengketa pertanahan dapat dilaksanakan melalui musyawarah, Badan Peradilan, Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS). Cara-cara melalui Arbitrase dan APS lebih dianjurkan untuk mencegah konflik yang berkepanjangan”.[[82]](#footnote-82)

Selanjutnya data pada **Direktorat Konflik Pertanahan** menunjukkan bahwa sengketa pertanahan atau agraria modern di Indonesia mempunyai sejarah panjang, setidaknya merentang mulai masa kolonial dulu. Peninggalan dari penjajahan masa lalu masih dirasakan oleh Bangsa Indonesia sampai saat ini. Dari data empiris sengketa/konflik mengenai pertanahan di Indonesia cukup tinggi bila dibandingkan dengan sengketa/konflik lain dalam perkara perdata, baik di pengadilan tinggi pertama maupun yang telah masuk ke Mahkamah Agung. Sengketa/konflik pertanahan di Indonesia kini kian meningkat dan kompleks, dari semula hanya sekitar 2.000 kasus kini menjadi 7.491 kasus (Data Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia, Tahun 2008) secara nasional. Sebagian besar kasus tanah itu sangat rumit penyelesaiannya karena menyangkut beberapa unsur yang komplek.

**Maria SW** juga memberikan pendapatnya, yaitu : Pada kenyataannya dalam penyelesaikan persoalan konflik pertanahan selalu mengalami perkembangan dan mempunyai karakter yang berkaitan dengan kasus-kasus lama sebagai akibat pola kebijakan dari pemerintah daerah yang masih jauh dari unsur keadilan. Hal tersebut searah dengan pendapat  **Joyo Winoto** yang mengatakan, bahwa sengketa dan konflik pertanahan merupakan fenomena sehari-hari. Semakin kita dalami, semakin banyak kasus lama yang terungkap. Banyak sengketa yang melahirkan sengketa baru. Umumnya tanah dalam sengketa adalah tanah yang diperlakukan *status quo*, tidak diusahakan. Kerugian masyarakat menumpuk sepanjang umur sengketa. Sampai hari ini, kita masih menemukan sengketa tanah telah mengganggu harmoni sosial di berbagai wilayah. Sengketa tanah bisa lahir secara alamiah, tetapi tidak sedikit pula yang lahir karena rekayasa lahir karena permainan mafia tanah. Permainan pertanahan adalah permainan kehidupan. Sekali kita eksekusi tanah, saat itu terlepas hubungan manusia tersebut dengan tanahnya, terlepas manusia dari sumber kehidupannya, dari tempat tinggalnya, dari kehormatannya. Sengketa tanah harus diatasi. Terlalu beresiko secara sosial untuk membiarkan tidak tertangani dan dibiarkan berkembang. Negara dan kita semua berkepentingan atas tuntasnya sengketa pertanahan.[[83]](#footnote-83)

Pemahaman terhadap berbagai akar permasalahan tersebut di atas dapat dijadikan titik tolak dalam upaya dan tindakan penyelesaian sengketa/konflik pertanahan yang timbul. Selanjutnya, khusus untuk penyelesaian sengketa pertanahan yang difasilitasi oleh pihak Badan Pertanahan Nasional (berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 10 Tahun 2006 Tentang Badan Pertanahan Nasional) dengan terbitnya keputusan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 34 Tahun 2007 Tentang “Petunjuk Teknis Penanganan dan Penyelesaian Masalah Pertanahan”, maka mekanisme pelaksanaan penyelesaian sengketa pertanahan melalui mediasi cenderung bersifat formal.

1. **Tinjauan Peraturan Kepala BPN R.I No. 3 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Pengkajian dan Penanganan Kasus Pertanahan.**

Agar penanganan dan penyelesaian konflik pertanahan dapat diwujudkan dan agenda kebijakan BPN R.I dapat dilaksanakan untuk mencapai sasaran strategis yang diinginkan, maka dirumuskan strategi sebagai berikut :

1. Memantapkan pelaksanaan tugas pokok dan fungsi Kedeputian Bidang Direktorat Konflik Pertanahan Badan Pertanahan Nasional R.I yaitu Pengkajian dan Penanganan Sengketa dan Konflik Pertanahan dengan membangun standar mekanisme dan prosedur operasional pengkajian dan penanganan sengketa pertanahan.
2. Mengintensifkan penyelesaian sengketa, konflik dan perkara pertanahan melalui mediasi dengan mendasarkan pada kajian akar permasalahan.
3. Membangun sistem basis data dan sistem informasi kasus pertanahan yang valid guna mendukung percepatan penanganan dan penyelesaian sengketa, konflik dan perkara pertanahan secara sistematis.
4. Memprakarsai terwujudnya konsep strategis penyelesaian sengketa, konflik dan perkara pertanahan dengan melibatkan pakar, akademisi serta Pengamat Agraria.
5. Meningkatkan kualitas dan profesionalisme sumber daya manusia di lingkungan Kedeputian Bidang Pengkajian dan Penanganan Sengketa dan Konflik Pertanahan.

Badan Pertanahan Nasional R.I sebagai lembaga yang melaksanakan tugas pemerintahan di bidang pertanahan berkewajiban untuk menyelesaikan konflik pertanahan yang ada di Indonesia. Badan Pertanahan Nasional dalam menyelesaikan setiap konflik pertanahan di Indonesia berpedoman pada Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional RI No. 3 Tahun 2011 tentang “Pengelolaan Pengkajian dan Penanganan Kasus Pertanahan dengan mengedepankan prinsip win-win solution”.[[84]](#footnote-84)

Win-win Solutian adalah situasi di mana kedua belah pihak yang berselisih (berkonflik) sama-sama merasa diuntungkan dalam suatu transaksi atau kesepakatan dan tidak ada pihak yang merasa dikalahkan. BPN sebagai mediator dan mencari jalan tengah yang mengakomodasi keadilan para pihak yang bersengketa. Dalam semangat win-win solution, penyelesaian sengketa tidak semata-mata didasarkan pada siapa yang memiliki sertifikat. Dalam banyak kasus, misalnya, seringkali penyelesaian sengketa mengabaikan eksistensi masyarakat lokal yang bertahun-tahun, dari generasi ke generasi.

Masyarakat kalah oleh investor yang baru datang dan memiliki sertifikat atas tanah di wilayah itu. Dalam konsep win-win solution, seandainya investor memiliki sertifikat hak milik, mereka tidak bisa langsung menang atas rakyat karena rakyat dilindungi oleh Pasal 33 UUD Tahun 1945, meskipun rakyat tersebut tidak memiliki sertifikat. Pasal 33 UUD 1945 menyiratkan bahwa rakyat memiliki hak atas tanah dan kekayaan alam di dalamnya. Konsep win-win solution adalah cara yang membuat derajat rakyat semakin tinggi karena rakyat dalam cara itu tidak dapat serta merta dikalahkan. Dengan konsep ini, rakyat harus mendayagunakan kemampuannya. BPN dalam hal ini hanya hanya mediator yang dituntut untuk independen, dan tidak berpihak pada kedua belah pihak. Namun penyelesaian konflik pertanahan dalam konsep win-win solution tergantung pada para pihak yang berkonflik. Win-win solution adalah upaya untuk mempermudah akomodasi dari beragam kepentingan yang bersengketa agar tidak jatuh konflik yang memakan korban dan merugikan kedua belah pihak.

1. Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi II Cetakan IX, Balai

 Pustaka, Jakarta 1997, hal 360. [↑](#footnote-ref-1)
2. . Moelyatno*, Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hal. 40. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sudarto, *Pemidanaan Pidana dan Tindakan*, BPHN, Jakarta, 1982, hal., 72 [↑](#footnote-ref-3)
4. Wirdjono Prodjodikoro, *AsasAsas Hukum Pidana di Indonesia*, PT Eresco, Bandung, 1976,

 hal. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sudarto, *Hukum Pidana I*, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1987/1988, hal 9. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibid*, hal. 23. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sudarto *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung , 1981 , hal. 30. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibid*, hal. 31. [↑](#footnote-ref-8)
9. Roeslan Saleh*, Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1978, hal. 5. [↑](#footnote-ref-9)
10. Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994, hal. 27. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Ibid*, hal.7. [↑](#footnote-ref-11)
12. Muladi dan Barda Nawawi Arief*, Op. Cit*, hal. 5. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Ibid*.. hal.5. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ibid*, hal. 6. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Ibid*. hal. 6-7 [↑](#footnote-ref-15)
16. *Ibid*. hal. 7 [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ibid*, hal. 7. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Ibid,* hal. 8. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibid*. hal. 8 [↑](#footnote-ref-19)
20. 56 Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana, Op.Cit*., hal. 81. [↑](#footnote-ref-20)
21. 57 Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Loc.Cit*. [↑](#footnote-ref-21)
22. R. Tresna. 1994. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Surabaya : Pustaka Tinta Mas, hal 28. [↑](#footnote-ref-22)
23. J.C.T Simorangkir, dkk. 2000. *Kamus Hukum*. Jakarta : Sinar Grafika, halaman 161. [↑](#footnote-ref-23)
24. Leden Marpaung. 2005. *Asas-Teori-Praktik Hukum Pidana*. Jakarta : Sinar Grafika, hal 10 [↑](#footnote-ref-24)
25. *Ibid*., hal 11 [↑](#footnote-ref-25)
26. Teguh Prasetyo dan Abdul Hakim Barkatullah.. *Politik Hukum Pidana Kajian Kebijakan Kriminalisasai dan Deskriminalisasi*. Yogyakarta : Pustaka Pelajar.2005, hal 31-32. [↑](#footnote-ref-26)
27. Theodorus M. Tuanakotta. . *Menghitung Kerugian Keuangan Negara Dalam Tindak Pidana Korupsi.* Jakarta: Salemba Empat,2009. hal 73. [↑](#footnote-ref-27)
28. 21 Bambang Poernomo , *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, hal. 115. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Ibid*., hal. 116 [↑](#footnote-ref-29)
30. [www.hukum.online](http://www.hukum.online). Tanggal 2 juni 2013 [↑](#footnote-ref-30)
31. Pasal 406 ayat 1, KUHP [↑](#footnote-ref-31)
32. L.H.C. Hullsman dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op. Cit*. hal. 23. [↑](#footnote-ref-32)
33. Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op. Cit*, hal 129. [↑](#footnote-ref-33)
34. Djoko Prakoso dan Nurwachid, *Studi tentang Pendapat-Pendapat Mengenai Efektivitas Pidana Mati di Indonesia, Ghalia Indonesia*, Jakarta, 1983, hal. 20. [↑](#footnote-ref-34)
35. Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana, Op.Cit*. hal. 14. [↑](#footnote-ref-35)
36. Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, hal. 26. [↑](#footnote-ref-36)
37. *Ibid*.hal.26. [↑](#footnote-ref-37)
38. Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*., hal. 11. [↑](#footnote-ref-38)
39. *Ibid*.hal.11. [↑](#footnote-ref-39)
40. *Ibid*, hal. 12. [↑](#footnote-ref-40)
41. *Ibid.hal.12* [↑](#footnote-ref-41)
42. *Ibid*, hal 13. [↑](#footnote-ref-42)
43. Vos, H.B. *Leverboek van Nederlands Strafrecht, Haarlem*; H.D. Tjeenk, Willink, 1950, hal 27 dalam Andi [↑](#footnote-ref-43)
44. Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Loc.Cit*. [↑](#footnote-ref-44)
45. Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia, Op.Cit*., hal 29. [↑](#footnote-ref-45)
46. Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*., hal 17. [↑](#footnote-ref-46)
47. *Ibid*, hal. 16. [↑](#footnote-ref-47)
48. *Ibid*, hal. 16-17 [↑](#footnote-ref-48)
49. 78 G.A. Van Hammel, *Inleiding tot de Studie van Het Ned Strafrecht*, Harlem : De Erven F. Bohn, 1929,

 hal. 29, dalam Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, *Op.Cit* [↑](#footnote-ref-49)
50. Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*., hal 18. [↑](#footnote-ref-50)
51. *Ibid*, hal. 19. [↑](#footnote-ref-51)
52. Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, *Op.Cit*., hal. 31. [↑](#footnote-ref-52)
53. *Ibid*. hal 32. [↑](#footnote-ref-53)
54. *Ibid*. hal. 32. [↑](#footnote-ref-54)
55. Muladi dan Barda Nawawi Arief, Op*.Cit..*hal.19 [↑](#footnote-ref-55)
56. Muladi, *Op.Cit*, hal.51. [↑](#footnote-ref-56)
57. John Kaplan, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*., hal. 20. [↑](#footnote-ref-57)
58. Maria. SW Sumardjono*, Puspita Serangkum Aneka Masalah Hukum Agraria*,(Yogyakarta; Andi Offset. 1982), Hal.1 [↑](#footnote-ref-58)
59. Penjelasan H.W.J. Sonius, dalam diskusi dengan penulis di Amsterdam, 1974, tentang nasihat Kappayne, kepada Menteri Jajahan, Fransen van der Putte, untuk menggantikan nama rancangan Undang-Undang Perkebunan (Cultuur Wet) menjadi Undang-Undang Agraria (Agrarische Wet); agar tidak melanggar hukum perdata Nederlands Burgerlijk Wet (NBW), tentang kewenangan Negara Belanda atas tanah terhadap warga negaranya yang tinggal di daerah jajahan pulau Jawa. [↑](#footnote-ref-59)
60. Lihat pernyataan Penjelasan Umum I, alinea 5, UU No. 5/1960 (UUPA 1960). [↑](#footnote-ref-60)
61. Mudjiono, *Politik dan Hukum Agraria*, Cet. Pertama, Liberty, Yogyakarta, 1997 hal. 19. [↑](#footnote-ref-61)
62. Penjelasan Umum II (2) UUPA [↑](#footnote-ref-62)
63. BF Sihombing, *Evolusi Kebijakan Pertanahan Dalam Hukum Tanah Indonesia,* PT. Toko Gunung Agung Tbk, Jakarta, hal. 79 [↑](#footnote-ref-63)
64. *Ibid* , hal. 80 [↑](#footnote-ref-64)
65. [www.property.net](http://www.property.net/)*,* diakses pada tanggal 20 mei 2013. [↑](#footnote-ref-65)
66. Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hal. 55 [↑](#footnote-ref-66)
67. Muchsin, *Ikhtisar Ilmu Hukum,* Badan Penerbit Iblam, Jakarta, 2005, hal. 24 [↑](#footnote-ref-67)
68. CTS Cansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia,* Balai Pustaka, Jakarta, 2002, hal. 118 [↑](#footnote-ref-68)
69. *Ibid,* hal. 118 [↑](#footnote-ref-69)
70. Sudharyo Soimin, *Status Hak dan Pembebasan Tanah,* Edisi Ketiga, Sinar Grafika, Jakarta, 2001, hal. 24 [↑](#footnote-ref-70)
71. Supriadi, *Hukum Agraria,* Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hal. 112 [↑](#footnote-ref-71)
72. Muljadi, *Kartini* dan Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Harta Kekayaan, Hak-Hak Atas Tanah,* Kencana, Jakarta, 2008 hal.159 [↑](#footnote-ref-72)
73. *Ibid*, hal.162 [↑](#footnote-ref-73)
74. Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia,No.27/PUU-VIII/2007 [↑](#footnote-ref-74)
75. Sudharyo Soimin, *Op.Cit*, hal. 25 [↑](#footnote-ref-75)
76. Hambali Thalib, *Sanksi Pemidanaan dalam Konflik Pertanahan, Kebijakan Alternatif Penyelesaian Konflik Pertanahan di Luar Kodifikasi Hukum Pidana*, Edisi I Cetakan ke-2, Kencana Predana Media Group, Jakarta, 2009, hal. 45. [↑](#footnote-ref-76)
77. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-77)
78. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-78)
79. *Ibid*., hal. 46 [↑](#footnote-ref-79)
80. Rizal Akbar Maya Poetra, *Strategi Dalam Penanganan Sengketa Pertanahan disampaikan dalam rangka Workshop Nasional Strategi Penanganan dan Penyelesaian Sengketa Pertanahan Tahun 2007,* diselenggarakan oleh Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia di Sindhu Hotel Sanur-BALI, Rabu 14 Nopember 2007. [↑](#footnote-ref-80)
81. Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia, *Penyelesaian Konflik Pertanahan,* Direktorat Konflik Pertanahan, 2008, hal. 9. [↑](#footnote-ref-81)
82. Arie S. Hutagalung, *Tebaran Pemikiran Seputar Masalah Hukum Tanah,* Cetakan I, Lembaga Pemberdayaan Hukum Indonesia, Jakarta, 2005, hal. 386. [↑](#footnote-ref-82)
83. Joyo Winoto, *Sambutan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia. Peringatan Hari Agraria Nasional dan Peringatan HUT UUPA Ke – 48, Menggerakkan aset, menyelamatkan bangsa, tanah, negara dan kemakmuran rakyat*, 2008, hal. 4.  [↑](#footnote-ref-83)
84. Peraturan Kepala BPN RI No. 3 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Pengkajian dan Penanganan Kasus Pertanahan [↑](#footnote-ref-84)