

PLURALISME HUKUM

Sumber Daya Alam dan Keadilan dalam Pemanfaatan Tanah Ulayat

Pluralisme hukum di bidang pertanahan berkembang melalui proses adaptasi dan integrasi antara hukum negara dan hukum adat. Dengan berlakunya beberapa undang-undang sektoral yang tidak selalu selaras, bahkan tumpang tindih dan bertentangan satu sama lain, diperlukan upaya harmonisasi dan mendorong pembentukan undang-undang tentang penguasaan dan pengelolaan sumber daya alam sebagai suatu sistem.

Ketidakharmonisan undang-undang sektoral juga tampak dalam pengaturan tentang masyarakat hukum adat. Berbagai putusan Mahkamah Konstitusi terhadap beberapa undang-undang sektoral bahkan menyatakan jika pengaturan tersebut bertentangan dengan konstitusi. Tanpa adanya undang-undang yang dengan tegas dan jelas memberikan perlindungan atas hak masyarakat hukum adat termasuk hak atas tanah dan wilayahnya, pemanfaatan tanah ulayat oleh pihak lain dapat berdampak terhadap hilangnya ruang hidup masyarakat hukum adat sebagaimana tergambar dalam kasus pemanfaatan tanah ulayat untuk program *Merauke Integrated Food and Energy Estate* (MIFEE).



Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA. lahir di Yogyakarta, 23 April 1943. Menyelesaikan pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, tahun 1966. Ia mendapatkan gelar Master of Comparative Law (MCL) dari Southern Methodist University (SMU) Dallas, Texas, tahun 1978. Selain itu ia juga mendapatkan gelar Master of Public Administration (MPA), tahun 1984 dan gelar Doktor (Ph.D) tahun 1988 dari University of Southern California (USC), Los Angeles, California.

Fakultas Hukum, Universitas Gadjah Mada

Jalan Sosio Yustisia No. 1 Bulaksumur, Yogyakarta 55281
Email : hukum-hk@ugm.ac.id Telp : (0274) 512781



Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA

PLURALISME HUKUM

Sumber Daya Alam dan Keadilan dalam Pemanfaatan Tanah Ulayat



Diterbitkan oleh
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS GADJAH MADA YOGYAKARTA
2018

Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA

PLURALISME HUKUM

Sumber Daya Alam dan Keadilan dalam Pemanfaatan Tanah Ulayat

PLURALISME HUKUM SUMBER DAYA ALAM DAN KEADILAN DALAM PEMANFAATAN TANAH ULAYAT

Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA

Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2018

Pluralisme Hukum Sumber Daya Alam dan Keadilan dalam Pemanfaatan Tanah Ulayat

Penulis:

Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA

ISBN : 978-602-18775-6-2

Diterbitkan oleh:

Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada
Jalan Sosio Yustisia No. 1 Bulaksumur, Depok, Sleman
D.I.Yogyakarta, 55281
Telp/Fax. (0274) 512781
Email: hukum-hk@ugm.ac.id

Kredit Foto Sampul :

Yayasan PUSAKA

Cetakan pertama September 2018

Hak cipta dilindungi Undang-Undang
Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara
apapun tanpa izin tertulis dari penerbit.

PENGANTAR PENERBIT

Buku 'Pluralisme Hukum Sumber Daya Alam dan Keadilan dalam Pemanfaatan Tanah Ulayat' yang ada di hadapan anda saat ini adalah hasil dari ikhtiar seorang guru sekaligus pembelajar hukum yang determinasinya terhadap diskusi keilmuan hukum tidak pernah surut. Kali ini Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA., kembali hadir dengan pemikirannya yang bernas dan jernih untuk menelaah dua soal penting: persoalan pluralisme hukum pertanahan dan sumber daya alam (SDA) serta persoalan pemanfaatan tanah ulayat.

Sebagai aliran pemikiran, pluralisme hukum banyak dibangun sebagai kritik atas pandangan *legal centralism* yang menolak keberlakuan hukum lain di luar hukum negara. Konfigurasi hukum Indonesia beragam karena beberapa sistem hukum (adat, negara, agama dan global, dll) berinteraksi secara dinamis

dalam arena sosial yang sama. Tidak kalah penting, tubuh sistem hukum negara sendiri juga mengandung keberagaman. Bagian yang terakhir ini seringkali terlewatkan dalam perbincangan pluralisme hukum.

Bagian pertama dari buku ini ingin menunjukkan kemajemukan tersebut dalam konteks regulasi pertanahan dan sumberdaya alam. Kemajemukan ini bahkan mengarah pada kondisi *over-regulation* (pengaturan yang berlebihan) dan *overlapping* (tumpang tindih) regulasi di bidang pertanahan dan SDA. Oleh karena itu dibutuhkan pemahaman yang utuh mengenai bagaimana berbagai regulasi tersebut berinteraksi dan bertukar pengaruh, termasuk untuk menguji gagasan unifikasi hukum pertanahan dan SDA dalam relasi yang serba plural ini.

Bagian kedua buku ini masuk lebih dalam pada situasi dimana hukum negara berlaku pada arena sosial yang juga memiliki tatanan normatif sendiri. Mengambil kasus *Merauke Integrated Food and Energy Estate* (MIFEE), Prof Maria menunjukkan bahwa kompensasi atas tanah ulayat perlu dengan

serius mempertimbangkan konstruksi kultural dan relasi spiritual masyarakat hukum adat terhadap tanahnya.

Bagian ini juga memantik diskusi mengenai bagaimana keadilan dapat diwujudkan dalam kasus pemanfaatan tanah ulayat oleh pihak ketiga. Lebih konkret lagi, keadilan macam apa yang harus dihadirkan negara dan pihak ketiga melalui kompensasi atas pemanfaatan tersebut.

Kami berterima kasih kepada Prof. Maria atas kepercayaan beliau kepada Unit Riset dan Publikasi Fakultas Hukum UGM untuk menghadirkan buku ini ditengah khalayak pembaca. Bagi kami, dan kami harap juga bagi pembaca, ini adalah langkah awal untuk melihat bahwa pluralisme hukum di Indonesia adalah sebuah dialektika yang dinamis. Kondisi ini adalah tantangan sekaligus peluang bagi studi hukum untuk menjelaskan teks hukum tanpa harus berjarak dengan konteksnya.

KATA SAMBUTAN

Dekan Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada

Publikasi ilmiah dalam bentuk buku, merupakan salah satu karya dan penanda bagi seorang akademisi. Dalam hal ini, Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono S.H., MCL., MPA., telah membuktikan dan menjadi teladan bagi akademisi yang lain. Darinya telah lahir beragam karya tulis berupa makalah, paper, artikel ilmiah populer, buku, dan atau naskah akademik lainnya. Buah karya pemikiran beliau secara rutin lahir dan dipublikasikan untuk memperkaya literatur dan wacana akademik maupun merumuskan tawaran solusi bagi persoalan faktual yang muncul dalam kehidupan masyarakat dan Negara.

Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA., adalah seorang akademisi yang memiliki kompetensi dan rekam jejak yang tidak perlu diragukan lagi dalam menelaah permasalahan: keanekaragaman sistem hukum yang

bekerja terkait dengan tanah ulayat dan masyarakat hukum adat; serta bagaimana peran Negara dalam pengelolaan sumber daya alam. Melalui pengalaman riset puluhan tahun, beliau menunjukkan wawasan dan pengetahuan yang layak menjadi rujukan bagi banyak pihak. Orisinalitas dan kejernihan pemikiran beliau selalu ditunggu dan dijadikan inspirasi dalam memahami dan menyelesaikan kompleksitas persoalan sumber daya alam.

Buku ini merupakan bukti tentang produktivitas, komitmen, dedikasi serta konsistensi beliau sebagai seorang guru sekaligus ilmuwan. Buku ini dapat menjadi rujukan bagi kolega, murid maupun kalangan yang lebih luas dalam memaknai pluralisme hukum di bidang pengelolaan sumber daya alam. Fakultas Hukum UGM sangat beruntung, karena beliau telah meletakkan dasar dan membangun tradisi intelektual yang terus terjaga dari masa ke masa.

Akhirnya, kepada pembaca saya ucapkan selamat membaca dan selamat menjelajahi dan menikmati tawaran ide dari penulis. Kepada Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono S.H., MCL., MPA., saya ucapkan selamat atas terbitnya

buku ini ; dan terima kasih telah diberikan kesempatan menuliskan sambutan bagi buku ini.

Yogyakarta, 17 Agustus 2018

Prof. Dr. Sigit Riyanto, S.H., LL.M.

(Dekan Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada)

KATA PENGANTAR

Salah satu tujuan pembentukan UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) pada tanggal 24 September 1960 adalah tercapainya unifikasi hukum di bidang agraria atau pertanahan. Sebelum tahun 1960, peraturan perundang-undangan tentang pertanahan terdiri dari dua kelompok terkait subyek (pemegang hak) dan obyek (macam hak atas tanahnya). Terhadap tanah-tanah hak Barat berlaku KUH Perdata, sedangkan tanah-tanah hak adat diatur menurut hukum adat. Jika pada saat yang bersamaan disuatu negara berlaku dua atau lebih sistem hukum yang berbeda, maka berlakulah yang disebut pluralisme hukum.

Ketika berbagai undang-undang sektoral terbit sejak tahun 1970an, tidak satupun yang menjadikan UUPA sebagai landasan hukumnya; semua undang-undang sektoral lang-

sung merujuk pada Pasal 33 Undang - Undang Dasar 1945 sebagai dasarnya. Dalam perkembangannya, ternyata bahwa berbagai undang-undang sektoral tersebut tidak selalu harmonis, bahkan tumpang tindih antara satu dengan lainnya dengan berbagai dampaknya sebagaimana dinyatakan dalam Ketetapan MPR RI No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam.

Bagian pertama buku ini mengulas tentang dimensi pertama “Keanekaragaman Dalam Unifikasi Hukum” dalam hukum pertanahan nasional yang dimaknai sebagai adaptasi dan integrasi. Dimensi kedua diterapkan terhadap undang-undang sektoral berupa upaya unifikasi hukum yang ditempuh melalui harmonisasi yang didasarkan pada prinsip Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam (PA-PSDA) dengan memperhatikan putusan Mahkamah Konstitusi terkait berbagai undang-undang sektoral.

Bagian kedua difokuskan pada permasalahan yang dialami oleh masyarakat hukum adat terkait dengan pemanfaatan tanah ulayatnya oleh pihak lain, dengan mengambil con-

toh kasus sebagai dampak program *Merauke Integrated Food And Energy Estate* (MIFEE). Keberadaan masyarakat hukum adat dengan kekayaan alam yang melimpah itu memang dilematis. Di satu sisi, negara belum sepenuhnya hadir untuk melindungi hak-haknya, termasuk tetapi tidak terbatas pada hak atas tanah dan wilayahnya. Di sisi lain, kekayaan alamnya yang melimpah sangat menarik bagi pihak luar untuk mengambil manfaatnya. Tanpa pemahaman yang menyeluruh tentang hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah sebagai ruang hidupnya, dan belum adanya pedoman untuk pemberian kompensasi yang adil bagi pemanfaatan tanah ulayat, maka masyarakat hukum adat akan selalu menjadi pihak yang dirugikan karena kehilangan yang tak mungkin tergantikan atas ruang hidup dan nilai-nilai yang menyatu di dalamnya.

Tidak kurang pentingnya untuk memahami dan menaati tata cara untuk menempuh kesepakatan dengan masyarakat hukum adat ketika tanah mereka diperlukan untuk suatu kegiatan. Menafikan tata cara ini (*Free and Prior Informed Consent/FPIC*), merupakan indikasi

bahwa tidak ada itikad baik untuk mencapai kesepakatan yang memberikan manfaat bagi para pihak.

Selamat membaca.

Yogyakarta, 23 April 2018

Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA

DAFTAR ISI

Pengantar Penerbit	iii
Kata Sambutan	vi
Kata Pengantar	ix
Daftar Isi	xiii

Pluralisme Hukum dalam Pengaturan Sumber Daya Alam di Indonesia: Adaptasi, Harmonisasi dan Agenda ke Depan	1
Pengantar	1
I. Dua Dimensi Pluralisme Hukum	11
A. Adaptasi dan Integrasi	11
B. Harmonisasi dan Unifikasi	25
II. Reformasi Regulasi dan Agenda ke Depan	36

Kompensasi yang Adil atas Pemanfaatan Tanah Ulayat Masyarakat Hukum Adat: Belajar dari Kasus <i>Merauke Integrated Food and Energy Estate (MIFEE)</i>	48
Pengantar	48

I.	Pemanfaatan Tanah Ulayat	55
A.	Pemanfaatan Tanah Ulayat untuk Kepentingan Umum	55
B.	Pemanfaatan Tanah Ulayat untuk Non-Kepentingan Umum	62
1.	Penyewaan Tanah Ulayat	62
2.	Pemberian Hak atas Tanah di atas Tanah Ulayat	64
II.	Pemanfaatan Tanah Ulayat untuk Program MIFEE	72
III.	Kompensasi yang Adil atas Pemanfaatan Tanah Ulayat Masyarakat Hukum Adat	79
	Penutup dan Rekomendasi	92
	Daftar Pustaka	95
	Lampiran	
	<i>Free, Prior and Informed Consent (FAO)</i> <i>Section 1 & 2</i>	101
	Tentang Penulis	120

PLURALISME HUKUM DALAM PENGATURAN SUMBER DAYA ALAM DI INDONESIA: ADAPTASI, HARMONISASI DAN AGENDA KE DEPAN*

Pengantar

Pokok-pokok pikiran yang disampaikan pada kesempatan ini mengandung beberapa limitasi. **Pertama**, ruang lingkup pluralisme hukum terbatas pada aras nasional dan lokal, tanpa menafikan bahwa untuk bidang-bidang hukum di luar agraria/pertanahan, keberlakuan pluralisme hukum telah melewati batas-batas negara. **Kedua**, fokus pengamatan adalah hukum, dalam hal ini peraturan perundang-undangan terkait penguasaan dan pengelolaan sumber daya alam (SDA). **Ketiga**, pendekatan yang dipilih adalah adaptasi, di dalam lingkup satu bidang hukum SDA, yakni pertanahan,

* Orasi dalam Rangka Dies Natalis ke -71 Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 17 Februari 2017.

dan harmonisasi antar berbagai bidang sumber daya alam, khususnya hukum pertanahan dan hukum kehutanan.

Kajian tentang pluralisme hukum sudah banyak dilakukan. Sebagian besar kajian memilih awal berpijak pada konflik yang terjadi dalam masyarakat karena berlakunya hukum negara (HN) dan hukum adat.¹ Pokok-pokok pikiran ini dimaksudkan untuk melengkapi kajian terdahulu, berangkat dari keanekaragaman regulasi di bidang SDA.

Pluralisme hukum secara sederhana dapat dikatakan terjadi ketika dalam suatu situasi dapat ditemukan dua atau lebih sistem hukum yang berlaku dalam masyarakat. Di antara dua aliran tentang pluralisme hukum, mengamati perkembangan dan tantangan ke depan, kiranya pluralisme hukum yang lemah itu (*weak legal pluralism/state-law pluralism*) terjadi ketika berbicara tentang interaksi antara HN dan hukum adat di bidang hukum pertanahan. Hu-

¹ Lihat antara lain berbagai kajian yang dimuat dalam Myrna A. Safitri (ed), 2011, *Untuk Apa Pluralisme Hukum?*, Epistema Institute, HuMa, Forest Peoples Programme, Jakarta; EKM Masinambow (ed), 2000, *Hukum dan Kemajemukan Budaya*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta; dan F. Von Benda-Beckman dan M van der Velde (eds), 1992, *Law as a Resource in Agrarian Struggles*, Agricultural University, Wageningen.

kum adat diperlukan untuk melengkapi norma yang belum diatur dalam HN tetapi dibutuhkan oleh masyarakat dan dirasakan sebagai adil, dan dengan demikian dapat memenuhi kebutuhan masyarakat. Dengan perkataan lain, keberadaan dan keberlakuan norma hukum adat itu bersifat komplementer. Secara naluriah hal ini wajar terjadi karena hukum itu merupakan cermin dari masyarakat “tempat berlakunya” sebagaimana dinyatakan oleh Von Savigny. Dinamika masyarakat beserta perkembangan kebutuhannya di bidang hukum, sosial-ekonomi, budaya, dan lain-lain selalu lebih “maju” dibandingkan dengan kemampuan HN untuk mengaturnya dalam norma hukum tertulis.

Ketidaksempurnaan HN juga tampak dari ketidaksinkronan pengaturan dalam bidang SDA. Di samping itu, harus diakui bahwa pembentukan suatu undang-undang itu tidak selalu dapat dikatakan berdiri di atas segala kepentingan atau bebas nilai. Sedikit atau banyak, pengaruh kepentingan kelompok pasti ada karena dalam proses pembentukannya sering terjadi kompromi untuk mencegah “*deadlock*”. Dalam konteks ini tidak perlu heran jika dikatakan bah-

wa undang-undang itu adalah produk hukum yang dihasilkan dari proses politik.

Apakah yang menjadi penanda bahwa yang berlaku di bidang SDA adalah *weak legal pluralism*? Walaupun pada suatu situasi HN dan hukum adat berlaku dalam masyarakat, tetapi HN tetaplah dominan. Hal ini antara lain dapat dilihat dari rumusan yang terdapat dalam berbagai undang-undang terkait SDA yang membatasi berlakunya norma hukum lain di luar HN. Frasa “sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan” dapat ditemukan dalam berbagai undang-undang SDA. Tetapi masalahnya tidak berhenti sampai pada perumusan tersebut. Pertanyaannya adalah: apa kriteria untuk menentukan “tidak bertentangan” itu? Siapa yang menentukan kriteria tersebut dan atas dasar apa penentuannya? Perumusan semacam itu tentu tidak boleh dilakukan secara sambil-lalu jika pembatasan itu memang dimaksudkan untuk benar-benar ditaati. Yang lebih membingungkan adalah, seringkali perumusan yang berisi pembatasan itu tidak dilengkapi dengan penjelasan tentang substansi dalam undang-

undang yang berpotensi dilanggar. Apakah setiap norma hukum di luar HN dapat diterima sebagai pelengkap HN? Menurut hemat saya, norma hukum lain dapat melengkapi HN jika setidaknya memenuhi persyaratan berikut: (1) benar-benar dibutuhkan oleh masyarakat; (2) memenuhi rasa keadilan masyarakat; (3) ditaati oleh masyarakat; dan (4) tidak melanggar hak asasi pihak lain.

Ketidaklengkapan pengaturan norma dalam HN itu membuka ruang bagi berlakunya norma hukum lain. Apakah makna “membuka ruang” tersebut? Dalam berbagai kajian, membuka ruang dimaknai sebagai interaksi/keterpaduan/akomodasi hukum adat dan HN.² Secara teoritis, “membuka ruang” itu tetap berada dalam kerangka *weak legal pluralism* karena sifat komplementer dari hukum adat terhadap HN dan dominasi HN terhadap hukum adat.

² Lihat misalnya: Kurnia Warman, 2010, *Hukum Agraria dalam Masyarakat Majemuk*, HuMa dan Van Vollenhoven Institute, KITLV, Jakarta; Roberth KR Hammar, *Implementasi Penataan Ruang terhadap Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat di Kabupaten Manokwari, Provinsi Papua Barat*, Disertasi Program Pascasarjana Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 2011; Sulastriyono, *Hukum Sumber Daya Air: Studi Pengelolaan Sumber Daya Air Berbasis Kearifan Lokal*, Disertasi Program Pascasarjana Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 2011.

Strong legal pluralism terjadi ketika berbagai sistem hukum berlaku dalam hubungan yang sederajat. Dalam keadaan demikian, orang bebas memilih hukum mana yang berlaku; tidak ada norma hukum yang mendominasi dan implikasi pilihan hukumnya bersifat personal. Myrna Safitri mencontohkan pilihan hukum dalam hal pewarisan.³ Oleh karena HN yang terkait dengan SDA implikasinya tidak bersifat personal tetapi universal dan kewenangan mengatur penguasaan dan pemanfaatan SDA oleh negara lebih dominan, maka dalam bidang SDA yang berlaku adalah *weak legal pluralism*. Wacana tentang *weak* atau *strong legal pluralism* memang perlu dalam tataran teoritis tetapi hal itu tidak perlu dipertentangkan. Yang perlu dipahami bersama adalah bahwa HN itu tidak sempurna sehingga perlu dilengkapi dengan norma hukum lain yang belum sempat diatur dalam HN sedangkan hal itu dibutuhkan oleh masyarakat.

Perlu juga dipahami bahwa pluralisme

³ Myrna A. Safitri (ed), 2011, *Untuk Apa Pluralisme Hukum?*, Epistema Institute dan HuMa Forest Peoples Programme, Jakarta, hlm. 10-11.

hukum itu tidak bebas dari kritik, yakni: (1) bagaimana membedakan antara hukum dengan nilai budaya dan kebiasaan dalam masyarakat; (2) apakah pluralisme hukum mampu memberikan solusi terhadap permasalahan dalam masyarakat; (3) apakah pluralisme hukum tersebut memberikan jaminan kepastian hukum. Jawaban terhadap kritik tersebut diuraikan dengan jelas oleh Inge Nurtjahyo.⁴

Elaborasi jawaban terhadap kritik tersebut intinya adalah, **pertama** tidak semua budaya atau kebiasaan dapat melengkapi HN. Nilai budaya dapat ditaati oleh masyarakat dengan syarat ada otoritas yang berwenang, berlaku secara universal, mengandung hak dan kewajiban, dan terdapat sanksi; **kedua**, kenyataan yang ada menunjukkan bahwa HN itu berinteraksi, bahkan berkompetisi dengan sistem hukum lain dalam rangka mencari jalan keluar dari permasalahan yang ada. Implikasinya adalah, jika dengan norma HN tidak dapat diselesaikan suatu masalah, barangkali hal itu dapat diselesaikan melalui norma hukum lain. Terhadap kritik ketiga, kata kuncinya lebih pada keadilan yang dicari oleh masyarakat. Kepastian hukum

⁴ Inge Nurtjahyo dalam Myrna A. Safitri, *Op.cit.*, hlm. 46-48.

dalam konsep HN pun seringkali tidak dapat mencerminkan lima karakteristik sebagaimana dikemukakan oleh Jan Michiel Otto.⁵

Pluralisme hukum dari segi legal formal dapat dilihat dalam UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA) dan Ketetapan MPR RI No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam (TAP MPR No. IX/2001). Dalam UUPA, pengakuan pluralisme hukum tersirat dalam konsiderans maupun pasal-pasal; dalam TAP MPR No. IX/2001 pluralisme hukum dinyatakan secara eksplisit. Pasal 5 TAP MPR No. IX/2001 menyatakan bahwa “pembaruan agraria dan pengelolaan sumber daya alam harus dilaksanakan berdasarkan 12 prinsip”, antara lain “menghormati supremasi hukum dan mengakomodasi keanekaragaman dalam unifikasi hukum” (Pasal 5 huruf e). Interpretasi otentik dari rumusan tersebut tidak ada. Tetapi interpretasi historis dan teleologis yang merupakan *raison d’etre* TAP MPR No. IX/2001 dapat dibaca pada bagian konsiderans c, d, dan e.

⁵ Jan Michiel Otto sebagaimana dikutip oleh Inge Nurtjahyo dalam Myrna A. Safitri, *Op.cit.*, hlm. 49.

Kompetisi antar pengaturan berbagai bidang SDA yang tumpang tindih, bahkan bertentangan satu sama lain itu menjadi salah satu penyebab timbulnya berbagai konflik dan sengketa agraria dalam berbagai skalanya dan ketidakadilan dalam perolehan dan pemanfaatan SDA, di samping mendorong penurunan kualitas dan kuantitas SDA karena eksploitasi yang berlebihan yang sebagian difasilitasi oleh undang-undang SDA yang mengutamakan keadilan distributif.⁶ Oleh karena itu, sangat logis jika arah kebijakan pembaruan agraria (PA) dan pengelolaan sumber daya alam (PSDA) adalah memberikan mandat kepada Presiden dan DPR untuk melakukan pengkajian ulang terhadap berbagai peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan agraria/PSDA dalam rangka sinkronisasi antar sektor yang berdasarkan prinsip-prinsip PA dan PSDA (Pasal 6 TAP MPR No. IX/2001).

Berdasarkan rumusan Pasal 4 huruf c dan Pasal 6 ayat (1) huruf a dan Pasal 6 ayat (2) huruf a TAP MPR No. IX/2001, dua hal

⁶ Tentang keadilan distributif, antara lain dapat dibaca dalam Nurhasan Ismail, 2007, *Perkembangan Hukum Pertanahan, Pendekatan Ekonomi-Politik*, HuMa dan Magister Hukum UGM, Jakarta, hlm. 44.

perlu ditemukan maknanya. **Pertama**, arahan untuk melakukan pengkajian ulang terhadap seluruh peraturan perundang-undangan SDA yang ditengarai tumpang tindih. Ketika melakukan kaji ulang, dapat ditengarai bahwa keanekaragaman hukum itu terdapat dalam dua dimensi. Dimensi pertama adalah, bahwa untuk bidang pertanahan, HN itu beradaptasi dengan hukum adat sebagaimana akan diuraikan lebih lanjut. Dalam dimensi kedua, dalam satu bidang pengaturan (SDA) terdapat berbagai undang-undang dalam masing-masing bidang SDA yang tidak dibangun berdasarkan satu sistem. Undang-undang SDA yang seharusnya merupakan sub-sistem dari sistem penguasaan dan pengelolaan SDA, justru masing-masing muncul sebagai sistem tersendiri. Analisis sinkronisasi horisontal undang-undang SDA ditujukan untuk mengharmonisasikan berbagai undang-undang tersebut.

Kedua, apa sebenarnya yang dimaksud dengan unifikasi hukum menurut Pasal 5 huruf c? Dalam konteks adaptasi, unifikasi hukum dimaksudkan sebagai upaya untuk penyatuan hukum agraria/pertanahan yang

berlaku untuk seluruh bangsa di wilayah RI dan berlaku sebagai hukum nasional atau HN. Sedangkan dalam konteks harmonisasi, unifikasi hukum dimaknai sebagai upaya “sinkronisasi antar berbagai undang-undang SDA demi terbentuknya peraturan perundang-undangan yang didasarkan pada prinsip-prinsip PA-PSDA”. Kiranya yang dimaksudkan adalah, bahwa untuk undang-undang SDA perlu dibentuk suatu undang-undang yang merupakan landasan bagi pembentukan semua undang-undang SDA (UU SDA sebagai suatu sistem).

I. Dua Dimensi Pluralisme Hukum

A. Adaptasi dan Integrasi

Adaptasi hukum adat dan integrasinya dalam HN terjadi dalam pluralisme hukum dimensi pertama. Secara implisit, UUPA mengenal pluralisme hukum ketika menegaskan bahwa, “hukum agraria nasional berdasarkan atas hukum adat tentang tanah” (konsiderans huruf a). Hal ini dinyatakan lebih lanjut dalam Pasal 5.⁷ Kalimat pembuka dalam rumusan

⁷ Pasal 5 menyatakan bahwa “Hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak

Pasal 5 tidak menimbulkan masalah (“hukum yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat”), namun makna yang sesungguhnya dari kalimat selanjutnya (hukum adat yang harus memenuhi lima syarat itu) tidak dapat dipahami dengan mudah karena tidak diberikan penjelasannya dalam Pasal 5, tetapi secara umum merujuk pada Penjelasan Umum III angka 1.

Penjelasan Umum III angka 1 ternyata juga tidak memberikan penjelasan yang dibutuhkan tetapi memberikan pemaknaan bahwa untuk mengakhiri dualisme hukum di bidang pertanahan, tujuan pembentukan UUPA adalah dalam rangka “tercapainya kepastian hukum”. Dalam uraian selanjutnya, hukum adat yang menjadi dasar hukum agraria yang baru adalah “hukum adat yang asli”, yang disempurnakan dan disesuaikan dengan: (1) kepentingan masyarakat dalam negara yang modern dan dalam hubungannya di dunia internasional, dan (2) sosialisme Indonesia.

bertentangan dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam Undang-undang ini dan dengan peraturan perundangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama”.

Frasa “kepentingan masyarakat dalam negara yang modern dan dalam hubungannya dengan dunia internasional” menunjukkan sifat proaktif dari UUPA akan tetapi tolok ukurnya tidak dijelaskan. Oleh karena itu para penafsir UUPA, antara lain Boedi Harsono dan Sudargo Gautama, memberikan pandangan yang bervariasi terhadap rumusan Pasal 5 tersebut.

Dua hal dapat dipelajari dari pembentukan UUPA, **pertama**, tujuan yang baik memerlukan kejelasan dalam perumusannya terkait dengan tujuan perumusan itu sendiri; ketidakjelasan suatu rumusan akan menimbulkan peluang multi tafsir. **Kedua**, hal ini memperkuat alasan perlunya penyusunan peraturan perundang-undangan (utamanya undang-undang) dilandasi dengan Naskah Akademik yang antara lain memuat landasan filosofis, yuridis dan sosiologis penyusunan suatu undang-undang.

Berkaitan dengan ketidakjelasan norma Pasal 5 maupun Penjelasan Umum III angka 1, kiranya yang harus “dibersihkan” dari unsur hukum adat itu adalah normanya, dan bukan asasnya. Menurut penulis, lebih relevan untuk

memberikan makna frasa “hukum agraria yang berlaku ialah hukum adat” yang merupakan penjelasan dari konsiderans bahwa hukum tanah nasional (HTN) berdasarkan atas hukum adat. Boedi Harsono sebagai salah satu perumus UUPA memberi makna “ialah” sebagai berikut: “dalam kedudukan hukum adat sebagai pelengkap HTN, fungsinya sebagai sumber utama pembangunan HTN”. Sumber utama itu antara lain terkait dengan konsepsi, asas-asas dan lembaga-lembaga hukum adat.⁸

Istilah “sumber utama” sebagaimana disebutkan diatas mengandung makna tersirat bahwa perlu dilakukan “penggalian” tentang asas, dan lain-lain sebelum merumuskannya menjadi rumusan hukum tertulis. Dengan penggalian, tampak upaya untuk memahami berlakunya asas tersebut dalam hukumnya yang konkrit, artinya mencoba memahami dari perspektif “*liyan*”, yakni masyarakat tempat berlakunya hukum adat yang bersangkutan. Upaya atau proses inilah yang dimaksudkan

⁸ Boedi Harsono, 1999, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan UUPA, Isi dan Pelaksanaannya*, cetakan ke-8, Djambatan, Jakarta, hlm. 202-204 dan hlm. 208-218. Lihat juga Sudargo Gautama, 1993, *Tafsiran Undang-undang Pokok Agraria*, cetakan ke-9, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 16-17.

dengan adaptasi, dan bukan sekedar adopsi. Melalui proses adaptasi itulah kemudian asas tertentu dirumuskan dalam norma hukum tertulis, sehingga menghasilkan norma baru yang dapat disebut sebagai integrasi.

Berikut diuraikan tentang berbagai asas hukum adat yang telah dirumuskan dalam norma HN. Perlu dipahami bahwa proses adaptasi hukum adat tidak terbatas pada aturan atau norma yang berlaku dalam suatu masyarakat hukum adat, tetapi dapat juga dipelajari dari yurisprudensi.

Pertama, asas pemisahan horisontal. Dalam berbagai literatur tentang hukum adat, asas tersebut dimaknai sebagai berikut: (1) hak milik atas rumah dan bangunan serta tanaman pada dasarnya terpisah dari hak atas tanah; (2) dengan pembatasan/perkecualian bahwa pemilikan (hak atas) tanah dan benda yang ada di atasnya ada pada orang yang sama.⁹ Asas pemisahan horisontal dirumuskan secara tepat dan jelas dalam UU No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan

⁹ B Ter Haar Bzn, 1994, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat*, cetakan ke-11, Pradnya Pramita, Jakarta, hlm. 115.

Tanah (Pasal 4 dan Penjelasan Umum angka 6). Permasalahannya adalah, bisa jadi akibat pemaknaan tentang asas ini kurang utuh misalnya karena ‘memenggal’ makna asas pemisahan horizontal tanpa memperhitungkan pembatasan/perkecualiannya, maka dapat diterbitkan peraturan yang membingungkan. Sebagai contoh dapat dikemukakan tentang pemaknaan hak kepemilikan atas satuan rumah susun.

Pemilikan unit bangunan satuan rumah susun (flat, apartemen) dalam keadaan apa pun disebut dengan nama Hak Milik (untuk menyatakan hubungan kepemilikan) atas Satuan Rumah Susun (HMSRS) yang merupakan kepemilikan secara individual, sekaligus kepemilikan-bersama, artinya tidak terpisah dengan pemilikan atas tanah-bersama, benda-bersama, dan bagian-bersama. Oleh karena status subyek hak berpengaruh terhadap obyek/hak atas tanahnya, maka konsekuensinya adalah, jika subyeknya seorang WNA maka tanah-bersama harus berstatus Hak Pakai. Bagaimana jika saat ini tanah-bersama berstatus Hak Guna Bangunan (HGB)? Satu-

satunya pilihan yang legal adalah mengubah HGB menjadi Hak Pakai.

Pemaknaan yang tidak tepat tentang konsep pemilikan individual kemudian mendasari terbitnya Permen ATR/Ka. BPN No. 29 Tahun 2016 tentang Tata Cara Pemberian, Pelepasan, atau Pengalihan Hak Atas Pemilikan Rumah Tempat Tinggal atau Hunian oleh Orang Asing yang Berkedudukan Di Indonesia. Peraturan yang dibuat dalam rangka mengakomodasi kemungkinan WNA membeli apartemen yang tanah-bersamanya berstatus HGB dengan cara mengubah HMSRS menjadi Hak Pakai atas Satuan Rumah Susun (HPSRS) menunjukkan pemahaman yang keliru terhadap asas pemisahan horisontal.

Selain itu, bagaimana seharusnya memaknai konsep hapusnya hak atas tanah (yang berarti hapusnya hubungan hukum antara subyek dengan hak atas tanahnya) yang mengakibatkan tanahnya menjadi tanah negara, khususnya jika dikaitkan dengan pembayaran ganti kerugian? Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai atas Tanah

secara implisit menerapkan asas pemisahan horisontal terkait hapusnya hak atas tanah (Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai dengan jangka waktu tertentu) karena tidak diperpanjang atau diperbaharui (Pasal 18, Pasal 37, Pasal 57). Dengan demikian, karena hubungan hukum antara subyek dan tanahnya sudah putus, maka yang masih menjadi hak dari subyek adalah benda-benda yang berada di atas tanah yang bersangkutan. Pemahaman yang utuh terhadap asas pemisahan horisontal seyogyanya menjadi pendorong untuk merumuskan kembali tentang kebijakan atau praktik dalam pemberian ganti kerugian atau jual beli tanah yang hak atas tanahnya sudah hapus.

Kedua, konsep peralihan hak atas tanah terkait dengan aspek keperdataan (jual beli di hadapan PPAT) dan aspek (hukum) administrasi pendaftaran peralihan hak. HN sudah secara tepat merumuskan konsep hukum adat tentang peralihan hak.¹⁰ Konsep “terang, tunai, dan riil”,

¹⁰ Beberapa putusan MA terkait sahnya jual beli tanah dapat dilihat sebagai berikut: Putusan MA No. 122K/Sip/1973 tanggal 14-4-19973; Putusan MA No. 663K/Sip/1971 tanggal 25-7-1973; Putusan MA No. 1151K/Sip/1973 tanggal 9-12-1975 dan Putusan MA No. 554K/Sip/1976 tanggal 26-6-1976. Terkait pendaftaran peralihan hak itu untuk memenuhi syarat administratif dapat dilihat dalam Putusan MA No. 765K/1975 tanggal 2-12-1975.

diterapkan dalam proses jual beli di hadapan PPAT, sedangkan proses pendaftarannya dilakukan oleh instansi pemerintah yang berwenang dalam rangka pemberlakuannya terhadap pihak ketiga. Pemberian kepastian hukum itu merupakan bukti bahwa hukum adat juga beradaptasi dengan HN yang juga mengadopsi lembaga pendaftaran tanah dari sistem hukum barat dengan memilih sistem pendaftaran hak.

Ketiga, konsep perolehan hak. Dalam hukum adat, seseorang dapat memperoleh hak dengan memenuhi syarat tertentu antara lain sepengetahuan/izin dari yang berwenang; menguasai tanah dengan membuktikan usaha yang dilakukan di atas tanah tersebut; dilakukan dan diketahui oleh masyarakat lingkungan tersebut serta memperolehnya secara jujur. Konsep ini diartikulasikan dalam Pasal 24 ayat (2) Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. Kata kunci dalam pasal tersebut adalah bahwa penguasaan tanah harus didasari oleh itikad baik. Siti Ismiati Jenie menyebutkan secara tepat dan jelas bahwa dalam konteks Pasal 24 ayat (2) itikad

baik dimaksudkan dalam arti subyektif maupun obyektif.¹¹ Ketika asas itikad baik ditinggalkan dalam Permen ATR/Ka BPN No. 10 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penetapan Hak Komunal atas Tanah Masyarakat Hukum Adat dan Masyarakat yang Berada Dalam Kawasan Tertentu, maka hubungan hukum antara subyek dengan tanah yang diperolehnya menjadi cacat hukum.

Keempat, keberadaan MHA tidak tunduk pada kemauan negara. Pengakuan MHA beserta hak ulayatnya yang beraspek publik sekaligus perdata baik oleh pemerintah daerah melalui Surat Keputusan, maupun oleh pemerintah daerah dan DPRD melalui Perda, harus dimaknai sebagai penetapan yang bersifat *declaratoir* (mengumumkan sesuatu yang sudah ada), dan bukan bersifat konstitutif (menetapkan sesuatu yang sebelumnya tidak/ belum pernah ada).

Kelima, konsep tentang hubungan hukum antara Masyarakat Hukum Adat (MHA) dengan tanah/wilayah yang bersifat publik sekaligus

¹¹ S. I Jenie, "Itikad Baik: Perkembangan dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum di Indonesia," *Pidato*, Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 10 September 2007, hlm, 16-17.

perdata, dan yang bersifat perdata belaka. Implikasi pemberian kepastian hukum kepada dua kelompok MHA yang mempunyai ciri berbeda ini adalah perbedaan dalam bentuk pemberian kepastian hukumnya. Terhadap kelompok dengan ciri aspek publik sekaligus perdata, tanah ulayat selanjutnya didaftar tetapi tidak diterbitkan sertifikatnya. Sebaliknya, terhadap tanah ulayat yang beraspek perdata belaka, terhadap tanah kepunyaan/milik-bersama diterbitkan sertifikat atas nama ketua MHA atas nama seluruh anggota MHA; atau atas nama seluruh anggota MHA. Sebagai contoh dapat dikemukakan sertifikat Hak Milik (bersama) yang diterbitkan atas tanah ulayat kaum di Sumatera Barat.

Keenam, lembaga *rechtsverwerking* (penghilangan hak sendiri). Dalam konsep hukum adat dijelaskan bahwa hak atas tanah dan hubungan hukum antara perseorangan dengan tanah tergantung/dipengaruhi oleh lamanya waktu.¹² Hukum adat mengatur jangka waktu yang diperlukan ketika seseorang akan memperoleh sesuatu hak, dan juga sebaliknya

¹² Ter Haar menyebutnya sebagai “pengaruh lamanya waktu” (*invloed van tijdsverloop*). Lihat B Ter Haar Bzn, *Op.cit.*, hlm. 235.

ketika seseorang akan kehilangan haknya. Seseorang yang mempunyai hak atas tanah dapat lenyap atau kehilangan haknya apabila dalam jangka waktu tertentu lalai atau tidak meminta haknya tersebut dan atau tidak melakukan sesuatu perlawanan dalam jangka waktu tertentu berkaitan dengan hak tersebut.¹³ Mengenai jangka waktu kapan seseorang dapat kehilangan haknya karena lampaunya waktu tidak ada ketentuannya yang seragam dalam hukum adat. Hal ini dapat dilacak dari berbagai yurisprudensi terkait.¹⁴

Ketujuh, penerapan asas kebangsaan. Dalam Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) status subyek hak berpengaruh terhadap hubungannya dengan obyek hak. Oleh karena itu, dinyatakan bahwa “hanya WNI yang dapat mempunyai hubungan sepenuhnya (hak milik) dengan tanah”. Perumusan ketentuan ini merupakan adaptasi dari perbedaan hubungan

¹³ *Ibid.*, hlm. 237.

¹⁴ Dalam praktik lamanya waktu bagi seseorang untuk kehilangan haknya bervariasi: 5 tahun, 8 tahun, 18 tahun, 20 tahun, 27 tahun, 30 tahun. Lihat Putusan MA No. 329K/Sip/1957 tanggal 24 September 1958; Putusan MA No. 578K/Sip/1973 tanggal 20-8-1973; Putusan MA No. 259K/Sip/1973 tanggal 9-12-1975; Putusan MA No. 783K/Sip/1973 tanggal 21-1-1976 dan Putusan MA No. 1037K/Sip/1971 tanggal 31-7-1973.

hukum antara “sesama warga” dengan “orang luar masyarakat hukum” terhadap tanah yang sama.¹⁵ Hubungan antara tanah dengan sesama warga bersifat penuh, sedangkan hubungan tanah dengan “orang luar” bersifat kurang penuh, dan hal itu pun diatur untuk pemenuhan persyaratannya. Dalam UUPA, untuk WNA diberikan Hak Pakai. Sebagaimana dipahami, dalam sistem hukum adat hanya dikenal dua jenis “pemilikan tanah” yakni yang bersifat tetap, penuh dan kuat, disebut dengan berbagai nama yang intinya merujuk pada Hak Milik, dan hak atas tanah yang kurang kuat dan penuh yang disebut dengan berbagai nama yang dapat dikelompokkan ke dalam Hak Pakai. Dalam UUPA pengelompokan jenis hak atas tanah ini dapat dilihat dalam Pasal II dan Pasal VI Ketentuan Konversi.

Kedelapan, konsep penelantaran tanah. Dengan tidak melakukan sesuatu usaha di atas hak atas tanahnya dalam jangka waktu tertentu, seseorang dapat dikatakan menelantaran tanah dengan konsekuensi putus hubungan

¹⁵ Hal ini merupakan konsekuensi dari berlakunya hak ulayat “ke dalam” dan “ke luar” sebagaimana dimaksudkan oleh Ter Haar, *Op.cit.*, hlm. 49-58.

hukum dengan tanahnya. Putusnya hubungan hukum dalam penelantaran tanah berbeda dengan hilangnya hak menuntut kembali karena *rechtsverwerking*.

Penelitian Suharingsih yang menganalisis berbagai kajian terkait penelantaran tanah menurut konsep hukum adat secara ringkas menyebutkan bahwa secara prinsip tanah ditelantarkan jika tanah (berupa sawah, tegalan, ladang) pernah diusahakan setidaknya 1 kali panen tetapi kemudian ditinggalkan oleh pemiliknya sehingga kembali menjadi semak belukar dan batas tanahnya tidak jelas lagi. Implikasi hukumnya, tanah yang ditinggalkan oleh pemiliknya tersebut kembali kepada penguasaan bersama MHA (hak ulayat).¹⁶ Jangka waktu tanah dianggap sebagai diterlantarkan bervariasi.¹⁷ Konsep penelantaran tanah dirumuskan dalam Pasal 6 UUPA sebagai “semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial” dan lebih lanjut dijelaskan dalam Penjelasan Umum II angka 4.

Uraian di atas menggambarkan secara

¹⁶ Suharingsih, 2009, *Tanah Terlantar, Asas dan Pembaharuan Konsep Menuju Penertiban*, Prestasi Pustaka, Jakarta, hlm. 96-97.

¹⁷ Lihat misalnya Putusan MA No. 590K/Sip/1974 tanggal 3-12-1975.

sekilas bagaimana proses adaptasi hukum adat dalam HN dan bahwa proses itu belum berhenti sepenuhnya karena (1) belum diikuti dengan mengintegrasikannya dalam HN; dan (2) barangkali asas/lembaga hukum adat belum dipahami secara utuh namun diadopsi sedemikian rupa dalam suatu peraturan perundang-undangan/kebijakan yang justru bertentangan dengan konsep atau asas yang sebenarnya. Dengan semakin kaburnya sekat-sekat antar negara, pemahaman mendalam tentang asas/lembaga hukum adat sebagai sumber utama UUPA sangat diperlukan ketika konsep tersebut “ditantang” untuk dikembangkan dalam lingkup global.

B. Harmonisasi dan Unifikasi

Dimensi kedua dari pluralisme hukum berkenaan dengan undang-undang SDA. Sekitar tiga tahun setelah terbitnya TAP MPR IX/2001, pemerintah membentuk dua rancangan undang-undang, yakni RUU tentang Sumberdaya Agraria (inisiatif BPN) dan RUU tentang Pengelolaan Sumberdaya Alam (inisiatif Kementerian Lingkungan Hidup).

Kedua RUU tersebut dibentuk utamanya karena keprihatinan yang mendalam atas terus berlangsungnya sengketa/konflik agraria yang bersifat masif, berskala dan berdampak luas, dan sering melibatkan masalah pelanggaran HAM tanpa ada solusi yang bersifat tuntas. Upaya penyusunan kedua RUU tersebut dapat dilihat sebagai “unifikasi” yang ditempuh tanpa melakukan kajian harmonisasi undang-undang SDA secara mendalam terlebih dahulu.

Ketidakharmonisan UU SDA diterima sebagai sesuatu yang memang demikian adanya (*as is*) sebagaimana tampak dalam dampaknya yang diuraikan dalam konsiderans TAP MPR IX/2001. UUPA dimaksudkan sebagai undang-undang yang berfungsi sebagai “payung” bagi pembentukan undang-undang sektoral lain, tetapi dalam kenyataannya tidak ada satu undang-undang sektoral pun yang merujuk kepada UUPA sebagai landasan hukumnya. Kesempatan melakukan harmonisasi itu sekaligus harus dimanfaatkan sebagai peluang berharga untuk menyelesaikan pekerjaan rumah UUPA terkait dengan pengaturan tentang penguasaan, pemilikan, penggunaan dan

pemanfaatan SDA di luar tanah.

RUU Pengelolaan SDA disusun untuk meminimalisasi dampak semakin mundurnya kualitas dan kuantitas SDA yang sudah sampai pada tahap yang mengkhawatirkan jika mengingat dampaknya bagi generasi sekarang maupun generasi yang akan datang. Kedua RUU tersebut disusun berdasarkan prinsip-prinsip PA-PSDA sesuai TAP MPR No. IX/2001. RUU Sumber Daya Agraria belum sempat dibicarakan dalam forum antar departemen pada saat itu (sekitar akhir tahun 2004) dan segera disusul dengan pergantian pemerintahan yang baru. RUU Pengelolaan SDA pernah dibahas dalam rapat di DPR RI namun tidak pernah berlanjut.

Sembilan tahun setelah terbitnya TAP MPR IX/2001, terbit kajian harmonisasi 14 undang-undang SDA. Kajian ini mencoba menganalisis disharmoni antar UU sektoral berdasarkan tujuh tolok ukur, yakni: (1) orientasi (eksploitasi atau konservasi); (2) keberpihakan (pro rakyat atau pro kapital); (3) pengelolaan (sentralistik atau desentralistik, sikap terhadap pluralisme hukum) dan implementasinya (sektoral, koordinasi, orientasi produksi); (4) perlindungan

HAM (gender, pengakuan MHA, penyelesaian sengketa); (5) pengaturan *good governance* (partisipasi, transparansi, dan akuntabilitas); (6) hubungan orang dan SDA (hak atau izin); dan (7) hubungan negara dan SDA.

Kajian awal sinkronisasi horisontal antar 14 undang-undang SDA itu belum menggunakan prinsip PA-PSDA secara eksplisit sebagai tolok ukurnya. Dari gambaran awal itu, dapat ditengarai disharmoni tersebut. Sebagai contoh kecil dapat dikemukakan dalam analisis inkonsistensi antara UU No. 26 Tahun 2007 tentang Penataan Ruang (UUPR) dan UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (UUK). Dari aspek orientasi, UUPR lebih banyak menekankan adanya kebutuhan pada konservasi terkait dengan penggunaan/pemanfaatan ruang. Sementara UUK, meskipun sadar akan perlunya konservasi SDA (hutan), tetapi nuansa produksi pemanfaatannya jauh lebih dominan. Dalam konteks kepentingan tersebut, UUK lebih dominan terhadap UUPR karena dalam rangka aktualisasi kepentingan produksi pemanfaatan sumberdaya hutan dan lahan (baik dengan jalan konversi fungsi

hutan maupun konversi status kawasan hutan), memungkinkan mengorbankan rencana tata ruang yang telah ada melalui peninjauan kembali dan revisi.

Gambaran yang sama dapat diperoleh dari tolok ukur HAM. UUPR memberikan perhatian pada keberadaan MHA sedangkan pada UUK, meskipun terdapat perhatian terhadap keberadaan MHA melalui pengakuan subyek walaupun obyeknya/hutan adat tidak dipandang sebagai entitas tersendiri, namun rekognisi subyeknya setengah hati. Hal ini tercermin dari konstruksi pengertian hutan adat yang menurut UUK adalah hutan negara yang berada di wilayah MHA.¹⁸ Akhirnya pengakuan terhadap keberadaan hutan adat ini dikoreksi oleh MK melalui Putusan No. 35/PUU-X/2012 yang menegaskan bahwa hutan adat bukan lagi merupakan hutan negara.

Konflik/sengketa yang diakibatkan disharmoni antar undang-undang SDA, khususnya antara UUPA dan UUK memperoleh perhatian

¹⁸ Maria SW Sumardjono, *et al.*, 2014, *Pengaturan Sumber Daya Alam di Indonesia: Antara Yang Tersurat dan Tersirat, Kajian Kritis Undang-Undang Terkait Penataan Ruang Dan Sumber Daya Alam.*, Fakultas Hukum UGM dan Gadjah Mada University Press, Cetakan ke-2, Yogyakarta, hlm. 214-216.

yang sungguh-sungguh dan diangkat sebagai salah satu Rencana Aksi sebagai implementasi Naskah Kesepakatan Bersama (NKB) 12 Kementerian/Lembaga yang ditandatangani di hadapan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono pada tanggal 11 Maret 2013. Pluralisme hukum antara UUK dengan hukum adat bersifat menegasikan atau konfliktual. Sampai dengan saat ini Mahkamah Konstitusi (MK) telah memutus empat perkara terkait UUK, yakni: Putusan MK No. 34/PUU-IX/2011; Putusan MK No. 45/PUU-IX/2011; Putusan MK No. 35/PUU-X/2012; dan Putusan MK No. 95/PUU-XII/2014.

Putusan MK No. 35/PUU-X/2012 mendorong Kementerian Kehutanan (pada saat itu) untuk melakukan upaya “terobosan” sebelum UUK direvisi dalam rangka mencari jalan keluar dari masalah penguasaan tanah masyarakat yang berada dalam kawasan hutan (negara). Secara *de facto* masyarakat telah menguasai tanah dalam jangka waktu yang cukup lama, namun secara *de jure* lokasi tersebut merupakan kawasan hutan negara.

Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK)

memfasilitasi terbitnya Peraturan Bersama Menteri Dalam Negeri, Menteri Kehutanan, Menteri Pekerjaan Umum, dan Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 79 Tahun 2014, No. PB.3/Menhut-II/2014, No. 17/PRT/M/2014, No. 8/SKB/X/2014 tentang Tata Cara Penyelesaian Penguasaan Tanah yang Berada di Dalam Kawasan Hutan (Perber) dalam rangka menyelesaikan hak-hak masyarakat dalam kawasan hutan. Perber mengalami hambatan karena kurangnya dukungan pelaksanaan di lapangan dengan alasan antara lain bahwa untuk menyelesaikan hak-hak masyarakat dalam kawasan hutan, Perber sebagai bentuk peraturan perundang-undangan dipandang kurang kuat. Pada saat ini, penyempurnaan substansi Perber dan peningkatan format hukumnya dengan Peraturan Presiden (Perpres) sudah mencapai tahap finalisasi.¹⁹ Penerbitan Perber maupun penguatannya dalam Perpres menarik dilihat dari berbagai segi. **Pertama,**

¹⁹ Sebagai gambaran ringkas tentang Perber dan Rancangan Perpres tentang Penyelesaian Penguasaan Tanah Dalam Kawasan Hutan dapat dibaca Myrna Safitri, "Mencari Perusak Hutan", *Kompas*, 10 Maret 2015 dan Maria Sumardjono, "Menghadirkan Negara", *Kompas*, 23 September 2016. Pada tanggal 6 September 2017 telah terbit Peraturan Presiden No.88 Tahun 2017 tentang Penyelesaian Penguasaan Tanah Dalam Kawasan Hutan.

UUK mengadopsi konsep hukum adat tentang hubungan hukum antara orang dengan tanah yang diadaptasi dan diintegrasikan dalam UUPA. “Pengakuan” UUK terhadap pluralisme hukum di bidang pertanahan didorong melalui Perber/Perpres. **Kedua**, tanpa Perber/Perpres ketika UUK belum dirubah, dalam situasi UUPA dan UUK yang tidak sinkron, tidak terdapat jalan keluar dari permasalahan yang tidak pernah terselesaikan secara tuntas itu. **Ketiga**, bahwa Perber/Perpres itu merupakan upaya untuk mencari penyelesaian secara tuntas terhadap penguasaan tanah di dalam kawasan hutan yang sudah terjadi (*existing*) yang dapat dikategorikan sebagai keadaan yang bersifat “*extraordinary*”. Oleh karena itu, dalam rancangan Perpres dibatasi berlakunya Perpres selama 10 (sepuluh) tahun sejak penerbitannya.²⁰ **Keempat**, Perber/Perpres itu merupakan upaya sementara untuk mengatasi disharmoni antara UUPA dan UUK.

Berdasarkan contoh tersebut di atas tampak dominasi HN, dalam hal ini UUK, dalam

²⁰ Ternyata, dalam Perpres No. 88 Tahun 2017 tentang Penyelesaian Penguasaan Tanah Dalam Kawasan Hutan, pembatasan berlakunya Perpres tidak dimuat secara eksplisit

pengaturan tentang pengelolaan hutan. Pencantuman ketentuan tentang hutan adat dan pengakuan keberadaan MHA dalam UUK adalah pengakuan yang setengah hati. Interaksi antara HN dengan hukum adat bersifat sebagai “saling meniadakan” atau konfliktuil.²¹ Putusan MK dan Perpres yang bersifat korektif, meluruskan interaksi HN dengan hukum adat terkait dengan kawasan hutan; dari interaksi yang bersifat saling meniadakan menjadi interaksi yang akomodatif. Hal ini semakin nyata dengan adanya penyerahan oleh Presiden surat keputusan (SK) Menteri KLHK tentang Penetapan Hutan Adat kepada sembilan komunitas MHA dengan total luas area 13.123,3 hektar yang didiami 5700 KK pada tanggal 30 Desember 2016 yang merupakan tahap awal pengakuan pemerintah terhadap keberadaan hutan adat sesuai Putusan MK No. 35/PUU-X/2012.²²

Dua kebijakan yang bersifat insidental yang dapat disebut sebagai “jalur cepat” yang harus diapresiasi itu tentu bersifat temporer. Cara

²¹ Rikardo Simarmata, 2014, *Pluralisme Hukum dan Isu-isu yang Menyertainya*, Perkumpulan HuMa, Jakarta, hlm. 9.

²² Majalah Tempo, 6-12 Februari 2017, hlm. 68-71.

terbaik mengatasi disharmoni undang-undang SDA yang perlu ditempuh adalah harmonisasi undang-undang SDA dalam rangka tercapainya unifikasi hukum di bidang SDA.

KPK memfasilitasi kajian harmonisasi peraturan perundang-undangan dan kebijakan sektoral berkaitan dengan kawasan hutan dalam rangka melaksanakan Rencana Aksi Nota Kesepakatan Bersama (NKB) 11 Maret 2013. Tim yang dibentuk oleh KPK pada bulan September 2014 yang beranggotakan pakar perguruan tinggi, staf Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) dan *Civil Society Organization* (CSO) bertugas melakukan kajian harmonisasi peraturan perundang-undangan terkait SDA dan lingkungan hidup (SDA-LH). Pada tanggal 11 Maret 2016 tim menyelesaikan kajian harmonisasi 26 undang-undang terkait SDA yang dibagi dalam lima kelompok, yaitu:

1. Kelompok Agraria, Lingkungan Hidup dan Tata Ruang
2. Kelompok Kehutanan, Pertanian dan Perkebunan
3. Kelompok Pertambangan dan Energi
4. Kelompok Kelautan dan Perikanan

5. Kelompok Pendukung

Tolok ukur harmonisasi adalah pemenuhan prinsip-prinsip Sumber Daya Alam-Lingkungan Hidup (SDA-LH) yang disarikan dari 12 prinsip PA-PSDA menjadi lima, yakni: (1) prinsip keutuhan NKRI; (2) prinsip keberlanjutan; (3) prinsip keadilan sosial; (4) prinsip demokrasi; dan (5) prinsip kepastian hukum. Setiap prinsip dirinci menjadi beberapa indikator. Untuk kelompok agraria/pertanahan, penataan ruang, dan lingkungan hidup sesuai dengan sifatnya yang “umum” kajian dilakukan dengan menggunakan 43 indikator. Terhadap undang-undang sektoral lainnya, kajian didasarkan pada 56 indikator.

Kajian terhadap substansi 26 undang-undang tersebut juga diselaraskan dengan perspektif HAM (keseimbangan hak individual dan kelompok, non-diskriminasi, pengakuan atas martabat manusia dan perlindungan hak dalam penguasaan dan pemanfaatan SDA-LH). Perspektif anti-korupsi direfleksikan dalam ketentuan terkait dengan pencegahan konflik kepentingan, transparansi, akuntabilitas dan kemudahan pelaksanaan. Potensi tumpang

tindih dikaji dari perbedaan pengaturan terkait dengan: (1) hak dan kewajiban; (2) kewenangan pemerintah; (3) perlindungan dan kelestarian lingkungan hidup; dan (4) penegakan hukum.

Kajian harmonisasi menyimpulkan bahwa, **pertama**, prinsip PA-PSDA belum seluruhnya dipenuhi dalam undang-undang SDA termasuk dalam semua (lima) kelompok. **Kedua**, Putusan MK yang menciptakan norma baru harus diimplementasikan dalam peraturan perundang-undangan SDA. **Ketiga**, ketiadaan prinsip-prinsip umum dalam pengaturan tentang penguasaan dan pengelolaan SDA merupakan salah satu penyebab bahwa undang-undang SDA berjalan sendiri-sendiri. Hal ini mengisyaratkan perlunya harmonisasi dan unifikasi hukum dalam pengaturan tentang penguasaan dan pengelolaan SDA dalam rangka menciptakan pengaturan SDA sebagai suatu sistem.

Kajian harmonisasi tersebut menguatkan kenyataan bahwa HN terkait SDA pun beranekaragam, saling berkompetisi, dan berlaku pada tempat dan waktu yang sama. Dengan demikian, implikasi dari ketidakharmonisan

undang-undang SDA itu sebagaimana konstataasi yang diuraikan dalam TAP MPR No. IX/2001, benar adanya.

II. Reformasi Regulasi dan Agenda Ke Depan

Saat ini pemerintah sedang menyiapkan Reformasi Hukum Jilid 2. Dalam rangka berpartisipasi mengisi reformasi hukum, khususnya reformasi regulasi, lebih khusus lagi regulasi di bidang SDA, ada dua agenda yang perlu diprioritaskan.

Terkait dengan dimensi pertama pluralisme hukum, yakni adaptasi hukum adat dalam HN di bidang pertanahan, perlu dituntaskan “pekerjaan rumah” yang belum selesai sehingga pengaturan tentang penguasaan dan pemilikan tanah dapat lebih memberikan keadilan dan kepastian hukum, sehingga bermanfaat bagi masyarakat.

Rumus utama dalam pengembangan peraturan perundang-undangan adalah ketaatan pada konsep, dan asas/prinsip. Ketika menghadapi permasalahan yang memerlukan interpretasi maupun reinterpretasi dari HN yang

beradaptasi dengan hukum adat, godaan untuk bersikap pragmatis terkadang mengalahkan sikap obyektif-rasional dan taat asas. Produk kebijakan sedemikian itu tentu akan kontra-produktif dan berpotensi memunculkan permasalahan yang lebih besar. Taat asas tidak berarti bersifat kaku, tetapi bersifat obyektif. Hukum adat, sebagaimana HN itu bersifat dinamis dan adaptif terhadap perkembangan kebutuhan masyarakat, seiring perkembangan sosial-politik, ekonomi, budaya, maupun teknologi. Hukum yang tidak adaptif terhadap perkembangan bukanlah *the living law* atau hukum yang hidup.

Jika ketaat-asasan menjadi pangkal dari semua pembentukan kebijakan/peraturan perundang-undangan, maka dalam rangka menuntaskan pekerjaan rumah melalui penyusunan kebijakan/peraturan perundang-undangan yang responsif,²³ beberapa agenda ditawarkan sebagai berikut. **Pertama**, jika dalam konsep hukum adat hanya dikenal hubungan hukum yang menyiratkan hak milik (HM) atau hak pakai (HP), maka jika ketaat-asasan dijadikan tolok

²³ Terkait hukum responsif, lihat Mahfud MD, 1998, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3S, Jakarta, hlm. 25.

ukurannya, kiranya perlu dipertimbangkan untuk menyederhanakan jenis-jenis hak atas tanah menjadi dua kelompok saja, yakni HM dan HP. Sudah barang tentu, dalam HP terdapat beberapa kategori peruntukan/pemanfaatan (HP untuk perkebunan, HP untuk bangunan, dan lain-lain). HM hanya diberikan kepada orang-perorangan WNI, sedang HP dapat diberikan kepada WNI, WNA, badan hukum Indonesia maupun badan hukum asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia. Pilihan ini didasarkan pada konsep hukum adat dan bukan lahir atau meniru konsep hukum Anglo-Amerika yang mengenal adanya dua jenis hak yakni *fee simple estate* dan *estate for years* sebagaimana didalilkan oleh Konsultan *Asian Development Bank* (ADB) yang menyusun kajian tentang Pokok-pokok Pikiran RUU Pertanahan (TA 7038_INO), 2 Juli 2010.

Usulan ini sudah beberapa kali dikemukakan dalam berbagai RUU terkait pertanahan/sumberdaya agraria. Penyederhanaan jenis hak atas tanah itu tentu memerlukan persiapan dalam pengaturannya maupun administrasinya, khususnya dalam masa peralihan. Jika hak

atas tanah hanya terdiri dari HM dan HP dan aturan tentang perubahan, peralihan, dan hapusnya hak dilengkapi dengan *Standard Operating Procedure* (SOP), maka “red tape” birokrasi, demikian juga mal-administrasi dalam pelayanan pertanahan akan dapat diminimalkan. Di samping itu kerancuan berpikir khususnya terkait dengan hak WNA untuk memperoleh HMSRS sebagaimana diatur dalam Permen ATR/Ka BPN No. 29 Tahun 2016 tentang Tata Cara Pemberian, Pelepasan atau Pengalihan Hak atas Pemilikan Rumah Tempat Tinggal atau Hunian oleh Orang Asing yang Berkedudukan di Indonesia dapat diakhiri. HMSRS yang berdiri di atas tanah HP dapat dipunyai oleh WNI mau pun WNA.

Kedua, konsisten dengan asas pemisahan horisontal maka perkembangan kebutuhan untuk memberikan hak (atas tanah) untuk kegiatan pembangunan di bawah tanah. Hal ini dapat dilakukan melalui interpretasi ekstensif Pasal 4 ayat (2) UUPA, tanpa bersusah payah mencari-cari alasan untuk memperkenalkan lembaga hukum baru yang bernama hak guna ruang “atas” dan “ bawah” tanah.²⁴

²⁴ Maria SW Sumardjono, 2009, *Tanah dalam Perspektif Hak*

Ketiga, terkait dengan lembaga *rechtsverwerking*, penyempurnaan dari ketentuan Pasal 32 ayat (2) PP 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah perlu dilihat secara obyektif terkait dengan sistem pendaftaran tanahnya, lamanya lampau waktu dan saat berlakunya ketentuan ini. Ketentuan yang ada, di samping format pengaturannya tidak tepat, juga tidak memperhitungkan kondisi obyek yang diatur.

Keempat, terkait pengaturan tentang hak ulayat. Pengakuan (yang bersifat *declaratoir*) keberadaan MHA beserta hak ulayatnya yang beraspek publik sekaligus perdata merupakan ranah kewenangan pemerintah daerah (SK) atau pemerintah daerah dan DPRD (Perda) sebagaimana dimuat dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri No.52 Tahun 2014. Dalam perkembangannya, menurut Perpres No.88 Tahun 2017, penetapan hak ulayat dilakukan melalui Peraturan Daerah (Perda). Kewenangan pendaftaran tanah ulayat yang bersifat publik dan perdata, dan pemberian sertifikat tanah milik-bersama MHA yang bersifat perdata, merupakan ranah instansi yang membidangi

Ekonomi, Sosial, dan Budaya, cetakan Ke-2, Penerbit Kompas, Jakarta, hlm. 127-133 .

urusan pertanahan. Pengelompokan MHA terkait ranah kewenangannya dan pengaturan tentang pengakuan keberadaannya tersebut perlu diperhatikan untuk menghindari kerancuan antara dua entitas yang berbeda itu.²⁵

Sejalan dengan hal tersebut, perlu diatur juga tentang pokok-pokok *Free and Prior Informed Consent* (FPIC) antara MHA dan pihak ketiga yang akan menggunakan sebagian tanah ulayat dalam jangka waktu tertentu.²⁶ Demikian juga jika karena satu dan lain hal tanah ulayat MHA diperlukan untuk kepentingan umum, untuk ganti kerugian terutama dalam bentuk uang, harus dipikirkan cara penentuan besarnya karena di samping nilai ekonomis tanah, bagi MHA nilai-nilai non ekonomis pada umumnya diberikan porsi yang lebih besar.²⁷

Kelima, penegasan pengaturan tentang tanah negara terkait dengan antara lain terjadinya/asalnya disertai dengan akibat hukumnya masing-masing, khususnya bagi bekas pemegang hak; penetapan tanah negara yang

²⁵ R. Yando Zakaria, "Membayar Utang Konstitusi", *Kompas*, 28 Juni 2017.

²⁶ Pedoman terkait FPIC dapat dilihat dalam Lampiran.

²⁷ Maria SW Sumardjono, 2014, *Semangat Konstitusi dan Alokasi yang Adil atas Sumberdaya Alam*, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, hlm. 103-105.

bersifat *declaratoir*; dan pengelolaannya lebih lanjut. Penegasan tentang tanah negara disertai dengan upaya pendaftarannya, diharapkan mampu mempertegas pembedaannya dengan tanah ulayat MHA yang juga wajib didaftar oleh pemerintah.

Beberapa agenda tersebut di atas menunjukkan bahwa HN dan hukum adat itu saling menerima satu sama lain. Contohnya adalah peraturan tentang pendafataran tanah bekas HM adat (PMPA No. 2 Tahun 1962 *jo.* PP No. 24 Tahun 1997). Pemberian kepastian hukum oleh negara diterima oleh masyarakat sebagai sarana untuk memperoleh kepastian dan perlindungan hukum. Prosedur “pengakuan” dan “penegasan” hak atas tanah bekas HM adat ditempuh karena negara memahami kondisi yang ada; bahwa ada sebagian anggota masyarakat yang memiliki bukti tertulis berupa apa pun terkait kepemilikan tanahnya, tetapi ada juga yang pernah memiliki bukti tertulis tetapi kemudian hilang, atau bahkan tidak mempunyai bukti tertulis sama sekali. Sikap keterbukaan hukum adat juga tercermin dari adopsi konsep hukum Islam tentang wakaf

ke dalam sistem hukum adat. Adopsi tentang wakaf dalam hukum adat ditegaskan dalam Putusan MA No. 163K/Sip/1963 tanggal 22 Mei 1963.

Tantangan ke depan untuk HN di bidang pertanahan memerlukan sikap keterbukaan tetapi tetap taat asas. Misalnya, ketika merancang peraturan perundang-undangan terkait bank tanah, pajak progresif pemilikan/penguasaan tanah, atau tanah sebagai barang milik negara atau daerah (BMN/BMD) atau aset tetap BUMN/BUMD, pemahaman yang utuh tentang konsep-konsep di luar ranah hukum pertanahan wajib dilakukan sehingga dapat mengintegrasikannya dalam suatu peraturan yang taat asas dan konsep dalam hukum pertanahan, sesuai dengan relevansinya.

Agenda terkait dengan dimensi kedua pluralisme hukum sedikit banyak telah dirintis melalui kajian harmonisasi 26 undang-undang SDA-LH. Untuk memenuhi amanat Pasal 7 TAP MPR IX/2001, sebagai salah satu agenda reformasi regulasi, yang diperlukan adalah komitmen Pemerintah dan DPR untuk melakukan revisi undang-undang SDA sebagai rencana kerja jangka pendek. Dalam kajian

harmonisasi dilakukan analisis terhadap setiap undang-undang SDA untuk menentukan kesesuaiannya dengan prinsip-prinsip PA-PSDA. Di samping itu kajian dilengkapi dengan norma baru yang diciptakan oleh MK yang wajib diimplementasikan dalam substansi UU terkait. Hasil kajian tersebut di atas dapat difungsikan sebagai bagian dari Naskah Akademik untuk perubahan UU yang bersangkutan.

Dalam jangka menengah, perlu dipersiapkan pembentukan UU terkait penguasaan dan pengelolaan SDA. Prinsip-prinsip dan indikator, sesuai TAP MPR IX/2001 terkait penguasaan dan pengelolaan SDA sudah dicoba untuk diperkenalkan dalam kajian harmonisasi. Jika program jangka pendek dan jangka panjang dapat dilaksanakan, maka salah satu prinsip PA-PSDA terkait “akomodasi keanekaragaman dalam unifikasi hukum” akan dapat terwujud.

Pembangunan hukum di bidang SDA hendaknya merupakan “realisasi hukum nasional yang bermanfaat sebagai undang-undang yang berkekuatan pembaharu, yang secara efektif dapat mendorong perubahan kehidupan,

dari wujud masyarakat lokal yang berciri agraris dan berskala lokal ke kehidupan baru yang lebih berciri urban dan industrial dalam format dan skalanya yang nasional”. Kiranya pendapat Soetandyo tersebut masih relevan hingga saat ini.²⁸

Tantangan pluralisme hukum antara HN dengan hukum adat adalah bagaimana interaksi dan adaptasi kesadaran hukum masyarakat sesuai dengan budaya dan tradisinya dipahami dan diintegrasikan dalam HN. Dengan catatan bahwa ada sikap keterbukaan dan saling menerima dari dua sistem hukum tersebut, karena hukum itu bersifat dinamis, demikian juga masyarakat. Selain itu, faktor-faktor di luar hukum juga dinamis, sehingga HN tidak pernah akan “lengkap”, dan akan selalu diperlukan sistem di luar HN untuk melengkapinya sesuai dengan kebutuhan masyarakat dan untuk memenuhi rasa keadilannya. Dengan demikian, hanya hukum yang responsif yang akan efektif dalam implementasinya.

Keberadaan UU sektoral yang kompetitif dan konfliktual sudah saatnya ditinjau kembali

²⁸ Soetandyo Wignjosubroto dalam Myrna A Safitri, *Mencari Perusak Hutan, Op.cit.*, hlm. 26-30.

dan diharmonisasikan dalam satu sistem hukum yang utuh terkait dengan penguasaan dan pengelolaan SDA. Sistem hukum yang dirancang hendaknya akomodatif terhadap segala perubahan dalam koridor ketaat-asasan pada konsep, asas dan lembaga yang menjadi dasarnya.

Uraian ini diakhiri dengan melakukan analogi. Sebagaimana manusia yang disebut sebagai “*zoon politikon*” atau makhluk sosial oleh Aristoteles tidak dapat hidup jika tidak berinteraksi dengan sesamanya (*liyan*), maka pluralisme hukum akan selalu terjadi ketika disadari bahwa sistem HN tidak akan pernah lengkap tanpa berinteraksi, beradaptasi dan berintegrasi dengan sistem hukum yang lain.

KOMPENSASI YANG ADIL ATAS PEMANFAATAN TANAH ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT: BELAJAR DARI KASUS *MERAUKE INTERGRATED FOOD AND ENERGY ESTATE* (MIFEE)*

Pengantar

Salah satu di antara berbagai permasalahan yang menimpa dan dirasakan oleh masyarakat hukum adat (MHA) adalah kompensasi atau ganti kerugian yang tidak adil atas pemanfaatan tanah ulayatnya. Pembangunan ekonomi di segala bidang, khususnya yang memerlukan ketersediaan tanah, baik untuk kepentingan umum maupun di luar kepentingan umum di wilayah tertentu, jelas berdampak terhadap tanah-tanah ulayat MHA.

Pokok pangkal konflik atau sengketa yang

* Makalah untuk IACN Conference on Socio Legal Studies "*Legal Reform In Indonesia: towards Justice*", Yogyakarta 6-7 September 2017.

sering timbul pada umumnya berkaitan dengan proses perolehan tanah dan pemberian kompensasinya.²⁹ Istilah kompensasi merujuk pada penggantian dalam bentuk apa pun terhadap kerugian yang dialami oleh suatu pihak. Dalam tulisan ini bentuk ganti kerugian/kompensasi yang diulas difokuskan dalam bentuk uang. Dari berbagai kasus pertanahan di berbagai daerah di Indonesia, tuntutan MHA pada umumnya disebabkan karena MHA merasa bahwa kompensasi yang diterimanya tidak adil.

Kompensasi disebut adil jika ada kesetaraan antara kesejahteraan MHA sebelum dan sesudah tanahnya dimanfaatkan oleh pihak lain. Oleh karena itu, sesuai dengan pengertian kompensasi, dasar yang digunakan untuk kompensasi adalah nilai pengganti (*replacement value*). Penilaian kompensasi terhadap tanah ulayat MHA semestinya tidak disamakan dengan tanah non-ulayat karena cara pandang MHA terhadap tanah ulayatnya berbeda dengan cara pandang masyarakat pada umumnya terhadap tanah.

²⁹ Dalam tulisan ini istilah kompensasi digunakan secara bergantian dengan istilah ganti kerugian.

Masalah pokok dari berbagai konflik/sengketa yang timbul dalam pemanfaatan tanah ulayat adalah karena negara belum sepenuhnya hadir ketika berhadapan dengan MHA, tanah, wilayah dan hak-hak atas sumberdaya alam yang ada di atasnya. Pengingkaran secara langsung maupun tak langsung terhadap hak ulayat MHA mulai berubah pada era reformasi yang diawali dengan terbitnya TAP MPR RI No. XVII/MPR/1998. Dalam TAP tersebut dinyatakan bahwa “identitas masyarakat tradisional, termasuk hak atas tanah ulayat, dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.” Pada tahun 2000, melalui Pasal 18 ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945, secara eksplisit dimuat ketentuan tentang MHA yang berbunyi sebagai berikut: “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI, yang diatur dalam undang-undang.” Selanjutnya dalam TAP MPR RI No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan SDA disebutkan tentang penga-

kuan hak MHA dalam Pasal 4 huruf j.

Konteks tataran undang-undang, setelah terbitnya UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA), ketentuan tentang MHA dimuat dalam berbagai Undang-Undang sektoral yang tidak selalu harmonis satu sama lain.³⁰ Di bawah undang-undang, terbit beberapa Peraturan Menteri.³¹ Dalam dimensi regional, di samping UU tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua (UU No. 21 Tahun 2000) terbit berbagai Perda, baik Perda Provinsi maupun Kabupaten. Bahkan untuk Provinsi Sumatera Barat, terbit beberapa Peraturan Nagari (Perna) terkait hak ulayat. Belakangan terbit berbagai SK Bupati terkait hak ulayat MHA.³²

³⁰ Lihat misalnya, Maria Sumardjono, *et al.*, 2014, *Pengaturan Sumber Daya Alam Di Indonesia: Antara yang Tersurat dan Tersirat (Kajian Kritis Undang-Undang Terkait Penataan Ruang dan Sumber Daya Alam)*, cetakan kedua, FH UGM bekerjasama dengan Gajah Mada University Press, Yogyakarta dan Tim Kajian Harmonisasi Peraturan Perundang - undangan Sumber Daya Alam dan Lingkungan Hidup, 2006, *Harmonisasi Undang - Undang Sumber Daya Alam dan Lingkungan Hidup*, KPK RI, Jakarta.

³¹ Antara lain Peraturan Menteri Negara Agraria / Kepala BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, dan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 52 Tahun 2014 tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat.

³² Terkait pilihan-pilihan untuk pengakuan Masyarakat Hukum adat, lihat Andika Sutan Mancayo dan Nurul Firmansyah, 2014, *Mengenal Pilihan-Pilihan Hukum Daerah untuk Pengakuan*

Berbagai peraturan perundang-undangan tersebut di atas memuat tentang MHA dan hak ulayat secara parsial, sesuai dengan pilihan kepentingan masing - masing sektor. Yang masih ditunggu justru terbitnya Undang - Undang yang komprehensif tentang MHA yang berfungsi sebagai *lex generalis*. Rancangan Undang-Undang tentang Pengakuan dan Perlindungan Hak MHA (RUU PPHMHA) yang sudah diajukan sejak masa pemerintahan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono sampai dengan saat ini belum juga kunjung dibahas secara tuntas di DPR RI. Bagi negara RI, keberadaan UU PPHMHA sangatlah penting karena undang-undang merupakan sumber hukum yang utama. Dalam perkembangannya, RUU PPMHA ini akhirnya menjadi salah satu dari lima legislasi prioritas untuk diselesaikan pada tahun 2017, walaupun ternyata belum terbit juga sampai dengan akhir Juli 2018.

Arti pentingnya pengakuan tentang hak MHA atas wilayahnya dibuktikan dengan berbagai putusan MK, antara lain Putusan No. 3/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian UU No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah

Pesisir dan Pulau-pulau Kecil dan Putusan MK No. 35/PUU-X/2012 tentang pengujian UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. UU No. 27 Tahun 2007 telah dirubah dengan UU No. 1 Tahun 2014. Namun masih bisa diperdebatkan apakah perubahan HP 3 menjadi Ijin Lokasi dan Ijin Pengelolaan itu sudah tepat ? Putusan MK No. 35 / PUU - X/2012 belum diikuti dengan revisi UU No. 41 Tahun 1999; secara parsial perubahan dimuat dalam berbagai peraturan di bawah undang-undang.

Upaya penyelesaian konflik, khususnya terkait dengan MHA beserta tanah dan wilayahnya sebagaimana termuat dalam arah kebijakan Pembaruan Agraria (Reforma Agraria) juga belum diupayakan secara bersungguh-sungguh. Sebagaimana diketahui konflik yang paling sering timbul itu berkaitan dengan tidak diakuinya keberadaan MHA beserta tanah dan wilayahnya, atau jika diakui itu pun hanya setengah hati. Di antara berbagai kajian, dapat dibaca Inkuiri Nasional Komnas HAM sebagai pembelajaran bahwa konflik itu nyata dan berpotensi menjadi sengketa.³³ Pengakuan

³³ Tim Inkuiri Nasional Komnas HAM, 2016, *Inkuiri Nasional Komnas HAM, Hak Masyarakat Hukum Adat atas Wilayahnya di Kawasan*

yang setengah hati itu berakibat bahwa terkait dengan pemberian kompensasi pun banyak menuai ketidakpuasan MHA.

Khusus untuk Provinsi Papua berbagai konflik atau sengketa terkait pemanfaatan tanah ulayat antara lain adalah pemanfaatan tanah untuk pembangunan bandar udara, misalnya di Kabupaten Merauke (Bandara Mopah), Kabupaten Nabire dan Wamena. Kisah pilu suku Amungme dan Kamoro yang tergusur oleh keberadaan PT Freeport masih terasa sampai dengan saat ini.

Ketika *Merauke Integrated Food and Energy Estate* (MIFEE) dicanangkan pada tahun 2010, permasalahan ketidakadilan dalam pemberian kompensasi atas pemanfaatan tanah ulayat MHA semakin menjadi penting untuk dikemukakan dalam tulisan ini. Dua hal pokok diulas dalam uraian berikut, yakni, **pertama**, bagaimana bentuk pemanfaatan tanah ulayat oleh pihak ketiga di luar kepentingan umum? Bagaimana konstruksi hukumnya menurut hukum pertanahan saat ini dan yang akan datang? **Kedua**, apakah yang dimaksudkan dengan kompensasi yang adil dalam peman-

Hutan, Komnas HAM, Jakarta.

faatan tanah ulayat MHA, berkaca dari praktik yang berlangsung selama ini?

I. Pemanfaatan Tanah Ulayat

A. Pemanfaatan Tanah Ulayat untuk Kepentingan Umum

Pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan umum diatur dalam UU No. 2 Tahun 2012 tentang Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum. Ganti kerugian terhadap pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan umum didahului dengan perumusan tentang keberadaan MHA; MHA merupakan salah satu pihak yang berhak memperoleh ganti kerugian (Pasal 17 ayat (2) huruf e Perpres No. 71 Tahun 2012). Dalam Pasal 22 ayat (1) Perpres disebutkan syarat-syarat keberadaan MHA sebagai berikut:

- (a) Terdapat sekelompok orang yang masih terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum adat tertentu, yang mengakui dan menerapkan ketentuan peresekutuan tersebut dalam kehidupannya sehari-hari;
- (b) Terdapat tanah ulayat tertentu yang

menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum adat tersebut dan tempatnya mengambil keperluan hidupnya sehari-hari;

- (c) Terdapat tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan dan penggunaan tanah ulayat yang berlaku dan ditaati oleh para warga persekutuan hukum adat tersebut.

Lebih lanjut, dalam Pasal 22 ayat (2) disebutkan “MHA sebagaimana dimaksud pada ayat (1), keberadaannya diakui setelah dilaksanakan penelitian dan ditetapkan dengan peraturan daerah setempat.” Sebagai catatan dapat dikemukakan bahwa: **pertama**, perumusan Pasal 22 ayat (1) itu tidak tepat karena yang dirumuskan adalah syarat-syarat keberadaan hak ulayat MHA (obyek), dan bukan tentang keberadaan MHA itu sendiri (subyek). Dengan kata lain, Perpres telah “salah kutip” karena obyek disamakan dengan subyek. Bandingkan dengan Permenag/Kepala BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Ulayat MHA dalam Pasal 2 ayat (2)

yang menyebutkan syarat untuk keberadaan hak ulayat MHA sebagai berikut:

- (1) Terdapat sekelompok orang yang masih merasa terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum tertentu, yang mengakui dan menerapkan ketentuan-ketentuan persekutuan tersebut dalam kehidupannya sehari-hari;
- (2) Terdapat tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum tersebut dan tempatnya mengambil keperluan hidupnya sehari-hari; dan
- (3) Terdapat tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan, dan penggunaan tanah ulayat yang berlaku dan ditaati oleh para warga persekutuan hukum tersebut.

Kedua, secara *a contrario* dapat ditanyakan “jika belum dilakukan penelitian dan belum ditetapkan dalam Perda”, apakah dengan demikian MHA tersebut dapat dianggap belum ada? Kiranya perlu kehati-hatian dalam pengaturan tentang MHA ini. Filosofi pengakuan, penghormatan, dan perlindungan hak ulayat MHA, hendaknya tidak direduksi melalui

ketentuan ini.

Tampaknya pembuat UU No. 2 Tahun 2012 telah keliru menangkap esensi tentang hak ulayat dimana MHA merupakan salah satu unsurnya (subyek hak ulayat). Jika yang diatur dalam Pasal 40 huruf e UU No. 2 Tahun 2012 adalah MHA sebagai subyek penerima ganti kerugian, maka seharusnya perumusannya seperti Pasal 97 ayat (2) huruf a UU No. 6 Tahun 2014 tentang Desa yakni “Masyarakat yang warganya memiliki perasaan bersama dalam kelompok”; atau Pasal 1 angka 3 Permenag / Ka BPN No. 5 Tahun 1999. MHA sebagai subyek tentu mempunyai hubungan hukum dengan obyeknya yakni tanah beserta wilayah.

Penetapan keberadaan hak ulayat yang beraspek publik dan keperdataan oleh Perda bersifat *declaratoir* belaka dan bukan bersifat konstitutif. Keberadaan hak ulayat MHA itu tidak tergantung pada penetapannya oleh Perda. Perda hanya mengukuhkan keberadaan MHA yang bersangkutan. Di samping itu, tidak semua Pemerintah Daerah proaktif melakukan kerja-kerja terkait hak ulayat MHA. Jika ketentuan dalam Pasal 22 dipertahankan akan berpotensi

menimbulkan konflik karena perbedaan persepsi ketika hak ulayat MHA terkena kegiatan pengadaan tanah. Di samping itu dalam perkembangannya, dalam Permendagri No. 52 Tahun 2014 tentang Pedoman Pengakuan dan Perlindungan MHA diatur bahwa pengakuan terhadap keberadaan MHA di samping melalui Perda, dapat juga dilakukan melalui keputusan kepala daerah.³⁴

Oleh karena itu, jika MHA merupakan subyek yang dapat diberikan ganti kerugian (Penjelasan Pasal 40) seharusnya untuk menentukan ganti kerugian diperlukan peran dari Penilai (Pasal 31). Yang perlu dicermati adalah, bagaimana Penilai menentukan ganti kerugian terhadap tanah ulayat?

Bentuk ganti kerugian untuk tanah ulayat MHA adalah tanah pengganti, permukiman kembali, dan bentuk lain yang disepakati MHA

³⁴ Dalam tingkatan provinsi, a.l telah terbit Perda No.3 Tahun 2003 (Provinsi Bali), Perda No. 7 Tahun 2007, Perda No. 16 Tahun 2008 dan Perda No. 21 Tahun 2012 (Provinsi SumBar.), Perda No. 16 Tahun 2008 dan Pergub No. 13 Tahun 2009 (Provinsi Kalteng), Perda No. 22Tahun 2008 dan No. 23 Tahun 2008 (Provinsi Papua), Perda No10 Tahun 2005 (Provinsi Riau). Perda tingkat Kabupaten paling banyak jumlahnya. Untuk SK Bupati terdapat sekitar 47, misalnya SK Bupati Halmahera No. 189 Tahun 2015 tentang Masyarakat Adat Hibualamo dan SK Bupati Jayapura No. 319 Tahun 2014 tentang Pengakuan dan Perlindungan MHA di Kabupaten Jayapura.

yang bersangkutan (Penjelasan Pasal 40 UU No. 2 Tahun 2012). Terkait dengan faktor yang dinilai untuk menentukan besarnya ganti kerugian, dalam hal ganti kerugian dalam bentuk uang, Pasal 65 Perpres No. 71 Tahun 2012 sebagai peraturan pelaksanaan UU No. 2 Tahun 2012 menyebutkan hal-hal sebagai berikut: “Tanah, ruang atas tanah dan bawah tanah, bangunan, tanaman, benda yang berkaitan dengan tanah, dan/atau kerugian lain yang dapat dinilai.”

Barangkali perlu dipikirkan kembali tentang bentuk ganti kerugian terhadap tanah ulayat. Hilangnya tanah ulayat berakibat terhadap berbagai jenis kerugian, yakni: (1) kehilangan tanah (pertanian, pekarangan, akses ke hutan dan Sumber Daya Alam (SDA) lain, tanah-bersama); (2) kehilangan bangunan; (3) kehilangan penghasilan dan sumber penghidupan karena ketergantungannya kepada hutan dan SDA lainnya; (4) kehidupan pusat kehidupan dan budaya; (5) kehilangan kearifan lokal; dan (6) kehilangan jejaring sosial di tempat asalnya.

Terkait dengan bentuk ganti kerugian, berdasarkan kesepakatan dengan masyarakat

yang bersangkutan, perlu diusahakan penggantian untuk tanah kepunyaan bersama, bangunan, dan atau akses ke SDA untuk kehidupan sehari-hari. Perlu juga dipikirkan tentang upaya pemulihan ketika terjadi kerusakan ekosistem dan atau SDA MHA. Sedangkan untuk ganti kerugian berupa uang, penentuannya tidak sesederhana seperti untuk tanah kepunyaan non-MHA karena tanah ulayat itu di samping mempunyai nilai ekonomis, juga berkaitan dengan nilai sosial dan magis-religius. Dengan perkataan lain, Pasal 65 Perpres No. 71 Tahun 2012 tidak dapat diterapkan serta merta untuk menilai besaran ganti kerugian tanah ulayat MHA. Praktik di negara lain misalnya, untuk menetapkan ganti kerugian bagi tanah masyarakat Aborigin, ganti kerugian diberikan berdasarkan perhitungan nilai pasar ditambah sejumlah uang tertentu yang disebut dengan *solatium*, yang besarnya bisa lebih besar dari nilai pasar dari tanah yang bersangkutan.³⁵

Dari berbagai penyebab konflik terkait pemanfaatan tanah untuk kepentingan umum seperti disebutkan dalam contoh terdahulu,

³⁵ Maria S.W. Sumardjono, *Semangat Konstitusi dan Alokasi yang Adil atas Sumber Daya Alam*, *Op.cit.*, hlm. 103-104.

pada umumnya berkisar pada permasalahan bentuk dan/atau besar/jumlah nominal ganti kerugian, dan/atau ketidakjelasan pihak yang berhak menerima ganti kerugian. Dua hal ini seharusnya menjadi pembelajaran ketika pemerintah memerlukan ketersediaan tanah MHA untuk pembangunan bagi kepentingan umum.

B. Pemanfaatan Tanah Ulayat untuk Non-Kepentingan Umum

Pemanfaatan tanah ulayat untuk kegiatan non-kepentingan umum dapat dilakukan melalui penyewaan tanah ulayat atau pemberian hak atas tanah di atas tanah ulayat.

1. Penyewaan Tanah Ulayat³⁶

Ketentuan yang mengatur tentang sewa tanah ulayat sepenuhnya dilandasi oleh hukum perdata, khususnya hukum perjanjian. Sewa-menyewa tidak ada kaitannya dengan ketentuan hukum pertanahan. Perbuatan hukum sewa-menyewa dihasilkan berdasarkan kesepakatan keduabelah pihak; hal-hal yang tertuang dalam isi perjanjian wajib ditaati oleh keduabelah pihak sesuai dengan hak dan kewajiban masing-

³⁶ *Ibid.*, hlm. 98-99.

masing. Jika dalam perjanjian sewa-menyewa tanah itu diasumsikan bahwa semuanya berjalan baik, skema ini (pada saat ini) adalah yang paling sesuai dengan pandangan MHA di Papua terkait hubungan (hukum) antara manusia (Papua) dengan tanah.

Berdasarkan konsep pemikiran orang Papua, tanah sebagai “mama”, “sumber kehidupan” itu tidak pernah dapat diputuskan hubungan kepemilikannya dengan orang Papua selama-lamanya karena “mama” menyediakan SDA seisinya untuk orang Papua sejak dulu, saat ini, dan untuk generasi yang akan datang. Dengan perjanjian sewa-menyewa, jangka waktu sewa ditentukan sesuai perjanjian. Jika dalam perjanjian sewa-menyewa ada alternatif perpanjangannya, maka jika kedua belah pihak menghendaki, jangka waktu sewa dapat diperpanjang; atau jika salah satu pihak tidak menghendaki perpanjangan sewa, maka tanah kembali kepada penguasaan MHA semula

Bagi MHA, dalam klausula perjanjian sewa-menyewa harus ditegaskan dalam keadaan bagaimana tanah itu dikembalikan oleh pihak ketiga. Seyogianya tanah dikembalikan dalam

keadaan yang dapat menjamin keberlangsungan hidup MHA, dan tidak dikembalikan dalam keadaan terlantar/rusak.

Bagi investor, menyewa tanah dari MHA dipandang kurang menarik karena tanah tidak dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani Hak Tanggungan (HT) sesuai Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah beserta Benda-Benda yang Berada di Atasnya. Namun demikian, jika dikehendaki, seandainya di atas tanah yang disewa tersebut ditanami dengan kelapa sawit atau ada bangunan dan benda-benda yang mempunyai nilai ekonomis, maka hasil dari tanaman, bangunan dan benda-benda tersebut dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani fidusia sesuai dengan Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

2. Pemberian Hak atas Tanah di atas Tanah Ulayat³⁷

a. Pemberian Hak Atas Tanah yang Berasal dari Tanah Ulayat Menurut Undang-

³⁷ *Ibid.*, hlm. 99-103 dengan tambahan catatan usulan Pemerintah atas RUU Pertanahan melalui Daftar Isian Masalah versi 13 Juni 2017.

Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA)

Konstruksi hukum yang ada pada saat ini adalah sebagaimana diatur oleh UUPA dan peraturan-peraturan pelaksanaannya. Pemberian hak atas tanah (HGU, HP, dan lain-lain) di atas tanah yang berasal dari tanah ulayat, diawali dengan proses pelepasan tanah ulayat MHA (untuk menjadi tanah negara, dalam arti dilepaskan untuk selama-lamanya). Ketika tanah ulayat sudah dilepaskan, maka kepada pihak ketiga dapat diberikan suatu hak atas tanah di atas tanah negara (bekas tanah ulayat). Sebelum jangka waktu hak atas tanah yang bersangkutan berakhir, pemegang hak atas tanah dapat mengajukan permohonan perpanjangan hak atas tanah kepada instansi pertanahan, demikian juga sebelum jangka waktu perpanjangan hak atas tanah berakhir, pemegang hak dapat mohon pembaharuan hak atas tanah.

b. Pemberian Hak Atas Tanah di Atas Tanah Ulayat dalam Rancangan Undang-Undang Pertanahan (RUU Pertanahan

inisiatif DPR RI , 2013)

Semakin gencarnya gerakan pengakuan dan perlindungan hak ulayat MHA melalui Pasal 18B ayat (2) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 28I UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan berbagai putusan MK terkait hak MHA, maka dalam RUU Pertanahan dibuka kemungkinan untuk memberikan hak atas tanah secara langsung di atas tanah ulayat. Prinsip ini juga diadopsi dalam RUU Perlindungan Hak Masyarakat Adat (inisiatif DPD RI, 2018).

Pasal 9 RUU Pertanahan berbunyi sebagai berikut:

- (1) Bidang Tanah yang berasal dari Tanah Ulayat sebelum berlakunya Undang-Undang ini yang sudah dipunyai oleh perseorangan atau badan hukum³⁸ dengan Hak Atas Tanah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, atau sudah diperoleh menurut ketentuan dan tata cara yang berlaku, tetap diakui berdasarkan Undang-Undang ini.

³⁸ Sebagai catatan, dalam Daftar Isian Masalah (DIM) RUU Pertanahan versi 13 Juni 2017 kata perseorangan atau badan hukum diganti dengan "pemegang hak atas tanah."

- (2) Dalam hal Hak Atas Tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) jangka waktunya berakhir atau hapus karena sebab tertentu, maka:
- a) tanahnya kembali dalam penguasaan Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan; atau
 - b) tanahnya kembali dalam penguasaan negara jika Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan sudah tidak ada lagi. Dalam DIM RUU Pertanahan ditambahkan;
 - c) “tanahnya kembali menjadi Tanah Negara jika MHA yang bersangkutan melepaskan tanah ulayatnya”.
- (3) Jika Hak Atas Tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) jangka waktunya berakhir dan Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan masih ada, permohonan perpanjangan atau pembaharuannya dapat diajukan setelah memperoleh persetujuan tertulis dari Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan.³⁹

³⁹ Dalam DIM, Pemerintah mengusulkan penambahan kata

Pasal 10 RUU Pertanahan berbunyi sebagai berikut:

- (1) Pemberian Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai kepada badan hukum di wilayah Masyarakat Hukum Adat dilakukan dengan syarat kegiatan usaha yang akan dilakukan mendukung kepentingan Masyarakat Hukum Adat, memelihara lingkungan hidup, dan pemberiannya dilakukan setelah memperoleh persetujuan tertulis dari Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan.⁴⁰
- (2) Persetujuan tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (1) digunakan sebagai rekomendasi untuk mengajukan permohonan Hak Atas Tanah kepada instansi yang berwenang (dalam DIM RUU Pertanahan diganti dengan Kementerian ATR / BPN). Pemerintah mengusulkan penambahan substansi Pasal 10 berdasarkan kemungkinan perpanjangan dan pembaruan hak atas tanah di atas tanah hak ulayat MHA

"Lembaga", sebelum frasa [...] dan MHA [...] dan seterusnya.

⁴⁰ Dalam DIM Pemerintah mengusulkan perubahan sebagai berikut: "Hak atas tanah dapat diberikan di atas tanah hak ulayat MHA melalui perjanjian kerja sama yang dibuat secara tertulis."

dalam Pasal 10 ayat (3) “Dalam hal Hak Atas Tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) jangka waktunya berakhir, maka:

- a. Permohonan perpanjangan atau pembaruannya dapat diajukan setelah memperoleh persetujuan tertulis dari Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan dalam hal Lembaga dan Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan masih ada; atau
- b. Permohonan perpanjangan atau pembaruannya dapat diajukan kepada Kementerian, dalam hal Lembaga dan Masyarakat Hukum Adat yang bersangkutan tidak ada lagi.

Pasal 24 ayat (4) RUU Pertanahan berbunyi sebagai berikut: “Dalam hal tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berada di wilayah Masyarakat Hukum Adat, pemberian Hak Guna Usaha dilakukan setelah diperoleh persetujuan tertulis pelepasan Hak Ulayat untuk jangka waktu tertentu dari Masyarakat Hukum Adat”. Dalam DIM Pemerintah bunyi Pasal 24 ayat (4) dirubah menjadi “ Dalam hal tanah yang akan diberikan Hak Guna Usaha berada dalam

wilayah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, maka pemberian Hak Guna Usaha dilakukan oleh Pemerintah setelah diperoleh persetujuan tertulis dari Masyarakat Hukum Adat”.

Pasal 29 ayat (2) RUU Pertanahan berbunyi sebagai berikut:

Hak Guna Bangunan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diberikan dengan:

- a. keputusan pemberian hak jika Tanahnya berasal dari Tanah negara;
 - b. perjanjian pemberian hak jika Tanahnya diberikan di atas Tanah Hak Milik; atau
 - c. persetujuan tertulis dari Masyarakat Hukum Adat jika tanahnya berada di wilayah Masyarakat Hukum Adat.”
- Dalam DIM RUU Pertanahan kata”di wilayah MHA“ diganti dengan “di atas tanah ulayat”.

Pasal 35 ayat (4) RUU Pertanahan berbunyi sebagai berikut:

Hak Pakai dengan jangka waktu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat (2) huruf a diberikan dengan:

- a. keputusan pemberian hak jika tanahnya berasal dari Tanah negara;
- b. perjanjian pemberian hak jika berada

- di atas Tanah Hak Milik; atau
- c. persetujuan tertulis dari Masyarakat Hukum Adat jika Tanahnya berada di wilayah Masyarakat Hukum Adat.

Konstruksi hukum tersebut dimaksudkan untuk mengoperasionalkan pengakuan, perlindungan dan pemenuhan hak MHA. Dengan demikian maka di masa yang akan datang, hak atas tanah dapat terjadi di samping di atas tanah negara, juga di atas tanah ulayat. Skema ini sama-sama dirasakan manfaatnya oleh MHA maupun pihak ketiga karena adil dan memberikan jaminan kepastian hukum. Ketentuan ini harus diperjuangkan oleh karena sampai dengan saat ini, ketentuan Pasal 2 UUPA dan Penjelasannya belum ditindaklanjuti sepenuhnya. Berdasarkan Pasal 2 terdapat tiga entitas dalam hubungan antara negara dengan tanah yaitu tanah negara, tanah ulayat masyarakat hukum adat, dan tanah hak. Dengan demikian, pemberian hak atas tanah di atas tanah ulayat itu menemukan landasan hukumnya.

II. Pemanfaatan Tanah Ulayat untuk Program MIFEE

MIFEE diluncurkan pada tahun 2010 sebagai sebuah desain besar rencana pembangunan yang dimaksudkan untuk menyediakan bahan pangan dalam rangka memperkuat ketahanan pangan nasional, sekaligus ditujukan untuk ekspor. Oleh karena itu pada awalnya yang dikembangkan adalah *food estate*. Mengapa Papua, khususnya Merauke? RPJM Provinsi Papua 2006-2011 mencanangkan peningkatan kualitas kehidupan masyarakat Papua melalui berbagai upaya. Merauke dipilih berdasarkan pertimbangan bahwa pada zaman kolonial pernah dikembangkan sebagai sentra pertanian pangan dan pada tahun 2007 dari gagasan tentang *Merauke Rice Estate* (MIRE) kemudian dikembangkan menjadi MIFEE (program pertanian pangan dan energi skala luas) dengan luasan lahan sekitar 1,2 juta ha.⁴¹

Melihat besarnya peluang yang dijanjikan oleh Pemerintah dan SDA yang melimpah di Merauke, wajar jika investor berbondong-

⁴¹ Dari berbagai sumber antara lain Yando Zakaria, *et al.*, 2011, *MIFEE: Tak Terjangkau Angan Malind*, Yayasan Pusaka, Jakarta.

bondong mencari tanah yang ternyata merupakan tanah ulayat MHA. Tanpa dibekali dengan infrastruktur hukum yang memadai, berhadapanlah investor secara langsung dengan MHA dalam posisi tawar yang sangat tidak seimbang. Pemikiran investor yang tidak mau direpotkan dengan berbagai persiapan karena “waktu adalah uang” mengakibatkan segala upaya ditempuh untuk memperoleh lahan usaha dari MHA. Berbagai kisah tentang proses perolehan tanah yang menghalalkan segala cara dalam bentuk intimidasi, stigmatisasi, tipu daya, paksaan, dan lain-lain tindakan telah berdampak terhadap perpecahan antar kelompok masyarakat dan rasa jengah berhadapan dengan korporasi sebagai entitas yang memporak-porandakan kehidupan mereka secara tiba-tiba.

Sementara itu, bagi MHA di Merauke tanah dipandang sebagai ruang hidup “*Lebensraum*”, atau ibu sebagai sumber kehidupan dan penghidupan sehingga kedatangan investor seharusnya membawa berkah. Sayangnya, realita yang terjadi tanah justru menjadi musibah yang mengancam kelangsungan hidup dan budaya

serta identitas mereka. Ketika hutan dan segala isinya “hilang”, sumber makanan, tempat-tempat suci, binatang buruan, kearifan lokal, ikut lenyap. Tidak ada jaminan keberlangsungan hidup untuk saat ini, apalagi bagi generasi yang akan datang.

Benturan antara sikap terhadap SDA, termasuk hutan dan segala isinya yang dari sudut pandang investor hanya dilihat dari aspek ekonomi, dan di lain pihak oleh MHA lebih dinilai dari aspek sosial-budayanya dengan titik sentral yang bersifat magis-religius, memperoleh bentuknya berupa ketidakadilan dalam memberikan nilai terhadap tanah ulayat MHA beserta ikutannya. Dari berbagai sumber diperoleh informasi jika rata-rata bidang tanah ulayat MHA dihargai Rp. 300.000,00 (tiga ratus ribu rupiah) per hektar (untuk berapa puluh tahun?). Hal ini sama saja dengan menganggap bahwa tanah mereka sudah hilang dan tidak mungkin kembali dalam penguasaan mereka. Tabel berikut dapat memberikan sekedar gambaran.

Tabel
Besar/Bentuk Ganti Kerugian Proyek MIFEE

No.	Perusahaan (Investor)	Luas Konsesi	Bentuk/ Ganti Rugi (kompensasi)	Lokasi	Entitas Masyarakat Hukum Adat (Penerima)	Keterangan
1.	PT. Selaras Inti Semesta SIS (Medco Group)	300.000 ha	"Piagam Penghargaan" serta nominal Rp. 300 juta untuk pengambilan kayu.	Kampung Zenegi (Distrik Kaptel)	MHAMalindAnim (Marga Zenegi)	Piagam penghargaan di posisikan oleh perusahaan sebagai kesepakatan bersama disertai dengan nominal Rp. 300 juta (sebagai kompensasi). Dimana nominal tersebut berupa jaranji yang tidak sepenuhnya teralisasi. Antara lain berupa: pembangunan gereja, sekolah, dan fasilitas jalan desa. Versi SIS Rp. 2.000 / m3, versi MHA Rp. 180.000 - Rp. 200.000 / m3.
2.	PT. Medco Papua Industri Lestari	2.800 ha	"Uang Penghargaan" dengan nominal Rp. 100 juta utk pelepasan tanah adat 1.000ha.	Kampung Boepe (Distrik Kaptel)	MHAMalindAnim (Marga Boepe)	Diberikan dalam kurun waktu 3 bulan terdiri pembayaran berupa barang sepeda motor Honda MegaPro seharga Rp. 21.500.000 dan mesin perahu tempel merk Johnson seharga Rp. 19.000.000, serta uang tunai

No	Perusahaan (Investor)	Luas Konsesi	Bentuk/ Ganti Rugi (kompensasi)	Lokasi	Entitas Masyarakat Hukum Adat (Penerima)	Keterangan
3.	PT. Bio Inti Agrigindo	39.000ha	Gantirugidengan nominal Rp. 3,5miliar utk pelepasan tanah adat 40.000ha	Kampung Yeinan (Distrik Uliilin)	MHA	dalam jumlah yang bervariasi. Tanah dihargai Rp. 10.000 / m2 Masyarakat minta nganti rugi Rp. 36 M. Realisasi Rp. 3.5 M. Tiap suku menerima Rp. 50.000
			Disepakati pembayaran denda sebesar Rp. 1 miliar dari tuntutan semula Rp.70miliar dari marga-marga suku Mbian dan Mandobo, pada awal April 2013	DistrikUliilin	MHA Malind Mbian	Tuntutan marga-marga suku Mandobo ke PT. Bio Inti Aagrigindo dalam bentuk denda sebesar 70 miliar rupiah. Setelah melalui pembicaraan yang alot, akhirnya tercapaikesepakatandimanaakanada pembayaransebesarRp. 1 miliaryang dibagi tiga bagian: (1) marga Basik-Basik seratus juta lebih, (2) marga Mahuze seratus juta lebih dan (3) marga-margadariMandobotigaratus juta lebih, uang tersebut merupakan hak mereka yang harus

No	Perusahaan (Investor)	Luas Konsesi	Bentuk/ Ganti Rugi (kompensasi)	Lokasi	Entitas Masyarakat Hukum Adat (Penerima)	Keterangan
4.	PT. Agrinusa Persada Mulia (Wilmar Group)	40.000ha	"Tali Asih" kepada tiga marga tersebut masing-masing mendapatkan uang tunai yakni; marga Kewamijai sebesar Rp.10.174.500, warga Wonijai sebesar Rp.53.620.000 dan warga Keijai sebesar Rp.620.921.000	Kampung Bupul (Distrik Elikobel)	MHA	dibayar PT BIA dari kompensasi kayu log ke pabrik. Sumber: https://awasmifee.potager.org/?p=343&lang=id (Mei, 2013) Penyerahan dilakukan pada tanggal 28 Februari 2013, oleh Asisten I Setda Kabupaten Merauke didampingi Pimpinan PT. APM Merauke, serta disaksikan langsung oleh Dandim 1707/Merauke, Danyonif 726/TML serta sejumlah pimpinan SKPD dan para tokoh masyarakat setempat. Sumber: http://suara.merauke.go.id/?p=346 Tanah Per Hadiah Rp. 17.000/ha

No	Perusahaan (Investor)	Luas Konsesi	Bentuk/ Ganti Rugi (kompensasi)	Lokasi	Entitas Masyarakat Hukum Adat (Penerima)	Keterangan
5.	PT. Agriprima Cipta Persada (Wilmar Group)	33.540ha	"Tali Asih" sebesar Rp.350juta kepada marga Mahuze	Kampung Alfasera (Distrik Muting)	MHA Malind Anim	Dokumen kesepakatan ditandatangani oleh kepala marga melalui mekanisme manipulasi dengan mengajak plesiran hingga ke Jakarta. Sumber: Film "the Mahuzes" produksi Watchdoc, 2016 dalam http://www.indonesiabiru.com/memperluas-solidaritas-ruang-melawan-ekspansi-menonton-the-mahuzes/ Warga setempat menolak kompensasi tersebut karena nilainya tidak sebanding dengan nilai kayu yang ditebang dan merusak lingkungan. Sumber: https://awasmifee.otager.org/%3Fp=1397/?paged=17&lang=id (Juli 2013)
6.	PT. ANUGRAH REJEKI NUSANTARA (Wilmar Group)	200.000 ha	Menawarkan Rp. 33,646,650 untuk pembongkaran hutan seluas 279,68ha kepada masyarakat	Kampung Domande (Distrik Malind)	MHA	

Secara ringkas dapat dikatakan bahwa perolehan tanah MHA oleh investor tidak dilakukan sesuai dengan proses yang semestinya. Pemberian ganti kerugian dilakukan dengan berbagai istilah, misalnya “tali asih”, “uang ketok pintu”, “uang penghargaan” yang nilainya tidak mungkin dapat menggantikan kerusakan ekonomi dan ekologi yang ditimbulkan dengan dampak jangka pendek bagi kehidupan MHA saat ini, maupun jangka panjang bagi generasi yang akan datang. Dalam pandangan investor, dengan diterimanya uang tali asih oleh MHA, maka peralihan tanahnya sudah sah dan mengikat karena sudah melalui kesepakatan dengan MHA yang bersangkutan.

III. Kompensasi yang Adil atas Pemanfaatan Tanah Ulayat Masyarakat Hukum Adat

Pengaturan kompensasi tentang pemanfaatan tanah ulayat secara rinci masih perlu didorong. Untuk kompensasi pengambilan hasil hutan pada areal MHA dapat dilihat dalam Peraturan Gubernur Papua Barat No. 5 Tahun 2014 tentang Standar Kompensasi Atas Hasil Hutan kayu pada areal Hak Ulayat pada

Provinsi Papua Barat dan Pergub Papua No. 64 Tahun 2012. Di antara berbagai kritik, Pergub ini dianggap hanya memandang kayu sebagai komoditas, dan bukan mengatur tentang akses masyarakat terhadap sumberdaya hutan. Hal ini, di samping bertentangan dengan kearifan lokal juga berpotensi merusak lingkungan.

Rumus utama untuk kompensasi tanah ulayat adalah nilai penggantian (*replacement value*). Artinya, bagaimana nasib MHA ketika tanahnya dimanfaatkan oleh pihak lain, baik untuk kepentingan umum maupun non kepentingan umum, dalam hal ini kepentingan komersial, tergantung dari bagaimana pihak lain itu memberikan penilaian terhadap tanah mereka yang diambilalih.

Kehilangan tanah bagi orang perorangan dan bagi seluruh komunitas MHA itu jelas berbeda. Meskipun sama-sama kehilangan, tetapi MHA memberikan penghargaan lebih pada nilai non-ekonomis atas hilangnya ruang hidup mereka yang nilainya tidak akan tergantikan.

Berdasarkan uraian sebelumnya disebutkan beberapa jenis kerugian yang dialami oleh MHA terkait dengan hal-hal sebagai berikut:

(1) kehilangan tanah (pertanian, pekarangan, akses ke hutan dan sumber daya alam lain, tanah-bersama); (2) kehilangan bangunan; (3) kehilangan sumber penghidupan karena ketergantungan kepada hutan dan Sumber Daya Alam lainnya; (4) kehilangan pusat kehidupan dan budaya; (5) kehilangan kearifan lokal; dan (6) kehilangan jejaring sosial di tempat asalnya. Apakah peraturan perundang-undangan mengakui adanya kehilangan yang bisa menimpa MHA ini? Secara khusus dan eksplisit memang tidak; tetapi secara umum, khusus untuk pembangunan bagi kepentingan umum, disebutkan dalam Pasal 33 UU No. 2 Tahun 2012 bahwa “kerugian lain yang dapat dinilai” (Pasal 33 huruf f) merupakan salah satu faktor, untuk menilai besarnya ganti kerugian. Aturan umum ini tentunya berlaku baik bagi tanah orang perorangan, maupun tanah ulayat MHA karena MHA merupakan subyek hak ulayat yang berhak atas ganti kerugian, dengan catatan bahwa rincian “kerugian lain yang dapat dinilai” itu harus sesuai dengan konsep hubungan MHA dengan tanah ulayatnya.

Permasalahannya, **pertama**, ganti kerugian yang diatur dalam UU No. 2 Tahun 2012 itu ditujukan untuk kepentingan umum dan yang sudah dilaksanakan pada umumnya adalah terhadap tanah-tanah orang per-orangan. Penerapannya untuk MHA masih perlu dikembangkan, khususnya terhadap tanah ulayat yang beraspek publik sekaligus perdata. **Kedua**, jika ganti kerugian terhadap pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan umum ini sudah jelas formulasinya, maka perlu dipikirkan tentang bagaimana kompensasi terhadap tanah ulayat MHA yang digunakan untuk kepentingan komersial? Formulasi yang ditetapkan untuk kompensasi tanah ulayat MHA bagi kepentingan umum diharapkan dapat dijadikan pedoman untuk diterapkan bagi kepentingan komersial.

Suatu benda dinyatakan bernilai karena sedikitnya menyangkut empat aspek, yakni (1) kemanfaatan (*utility*); (2) keterbatasan (*scarcity*); (3) ada permintaan/dibutuhkan (*demand*); dan (4) dapat dipindahtangankan untuk sementara atau selamanya (*transferability*). Siapa yang dapat melakukan penilaian atas kompensasi

secara objektif? Hal ini merupakan tugas dan tanggung jawab penilai, yang melakukan penilaian atas suatu “properti” berdasarkan hasil analisis terhadap fakta-fakta objektif dan relevan dengan menggunakan metode dan prinsip-prinsip penilaian yang berlaku.

Bagaimana menentukan penilaian terhadap bidang tanah atas nama orang perorangan? Menurut Standar Penilaian Indonesia (SPI 306 Butir 3.10), jika tanah masyarakat digunakan untuk kepentingan umum, yang berlaku adalah Nilai Pasar Wajar/NPW (*fair market value*). Penilaian NPW didasarkan kepada kesetaraan Nilai Pasar atas suatu properti dengan memperhatikan unsur luar biasa berupa kerugian non fisik yang diakibatkan adanya pengambilalihan hak atas properti tersebut. NPW diartikan sama dengan nilai jumlah kerugian sebagaimana dimaksud dalam UU No. 2 Tahun 2012. Sebagai ilustrasi tentang NPW sebelum berlakunya UU No. 2 Tahun 2012, intisari “kerugian non-fisik” adalah seperti yang dimaksud dalam tesis Effendi tahun 2015 terkait dengan NPW yang dibayarkan kepada para pemegang hak atas tanah orang perorangan untuk jalan tol ruas

Depok - Antasari di wilayah Krukut Depok yang pada saat itu menggunakan Perpres No. 65 Tahun 2006 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum.⁴² Kesimpulan tesis, antara lain sebagai berikut (1) nilai penggantian kerugian (*Fair Replacement Value*) merupakan penjumlahan nilai ganti kerugian fisik yang mewakili nilai pasar properti dan nilai ganti kerugian non-fisik yang merupakan nilai subjektif pemilik properti; (2) Dalam ganti kerugian non fisik terkandung bonus dalam bentuk solatium. Solatium terbatas pada properti berbentuk rumah tinggal; (3) termasuk dalam komponen ganti kerugian non fisik adalah premium, biaya transaksi, kerugian sisa tanah, kerugian fisik lain, dan kompensasi masa tunggu.

Hal yang masih memerlukan penegasan adalah bagaimana penerapan Nilai Penggantian Wajar (*Fair Replacement Value*) ini terhadap kehilangan MHA atas tanah ulayatnya yang diperlukan untuk kepentingan umum, terutama

⁴² Ariff Erman Effendi, 2015, *Analisis Nilai Ganti Kerugian Berbasis Standar Penilaian Indonesia 306 Dalam Rangka Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum (Studi Kasus Jalan Tol Ruas Depok-Antasari di Wilayah Krukut, Depok)*, Tesis S2, Magister Ekonomika Pembangunan UGM, Yogyakarta.

karena kerugian yang diakibatkan oleh setidaknya enam macam kehilangan seperti diuraikan di atas. Barangkali kuncinya adalah bahwa nilai pasar tanah MHA lebih kecil jika dibandingkan dengan solatiumnya. Penghitungan solatium inilah yang memerlukan pemahaman yang utuh terhadap hubungan antara MHA dan ruang hidupnya.

Permasalahan pokok yang lain adalah bagaimana dengan penghitungan kompensasi terhadap pemanfaatan tanah ulayat Masyarakat Hukum Adat untuk non-kepentingan umum, dalam hal ini kepentingan komersial? Contoh yang tertera dalam tabel sebelumnya menunjukkan betapa tidak adilnya antara uang tali asih dan sejenisnya dengan dampak tidak dapat dimanfaatkannya tanah ulayat MHA baik untuk sementara waktu (yang lazimnya puluhan tahun) atau pun bahkan selamanya. Sebagai ilustrasi, untuk pemanfaatan kawasan hutan dikenal Izin Pinjam Pakai Kawasan Hutan (IPPKH) untuk kepentingan di luar kegiatan kehutanan dan pernah diatur dalam Permenhut No. P.16/Menhut-II/2014. Pada prinsipnya, jika untuk kepentingan komersial, maka jika luas

hutan Provinsi kurang dari 30% DAS, pulau dan atau provinsi maka kompensasi lahan adalah 1:1. Jika luas hutan lebih dari 30%, pemohon wajib membayar PNPB sesuai aturan yang berlaku dan melakukan penanaman. Tanaman harus memenuhi syarat tidak mengubah fungsi hutan dan melestarikan lingkungan. Contoh tersebut adalah kewajiban pemohon ijin kepada Pemerintah. Bagaimana jika yang dimanfaatkan itu adalah tanah ulayat MHA?

Mengacu pada penilaian terhadap SDA dan lingkungan, dikenal dua macam nilai, yakni nilai guna dan nilai bukan guna. Termasuk dalam nilai bukan guna adalah nilai keberadaan, nilai warisan, dan nilai pilihan. Nilai keberadaan adalah nilai yang diberikan oleh masyarakat kepada kawasan hutan atas manfaat spiritual, estetika, dan kultural. Nilai warisan adalah nilai manfaat yang diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati sumber daya alam dan lingkungan di masa depan.⁴³ Nilai keberadaan dan nilai warisan sesuai untuk diterapkan dalam memberikan penilaian terhadap kompensasi

⁴³ Kementerian Lingkungan Hidup, 2007 dalam Dyah Sulistyaningrum, *Valuasi Nilai Kerusakan Dengan Tarif Penerimaan Negara Bukan Pajak Penggunaan Kawasan Hutan*, Tesis S2, Magister Ekonomika Pembangunan UGM, Yogyakarta, 2016.

bagi MHA atas hilangnya ruang hidupnya. Masyarakat Hukum Adat sendiri sudah pasti tidak mampu memberikan penilaian secara ekonomis terhadap kehilangan sumber daya alamnya sehingga merupakan tugas seorang Penilai untuk memberikan penilaian tersebut berdasarkan metode dan prinsip-prinsip penilaian yang berlaku. Hal ini menjadi sedemikian penting utamanya ketika tanah ulayat MHA dimanfaatkan untuk kepentingan komersial. Kehadiran dan peran serta penilai akan dapat meminimalkan ketidakadilan terhadap kompensasi sebagaimana yang diterima MHA, khususnya untuk program MIFEE.

Selain itu, perlu diatur tentang penilaian ganti kerugian terhadap pemanfaatan tanah ulayat MHA dalam Standar Penilaian Indonesia (SPI) dengan memahami dan mempertimbangkan kenyataan yang ada terkait ruang hidup MHA yang berpotensi hilang karena dimanfaatkan oleh pihak ketiga. Keberadaan penilai diperlukan untuk dapat memberikan bantuan/pendampingan ketika tanah ulayat MHA diperlukan baik untuk kepentingan umum, maupun untuk kepentingan komersial. Jika tanah ulayat

MHA digunakan untuk kegiatan kepentingan umum, maka tanah yang bersangkutan dilepaskan untuk selama-lamanya kecuali jika suatu saat hasil pembangunan untuk kepentingan umum itu sudah tidak dimanfaatkan lagi, tanah kembali dalam penguasaan MHA semula selama MHA tersebut masih ada. Jika tanah ulayat MHA digunakan untuk kepentingan komersial melalui berbagai skema yang diuraikan di atas, berapa lama pun jangka waktu pemanfaatan tanah ulayat, suatu saat jika berakhir, tanahnya dapat kembali dalam penguasaan MHA semula, sepanjang MHA yang bersangkutan masih ada.

Permasalahan yang tidak kalah pentingnya disamping penilaian kompensasi yang adil adalah proses perolehan tanah MHA. Belajar dari kasus MIFEE, dapat dikatakan bahwa perolehan tanah ulayat MHA ditempuh tanpa didasari *Free, Prior, and Informed Consent (FPIC)*, yang mensyaratkan (1) bahwa kesepakatan dicapai secara sukarela tanpa paksaan, tekanan, dan tipu muslihat; (2) informasi terkait perencanaan, pelaksanaan, monitoring, dan evaluasi disampaikan sejak awal; (3) informasi

harus dapat dipahami secara jelas dan diberikan dalam waktu yang cukup; (4) setelah memahami kegiatan yang diusahakan, MHA dapat menolak atau meminta dilakukan modifikasi. Kesepakatan harus disampaikan kepada seluruh anggota MHA menurut tata cara hukum adat yang berlaku.

Ketika FPIC tidak ditempuh dan unsur “*free*” dari segala tekanan, intimidasi, bujuk rayu tidak dipatuhi, maka pada hakikatnya sudah terjadi pelanggaran terhadap syarat subjektif sahnya perjanjian menurut Pasal 1320 KUHPerdara. Syarat “kesepakatan” dilanggar jika salah satu unsur terpenuhi, yakni paksaan, tipu daya, kekhilafan. Akibat hukumnya adalah bahwa “perjanjian” yang ditempuh dapat dimintakan pembatalannya/dibatalkan. Sayangnya yang menjadi masalah adalah, apakah MHA memahami hal-hal teknis yuridis yang mendasar seperti ini?

Sementara itu, pada beberapa kasus lain di Papua, dikeluhkan oleh pihak yang memerlukan tanah bahwa ganti kerugian yang telah diberikan itu dituntut kembali oleh kelompok MHA yang berbeda. Tanpa bermaksud menyederhanakan

permasalahannya, tampaknya hubungan antara MHA dan tanahnya tidak selalu mudah dilihat/tampak secara langsung. Sebidang tanah di Papua bisa saja dihuni bersama-sama oleh beberapa *fam* (ada yang “asli”, ada yang “menumpang” atau sembunyi, sebagai akibat peperangan masa lalu, dan lain sebagainya). Jika kompensasi diterima oleh *fam* yang “menumpang”, tentu *fam* “asli” menuntut. Demikian pula bila batas alam berubah, dapat menimbulkan permasalahan.⁴⁴ Oleh karena itu, di sinilah pentingnya memahami struktur kemasyarakatan MHA yang bersangkutan untuk mengetahui siapa yang berwenang mengambil keputusan atas nama seluruh anggota MHA. Dalam rangka memahami hal tersebut, diperlukan informasi geografis dan demografis dari MHA yang bersangkutan dengan cara *participatory mapping*. Demikian pula untuk menghindari terjadinya hal-hal yang tidak dikehendaki seperti di atas, kehadiran dan pendampingan oleh pihak-pihak yang memahami seluk beluk MHA yang bersangkutan

⁴⁴ Sebagai contoh misalnya konflik batas wilayah adat antara masyarakat Desa Muara Ponaq dan Desa Muara Tae di Kabupaten Kutai Barat sebagai dampak pemanfaatan MHA oleh PT. Munte Wani Jaya Perkasa sekitar pertengahan tahun 2011.

sangat diperlukan.

Berurusan dengan tanah ulayat MHA tidak selesai dengan pemberian kompensasi yang adil atas pemanfaatan tanah mereka. Upaya ekstra dan terus menerus perlu dilakukan dalam rangka pemenuhan hak MHA lainnya sebagai penunjang, antara lain hak atas pendidikan dan kesehatan bagi masyarakat Papua yang masih merupakan pekerjaan rumah besar bagi Pemerintah. Pengadaan lapangan kerja tanpa terpenuhinya tenaga terampil, tetap akan mengakibatkan dominasi “pendatang” terhadap masyarakat tempatan. Dan hal ini akan menimbulkan persoalan ketidakadilan dalam bentuk lain.

Penutup dan Rekomendasi

Uraian di atas menunjukkan bahwa ada hal-hal krusial yang perlu dilakukan agar supaya ketidakadilan dalam pemanfaatan tanah ulayat MHA dapat diminimalisasi. Penyisipan ataupun penyempurnaan “aturan main” untuk tercapainya kompensasi yang adil atas pemanfaatan tanah ulayat merupakan hal yang

paling mendesak. Berbagai rekomendasi yang diberikan oleh penulis **pertama**, perlu didorong pengesahan RUU Pengakuan Hak Masyarakat Hukum Adat dan RUU Pertanahan. Terkait dengan formulasi kompensasi yang adil atas pemanfaatan tanah ulayat MHA, perlu didorong penerbitan pedomannya dalam Standar Penilaian Indonesia. Demikian juga diperlukan adanya FPIC dalam setiap kesepakatan terkait pemanfaatan tanah ulayat oleh pihak lain.

Kedua, upaya penyelesaian pendaftaran seluruh bidang tanah di Indonesia pada tahun 2025 hendaknya tidak menghentikan upaya pemetaan partisipatif atas tanah-tanah ulayat MHA karena upaya ini dapat mendukung pekerjaan rumah besar menuju tahun 2025 dengan catatan bahwa diperlukan kehati-hatian dalam pendaftaran tanah ulayat MHA. Pendaftaran tanah ulayat bagi MHA yang kewenangannya bersifat publik sekaligus perdata itu berbeda dengan pendaftaran tanah ulayat MHA yang kewenangannya beraspek perdata belaka. Kekeliruan dalam memahami subyek hak ulayat beserta kewenangannya

berpotensi membuka konflik horisontal di kalangan MHA yang bersangkutan.

Ketiga, kehadiran pendamping MHA diperlukan dalam negosiasi pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan komersial mengingat posisi tawar yang tidak seimbang antara pihak yang memerlukan tanah dan MHA. Keberadaan pendamping juga bermanfaat untuk memberikan pemahaman yang benar bagi pihak ketiga terkait seluk beluk MHA yang bersangkutan.

Keempat, peran penilai dalam penilaian ganti kerugian bagi MHA atas tanah ulayatnya seperti yang diberlakukan terhadap tanah-tanah orang perorangan sebagaimana diatur dalam UU No. 2 Tahun 2012 dan peraturan pelaksanaannya perlu didorong mengingat bahwa pemberian kompensasi atas pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan komersial merupakan hal yang krusial untuk segera ditindaklanjuti. Dalam hal penilai belum dapat berperan untuk mendampingi Masyarakat Hukum Adat, pedoman pemberian ganti kerugian bagi tanah ulayat MHA yang seharusnya dimuat dalam Standar Penilaian Indonesia dapat

dimuat dalam peraturan daerah untuk dijadikan acuan dalam menilai ganti kerugian tanah MHA dengan pendampingan dari pihak yang dapat memahami pedoman tersebut, misalnya ahli-ahli terkait atau akademisi. Menghormati hak MHA atas tanah, wilayah serta SDA yang terdapat di atasnya merupakan langkah awal; melindungi dan mengusahakan terpenuhinya hak tersebut merupakan keniscayaan.

DAFTAR PUSTAKA

Pluralisme Hukum dalam Pengaturan Sumberdaya Alam di Indonesia: Adaptasi, Harmonisasi dan Agenda ke Depan

- Benda-Beckman, F Von dan M van der Velde (eds), 1992, *Law as a Resource in Agrarian Struggles*", Agricultural University, Wageningen.
- Gautama, Sudargo, 1993, *Tafsiran Undang-undang Pokok Agraria*", cetakan ke-9, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Harsono, Boedi, 1999, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan UUPA, Isi dan Pelaksanaannya*", cetakan ke-8, Djambatan, Jakarta.
- Hammar, Roberth K.R., 2011, *Implementasi Penataan Ruang terhadap Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat di Kabupaten*

Manokwari, Provinsi Papua Barat, Disertasi, Program Pascasarjana Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 2011.

Ismail, Nurhasan, 2007, *Perkembangan Hukum Pertanahan, Pendekatan Ekonomi-Politik*”, HuMa dan Magister Hukum UGM, Jakarta.

Jenie, Siti Ismiati, “Itikad Baik: Perkembangan dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum di Indonesia”, *Pidato*, Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 10 September 2007

MD, Mahfud, 1998, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta.

Masinambow, EKM (ed), 2000, *Hukum dan Kemajemukan Budaya*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.

Sumardjono, Maria S.W., Nurhasan Ismail, Ernani Rustiadi, Abdullah Aman Damai, 2014, *Pengaturan Sumber Daya Alam Di Indonesia: Antara yang Tersurat dan Tersirat (Kajian Kritis Undang-Undang Terkait Penataan Ruang dan Sumber Daya*

Alam), cetakan ke-2, Fakultas Hukum UGM dan Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.

Sumardjono, Maria S.W., "Menghadirkan Negara", *Kompas*, 23 September 2016.

_____, 2009, *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya*, cetakan ke-2, Penerbit Kompas, Jakarta.

_____, 2014, *Semangat Konstitusi dan Alokasi yang Adil atas Sumberdaya Alam*, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta.

Safitri, Myrna A., (ed), 2011, *Untuk Apa Pluralisme Hukum?*, Epistema Institute, HuMa, Forest Peoples Programme, Jakarta.

_____, "Mencari Perusak Hutan", *Kompas*, 10 Maret 2015.

Sulastriyono, *Hukum Sumber Daya Air: Studi Pengelolaan Sumber Daya Air Berbasis Kearifan Lokal*, Disertasi, Program Pascasarjana Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 2011.

Suhariningsih, 2009, *Tanah Terlantar, Asas dan Pembaharuan Konsep Menuju Penertiban*, Prestasi Pustaka, Jakarta.

Simarmata, Rikardo, 2014, *Pluralisme Hukum dan Isu-isu yang Menyertainya*", Perkumpulan HuMa, Jakarta.

Ter Haar B, Bzn, 1994, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat*, cetakan ke-11, Pradnya Paramita, Jakarta.

Warman, Kurnia, 2010, *Hukum Agraria dalam Masyarakat Majemuk*, HuMa, Van Vollenhoven Institute dan KITLV, Jakarta.

Zakaria, Yando R, "Membayar Utang Konstitusi", *Kompas*, 28 Juni 2017.

Majalah Tempo, 6-12 Februari 2017, hlm. 68-71.

Kompensasi yang Adil atas Pemanfaatan Tanah Ulayat Masyarakat Hukum Adat: Belajar dari Kasus *Merauke Intergrated Food and Energy Estate* (MIFEE)

Effendi, Ariff Erman, *Analisis Nilai Ganti Kerugian Berbasis Standar Penilaian Indonesia 306 Dalam Rangka Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum (Studi Kasus Jalan Tol Ruas Depok-Antasari di Wilayah Krukut, Depok)*, Tesis S2 Program studi Magister Ekonomika Pembangunan UGM, Yogyakarta, 2015.

Mancayo, Andika Sutan dan Nurul Firmansyah, 2014, *Mengenal Pilihan - Pilihan Hukum Daerah untuk Pengakuan Masyarakat Hukum Adat*, Perkumpulan HuMa Indonesia, Jakarta.

Sulistyaningrum, Dyah Laily, *Valuasi Nilai Kerusakan Hutan Lindung akibat Penggunaan kawasan hutan dan kesesuaiannya dengan Tarif Penerimaan Negara Bukan Pajak Penggunaan Kawasan Hutan*, Tesis

S2, Magister Ekonomika Pembangunan
UGM, Yogyakarta, 2016.

Sumardjono, Maria S.W., Nurhasan Ismail,
Ernan Rustiadi, Abdullah Aman Damai,
2014, *Pengaturan Sumber Daya Alam
Di Indonesia: Antara yang Tersurat dan
Tersirat (Kajian Kritis Undang-Undang
Terkait Penataan Ruang dan Sumber
Daya Alam)*, cetakan kedua, FH UGM
bekerjasama dengan Gadjah Mada
University Press, 2014.

Sumardjono, Maria S.W., 2015, *Semangat
Konstitusi dan Alokasi yang Adil atas SDA*,
Penerbit FH UGM, Yogyakarta.

Zakaria, Yando R, Emilianus Ola Kleden, Y.L.
Franky, 2011, *MIFEE: Tak Terjangkau
Angan Malind*, Yayasan PUSAKA, Jakarta.

Tim Kajian Harmonisasi Peraturan Perundang-
undangan Sumber Daya Alam dan Ling-
kungan Hidup, 2016, *Harmonisasi Un-
dang-Undang Sumber Daya Alam dan
Lingkungan Hidup*, KPK RI, Jakarta.

Tim Inkuiri Nasional Komnas HAM, 2016, *Inkuiri
Nasional Komnas HAM, Hak Masyarakat*

Hukum Adat atas Wilayahnya di Kawasan Hutan, Jakarta.

<https://awasmiffee.potager.org/?p=343&lang=id> (Mei, 2013).

<https://awasmiffee.potager.org/%3Fp=1397/?paged=17&lang=id> (Juli 2013).

<http://www.indonesiabiru.com/memperluas-solidaritas-ruang-melawan-ekspansi-i->

Free, Prior and Informed Consent, an Indigenous Peoples' Right and a Good Practice for Local Communities (FAO)

SECTION 1: FUNDAMENTALS

SECTION 1 Fundamentals

1.1. Who are Indigenous Peoples?

The development of a single definition of Indigenous Peoples that is applicable to all of them in the world, has proved to be extremely difficult, due to the diversity between regions and countries, and the differences in background, culture, history and conditions of indigenous communities. However, in accordance with international legal agreements such as the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), the International Labour Organization (ILO) Convention 169 and the *Policy on Indigenous and Tribal Peoples* by the Food and Agriculture Organization (FAO), Indigenous Peoples share the following characteristics:

- They self-identify as indigenous and in some cases are recognised by other groups, or by State authorities, as having a distinct collective identity;
- They have ancient historical ties with respect to living in and using a specific territory;
- Their cultural distinctiveness is voluntary and handed down through generations. This may include aspects of language, social organization, religion and spiritual values, modes of production, laws and institutions; and
- They have experienced or are experiencing subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination.

It should be noted that the recognition or identification of certain collectivities as

"Indigenous Peoples" shall not be dependent on whether the national government has recognized them as such.

The term "Indigenous Peoples" in plural was internationally agreed by Indigenous Peoples to encompass diverse collectives that also fit the characteristics outlined in the working definition (above). It can include tribes, first peoples/nations, aboriginals, ethnic groups, adivasi, janajati, or occupational and geographical terms like hunter-gatherers, nomads, peasants, and hill people.

1.2. What is Free, Prior and Informed Consent? Who has the right to it?

All Peoples have the right to self-determination. It is a fundamental principle in international law, embodied in the Charter of the United Nations and the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The standard, Free, Prior and Informed Consent (FPIC), as well as Indigenous Peoples' rights to lands, territories and natural resources are embedded within the universal right to self-determination. The normative framework for FPIC consists of a series of international legal instruments including the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), the International Labour Organization Convention 169 (ILO 169), and the Convention on

1

* Tidak semua substansi guidelines ini dimuat untuk alasan kepraktisan

Biological Diversity (CBD), among many others, as well as national laws (*please see section 3 for additional details*).

Box 1

Article 1. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights.

"All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development."

FPIC is a specific right that pertains to Indigenous Peoples and is recognized in the UNDRIP. It allows them to give or withhold consent to a project that may affect them or their territories. Once they have given their consent, they can withdraw it at any stage. Furthermore, FPIC enables them to negotiate the conditions under which the project will be designed, implemented, monitored and evaluated.

Organizations contributing to this manual hold the view that all project-affected peoples have the right to be part of decision-making processes in ways that are consistent with the principles underlying the right of FPIC. It is recommended that organizations seeking FPIC contribute to progressively enable peoples to exercise their right to self-determination and the capacity of states (at all levels) to provide for the exercise of that right.

FPIC is not just a result of a process to obtain consent to a particular project; it is also a process in itself, and one by which Indigenous Peoples are able to conduct their own independent and collective

Box 2

A view on the need to apply FPIC to all communities (by Action Aid)

FPIC is an essential tool/approach to protect the rights (human, environmental, land and customary) of all affected communities, especially the most vulnerable ones.

Prior to project implementation, FPIC ensures that the identification of affected communities, using participatory assessments to understand and document the socio-demographics, and the historical, political, and cultural dynamics of the area.

The FPIC process guarantees the equal consideration of the various perspectives held within affected communities, through inclusive decision-making processes.

discussions and decision-making. They do so in an environment where they do not feel intimidated, and where they have sufficient time to discuss in their own language, and in a culturally appropriate way, on matters affecting their rights, lands, natural resources, territories, livelihoods, knowledge, social fabric, traditions, governance systems, and culture or heritage (tangible and intangible).

Lastly, it is also important to underline that the FPIC process does not guarantee consent as a result. The result of an FPIC process can be any of the following outcomes: consent from the Indigenous Peoples' community on the proposed activity; consent after negotiation and change of the conditions under which the project will be planned, implemented, monitored and evaluated; or the withholding of consent. It is also important to bear in mind that consent, once given, can also be withdrawn at any stage.

Box 3

Participation is a Human Right

While participation has the potential to bring tremendous benefits to development projects or programs, the concept of participation is also firmly rooted in human rights principles and international law.

Participation is based on the key human rights principles of individual autonomy and self-determination as part of basic human dignity. Human dignity differs conceptually from ideas often traditionally used in development, such as ‘satisfaction’ or ‘welfare,’ in stressing active choice as opposed to making people “passive recipients of benefit”.

Participation at all stages of development is grounded in the first article of both the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), which states that all peoples have the right to self-determination and that “by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.” Participation is then further emphasised in the right to participation in public affairs articulated in ICCPR Article 25.

Furthermore, according to the Declaration on the Right to Development, people not only have an inalienable right to development, but also to “active, free and meaningful participation” in said development. This would include every facet of development work, from government-initiated infrastructure projects, to World Bank Education for all projects and initiatives, to NGOs implementing projects.

According to the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), this right involves expressing policy ideas, choosing policies, and implementing, monitoring and evaluating policy. Expert involvement in these stages should be transparent and presented in such a way that is understood by all parties. In order to ensure that people can participate, a minimum level of economic security must be ensured, capacity building activities (including human rights education) must occur and civil society should be allowed to flourish through

guaranteeing freedom of association and other civil and political rights.

Thus, rights to freedom of expression and information, freedom of association and assembly, and the right to participate in cultural life are key rights not just in and of themselves, but for ensuring meaningful participation.

Several other international conventions have strengthened participation for particular groups, including women, disabled people, children, minorities and indigenous peoples. One area in which significant progress has been made in recognizing the right to participation has been with indigenous peoples.

Historically, indigenous peoples have been forced off their ancestral lands to make way for large infrastructure projects, resource extraction ventures, or other so-called development initiatives. Without access to the land on which they depend, many end up in extreme poverty. In recognizing the unique identity of indigenous peoples, international law affirms that they have the right to decide their own future to ensure their cultural and physical survival. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) declares indigenous people’s particular rights to “free, prior, and informed consent” (FPIC) [in matters which affect their lives and livelihood](#) (UN General Assembly, 2007).

There are several populations that are often marginalized from participation in decision-making. These include women, the poor, ethnic or religious minorities. Article 2 of the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities affirms that “persons belonging to minorities have the right to participate effectively in cultural, religious, social, economic and public life” (UN General Assembly, 1992b). The right to participate has also been included in several conventions regarding specific topical areas, most notably health and the environment.

1.3. Key elements in Free, Prior and Informed Consent

All elements within FPIC are interlinked, and they should not be treated as separate elements. The first three elements (*free, prior and informed*) qualify and set the conditions of consent as a decision-making process. In short, consent should be sought before any project, plan or action takes place (*prior*), it should be independently decided upon (*free*) and based on accurate, timely and sufficient information provided in a culturally appropriate way (*informed*) for it to be considered a valid result or outcome of a collective decision-making process.

The definitions below build on the elements of a common understanding of free, prior and informed consent endorsed by the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues (UNPFII) at its Fourth Session in 2005, and from the UN-REDD Programme Guidelines on Free, Prior and Informed Consent.

➤ **Free** refers to a consent given voluntarily and without coercion, intimidation or manipulation. It also refers to a process that is self-directed by the community from whom consent is being sought, unencumbered by coercion, expectations or timelines that are externally imposed. More specifically:

- Rights-holders determine the process, timeline and decision-making structure;
- Information is offered transparently and objectively at the request of the rights-holders;
- The process is free from coercion, bias, conditions, bribery or rewards;
- Meetings and decisions take place at locations and times and in languages and formats determined by the rights-holders; and

- All community members are free to participate regardless of gender, age or standing.

➤ **Prior** means that consent is sought sufficiently in advance of any authorization or commencement of activities, at the early stages of a development or investment plan, and not only when the need arises to obtain approval from the community. It should be noted that:

- Prior implies that time is provided to understand, access, and analyze information on the proposed activity. The amount of time required will depend on the decision-making processes of the rights-holders;

- Information must be provided before activities can be initiated, at the beginning or initiation of an activity, process or phase of implementation, including conceptualization, design, proposal, information, execution, and following evaluation; and

- The decision-making timeline established by the rights-holders must be respected, as it reflects the time needed to understand, analyze, and evaluate the activities under consideration in accordance with their own customs.

➤ **Informed** refers mainly to the nature of the engagement and type of information that should be provided prior to seeking consent and also as part of the ongoing consent process. Information should be:

- Accessible, clear, consistent, accurate, and transparent;
- Delivered in the local language and in a culturally appropriate format (including radio, traditional/local media, video, graphics, documentaries, photos, oral presentations, or new media);
- Objective, covering both the positive and negative potential of the proposed activities and consequences of giving or withholding consent;

- Complete, including a preliminary assessment of the possible economic, social, cultural and environmental impacts, including potential risks and benefits;
- Complete, including the nature, size, pace, duration, reversibility and scope of any proposed project, its purpose and the location of areas that will be affected;
- Delivered by culturally appropriate personnel, in culturally appropriate locations, and include capacity building of indigenous or local trainers;
- Delivered with sufficient time to be understood and verified;
- Accessible to the most remote, rural communities, including youth, women, the elderly and persons with disabilities, who are sometimes neglected; and
- Provided in an ongoing and continuous basis throughout the FPIC process, with a view to enhancing local communication and decision making processes.

» **Consent** refers to the collective decision made by the rights-holders and reached through the customary decision-making processes of the affected Indigenous Peoples or communities. Consent must be sought and granted or withheld according to the unique formal or informal political-administrative dynamic of each community. Indigenous peoples and local communities must be able to participate through their own freely chosen representatives, while ensuring the participation of youth, women, the elderly and persons with disabilities as much as possible. In particular consent is:

- A freely given decision that may be a “Yes”, a “No”, or a “Yes with conditions”, including the option to reconsider if the proposed activities change or if new information relevant to the proposed activities emerges;
- A collective decision (e.g. through consensus or majority) determined by the affected peoples in accordance with their own customs and traditions;
- The expression of rights (to self-determination, lands, resources and territories, culture); and
- Given or withheld in phases, over specific periods of time for distinct stages or phases of the project activities. It is not a one-off process.

Box 4

An example of bad practice - from the field

After a flood, the Government asked an organization to provide emergency assistance in the form of tools, seeds, and livelihood support to the affected areas. One of these areas was inhabited by Indigenous Peoples. When officers in the technical division requested FPIC implementation, the project manager replied that it had been already completed as they had the agreement by the administrative authority in the region.

The technical officers explained to the project manager that this was exactly the opposite of FPIC, and that the letter by one administrative authority was not a substitute of FPIC. A true FPIC process meant disclosing the terms of the project in the local language with the community, involving the youth, women, the elderly and persons with disabilities, and allowing sufficient time for them to discuss in their local language. It also meant allowing for the Indigenous community to revert back to the project manager with a consolidated consent or withheld consent to the proposed interventions, and proposals of how they would participate during the implementation of the project.

Information provided by FAO

1.4. When is Free, Prior and Informed Consent (FPIC) required?

FPIC is required prior the approval and/or commencement of any project that may affect the lands, territories and resources that Indigenous Peoples customarily own, occupy or otherwise use in view of their collective rights to self-determination and to their lands, territories, natural resources and related properties.

This manual is intended as a practical approach to this right. Project developers should carefully consider as well local communities who in many cases co-habit the areas with Indigenous Peoples. In some instances, project managers will also face the situation where state institutions do not recognise FPIC. In such cases it is important to involve the authorities in the process and indicate the benefits while linking discussions to the International Legal Framework and eventual recognition by the country through declarations, conventions and/or treaties (please refer to annex 5).

1.5. What are the benefits of the FPIC process?

Development activities can be carried out based on needs and priorities, and in line with the rights of Indigenous Peoples

which per se represents an incomparable benefit for all stakeholders involved in any given project intervention.

Inclusive participation throughout all stages of a project helps to maintain consent, minimizes risks (such as disputes and other forms of conflict, harm to Indigenous Peoples and their territories, or damage to the reputation of the implementing organization), allows the building of a trust-

Box 5

Examples of project interventions that affect Indigenous Peoples and require FPIC

A project aims to improve the livestock productivity and irrigation of farms located upstream on a river. The project's waste management methods could affect the water quality and therefore the health of Indigenous Peoples, and the water diversion for improved irrigation could impact Indigenous Peoples by reducing the volume of water accessible to them and their lands, or the fish and animal habitat on which they customarily rely.

An aquaculture project will introduce a new fish variety that would be more affordable for consumers to buy. If the project's fish escape or are accidentally released into wild fish habitat, they could destroy the habitat, inter-breed with and affect the genetic integrity of the wild fish stocks that are vital to Indigenous Peoples' food security and nutrition, cultural practices and the exercise of their customary fishing and subsistence rights.

A project aims to plant some monoculture plantations as a means of reforestation with cash crops and to improve the livelihoods of small farmers and landless peasants. The resulting loss of biodiversity (from replacing instead of improving the remaining forest and its management), and the impacts on the environment due to, e.g., the majority of the project's pesticides and herbicides affecting non-targeted species (and human communities) in areas *outside* of the immediate project area, could affect Indigenous Peoples' food systems, health and livelihoods.

based relationship, informs project managers on how to better target beneficiaries' needs and expectations, and strengthens possibilities for future collaboration.

For Indigenous Peoples themselves, FPIC is a tool to ensure that their priorities are taken into account. The process allows them to be well informed about all aspects of the project that will affect them, to exercise control and manage their lands and territories, and to command respect for their cultural identity and self-determination, especially regarding their right to development as distinct peoples. ■

Box 7

Benefits of FPIC

"Like a deep mountain lake, each FPIC process is a reflection of its surroundings, and no two are alike. When respected, it provides many benefits to everyone, and though it is not an easy hike, the view is worth the climb".

Box 8

Case from the field - Niyamgiri, India

In 2013, the Supreme Court of India issued a precedent-setting directive re-affirming the rights of forest-dwelling indigenous or tribal peoples, including their customary use of their forests and natural resources, as recognized in the Forest Rights Act of 2006. The directive emphasized the importance of tribal peoples' traditional decision-making processes (Gram Sabha or Village Council meetings) and their ultimate authority to give or withhold consent to bauxite mining activities by Vedanta/Sterlite, Ltd. in their homelands and its areas rich in biodiversity, medicinal plants and spiritual significance – namely, the range of densely forested hills known as Niyamgiri (the abode and embodiment of Niyam Raja, the living deity of the Dongria and Kutia Kondh tribal communities), in Odisha.

As a result, 12 Gram Sabhas were organized for broad participation. The Gram Sabha took place over a period of more than a month in heavy rains and during a busy cultivation schedule. Women were the majority in most of the gatherings. Well before the Gram Sabha, Action Aid facilitated the process of FPIC for the community members by distributing information related to the mining activities, in leaflet, pamphlet

and poster formats in the local language, and by meeting with and orienting village members – ensuring the "Prior and Informed" aspects of FPIC. The State and Central governments assisted, and the Supreme Court decision ensured the "Free" aspect of FPIC by prohibiting project proponents from being anywhere near council meetings, in this way, ensuring that the decision would be uninfluenced by them.

The Gram Sabha unanimously decided that the mining in Niyamgiri would infringe on the cultural, religious, community and individual rights of local forest dwellers. The decision by the Gram Sabha to withhold consent of the mining activities protected the peoples' customary uses of Niyamgiri and, in turn, set a precedent for peoples throughout the country struggling to protect their homelands and sacred sites.

Words from the Gram Sabha: "Niyamgiri hill range is our resource and Niyam Raja is our God. The hills offer us food, water and livelihood throughout the year and we are not going to abandon it".

Information adapted from a report provided by Action Aid.

SECTION 2

Implementing Free, Prior and Informed Consent (FPIC)

An FPIC process will vary according to the specific local context in which a project is to be developed. It may also be the case that the Indigenous Peoples affected already have their own FPIC guidelines. That said, in any given

FPIC process, it is equally important to assess the qualitative aspects as well as the time devoted to it, with the following six key steps that any project manager must consider within different phases of the project cycle:



The above process will need human and financial resources, and time, though it should not entail higher additional costs than the ones associated with

the process of stakeholder engagement that any project or programme should undertake in proportion to the project scale (see annexes for more details). ■

STEP 1

2.1. IDENTIFY THE INDIGENOUS PEOPLES CONCERNED AND THEIR REPRESENTATIVES

You want to know who you will be interacting with and what kind of decision making structure the community(ies) follow. Are they going to consider the project? Do not forget the role of the state and if there are applicable laws in relation to FPIC.

1 Find out which Indigenous Peoples could be affected by the project, by using diverse sources of information such as: Indigenous peoples' self-governance entities; community-based organizations; national or regional confederations, councils and organizations; universities and research institutions; non-profit organizations and NGOs; and official national censuses (if available).

2 Carry out interviews and talks in and around the project area to identify indigenous communities in order to understand their language, customs, land usage patterns and their rights regarding the territory (see Annex 3 for more information). Document and disaggregate data for each of the respective Indigenous Peoples' communities that could be affected. Identify women affected by the project, and any challenges to their participation in the interviews.

3 Cross-check the existence of mobile communities that migrate seasonally across a territory depending on their mode of livelihood. Examples include hunter-gatherers, pastoralists,

shifting agriculturalists and temporary labourers. Also, bordering communities may also have claims to the land within the project area or to the resources affected by the activities therein (e.g. water), or they may make seasonal use of these resources or have other forms of tenure relationships with people living inside the targeted project area.

4 Approach the Indigenous Peoples' self-governance systems and structures traditional chiefs, specialized councils and autonomous governments and parliaments, if any, in order to identify their representatives who are individuals and institutions of their own choice, and who are accountable and legitimate to those they represent, in consultation, negotiation, decision-making and consent-seeking. In case there are none, it is recommended to follow a participatory approach with the whole community.

5 Explain whom you represent, your mandate and the nature of the project, your intention to respect FPIC in relations with the community, and a draft timeline of the steps that could lead from initial talks to negotiation, and to a final decision by the community.

6 Encourage broader community participation where the chosen mode of representation excludes women, youth, the elderly, disabled or other marginalized groups, prior to each stage of negotiation and discussions. Request separate talks to reach consent with particular groups, but do not assume that these groups or their views are homogeneous. Sometimes special measures might be required to create safe spaces

that are also convenient for women to participate. In some cases local communities cohabit with Indigenous Peoples in a particular area. In those instances, it is recommended to involve the multiple communities in the FPIC process, provided that they are in agreement.

7 **Research local laws in relation to Free, Prior and Informed Consent (FPIC)** in order to (i) involve local authorities and (ii) be prepared before approaching Indigenous Peoples' self-governance systems and structures (see Annex 5 for more information). ■

Box 9

Indigenous Peoples' governance systems

Many Indigenous Peoples have governance systems that are still intact, and function with varying degrees of autonomy in relation to the national government. Examples include the governance systems of the Kuna in Kuna Yala (Panama), who

are governed by a Kuna General Congress and have legislators who participate in the National Assembly, or the Sami in northern Norway, Sweden, Finland, and Russia, who have representative Sami Parliaments in their respective countries.

STEP 2

2.2. DOCUMENT GEOGRAPHIC AND DEMOGRAPHIC INFORMATION THROUGH PARTICIPATORY MAPPING

You want to know where Indigenous Peoples live, what their land and natural resources are and what usage they have, and what their customary

rights are in order to undertake successful rights-holder engagement for your project.

“Participatory mapping is a group-based qualitative research method that gives participants

freedom to shape discussion on a given topic with minimal intervention from researchers. Mapping can generate a rich understanding of the connections between people, places and organizations over space and/or time” - National Center for Public Engagement.

1 **Conduct a participatory mapping and documentation of land usage, natural resources,**

communication channels/media, and customary rights as part of the initial project assessment. If it is unclear which community members are appropriate to engage with at such an early stage, the team should conduct a preliminary mapping that will be developed later on with the appropriate participation from the Indigenous community.

2 Ensure all communities affected are equally involved in the participatory mapping, as well as in the rest of the FPIC process. The maps must be made with the full awareness and agreement of, and under the control of, the communities and other parties involved. They must also be verified with neighbouring communities to avoid exacerbating or triggering land disputes.

3 Document land usage and natural resources (geographic and demographic information), considering Indigenous Peoples culturally distinct

Box 10

Ascertain the legal status of the land

The purpose of this step is to determine who has rights over the targeted area of the project both in state and under customary rights law. This is not linked with the rights to FPIC, and is particularly relevant where customary rights are not recognised and where multiple rights holders, both formal and informal, have claims on the same land. The legal status should be examined for all parts of the targeted project area as well as bordering zones as this might impact the project.

Box 11 What are customary rights?

Customary rights derive from customary law, a set of usually unwritten rules that draw their authority from tradition. Customary laws govern a wide range of issues, including family relations, property law, and use and ownership of land and natural resources. Customary land tenure refers to the systems that many rural communities use to express and regulate ownership, management, use, access and transfer of land and the natural resources therein. Customary tenure is often intricately bound with local conceptions of kinship, generational descent and broader social definitions of the role and rights of individuals and groups within the community.

Customary laws and rights derive from the community rather than the state (statutory law), and although on the ground, the two systems frequently overlap, customary rights are not always recognized or given equal weight by the state. Customary rights

may be informal (without formal state recognition), or they may be formal where they are given the force of law by ratified international treaties, by national constitutions, by statutory laws and ordinances, or through court decisions. Customary land rights vary significantly across communities depending on their locations, social organization and modes of livelihood. In some communities, land and natural resources may be collectively owned, used and managed on an egalitarian basis (sometimes referred to as the 'commons' of customary tenure). Frequently, rights are 'nested' – for example, where individual or family farmlands are held within wider communal territories. Lands and natural resources also have social, cultural, spiritual, economic, environmental and political value to Indigenous Peoples and other communities with customary tenure systems.

understanding of their territory and landscape and bearing in mind that certain culturally sensitive areas could be “off-limits” for detailed discussion, and some areas could be subject to issues for which it is recommended to ascertain its legal status.

4 Identify Indigenous Peoples or project team “non-negotiables”, which could include, for example, geographic areas in their territories that are off-limits for conducting a project (such as sacred, spiritual, burial areas, archaeological or historical sites or areas where medicinal plants are harvested); the sharing of traditional knowledge; the introduction of certain technologies; etc.

5 Identify customary rights, spiritual practices or traditional ethical codes, and relevant legal frameworks that should be considered for project formulation and implementation, through community members and through known and trusted individuals from inside or outside of the Indigenous Peoples’ community who usually provide legal support to them. For example, the community may count on judges within their own customary juridical system, or on an outside attorney who focuses on land and governance issues, or on legal scholars who support the community’s engagement with outsiders. ■

STEP 3

2.3. DESIGN A PARTICIPATORY COMMUNICATION PLAN AND CARRY OUT ITERATIVE DISCUSSIONS THROUGH WHICH PROJECT INFORMATION WILL BE DISCLOSED IN A TRANSPARENT WAY

You want the concerned Indigenous Peoples’ to be duly informed in a transparent manner so they can freely decide on the project that your organization would like to implement – this step will shape your FPIC agreement.

1 Communicate effectively with the Indigenous Peoples throughout all stages of the process as per the informed aspect of FPIC. Consider the diverse levels of literacy and interest in the technical aspects of the

project, which will require diverse ways of communication. Ensure that the process is as participatory as possible, and keep community members informed at every step.

2 Develop a participatory communication plan that includes: information needs, communication channels and media (ranging from traditional/local media to ICTs), and communication activities. Apply the Communication for Development Approach and Methods to design the communication activities of the FPIC process. Also ensure:

- Timely provision of materials in formats and languages accessible and intelligible to the

Indigenous Peoples, preferably in their own language; and

- Respect of traditional and customary protocols and dynamics, including norms for both verbal and non-verbal communication. These norms for non-verbal communication can include body language, personal space, eye contact, and pointing with the chin or the mouth instead of with hands or fingers.

3 Carry out effective iterative discussions¹ after approaching Indigenous Peoples with regard to developing a project that could affect them, and once they agree to enter into discussions. Bear in mind the following actions to enable fruitful discussions:

- **Agree with the Indigenous Peoples' on the most convenient time and place for discussions** in their territory, where they may feel safer and more able to express themselves than in an unfamiliar place, and where they have the support of their community to discuss the issues. This includes the right to privacy in negotiations and deliberations for them to discuss and decide freely.
- **Convey to the affected communities their right to say "no" or "we don't know"**, making clear that they are not obliged to make a decision if they are not completely sure. Inform them that they can accept, reject, partially accept, or choose not to give an opinion on a proposal, and can request as much time as they need to decide what is best for them.
- **Document the proceedings and outcomes of the discussions and make them available to all parties.** Institutions or individuals selected

¹ An iterative discussion is one that is repeated several times in progression towards a goal, using the results from the previous talks as a basis for subsequent review, discussion and analysis. The purpose of having iterative discussions in an FPIC process is to share, in a multi-directional process, all relevant information pertaining to the proposed project with relevant actors and rights-holders. With this information, communities are better placed to discuss any modifications necessary to secure their consent, and to decide whether a project should or should not go ahead.

Box 12

Stakeholder engagement

FAO is committed to ensuring meaningful, effective and informed participation of stakeholders in the formulation and implementation of FAO programmes and projects. "Stakeholder" refers to project affected communities and national and local authorities, and where appropriate, other stakeholders.

FAO will consult with project-affected representative communities and/or groups and civil society representatives. Stakeholder engagement, including with Indigenous Peoples, disadvantaged and vulnerable groups, is required in designing, implementing and monitoring individual projects and sub-projects.

Stakeholder engagement is an on-going process that involves in varying degrees the identification and consultation of stakeholders, disclosure, and establishment of a mechanism by which people can make comments on project proposals and performance or raise grievances.

The need for and nature of any specific consultation will be determined on the basis of the stakeholder identification. For example, where Indigenous Peoples are present in a proposed project area or have a collective interest, FAO will undertake special consideration as stipulated in its Environmental and Social Safeguard.

FAO will maintain adequate documented evidence of stakeholder engagement.

by the Indigenous Peoples for decision-making in the FPIC process will not necessarily be the same as the ones who were involved in the preliminary discussions, therefore documenting each proceeding will help to retain consistency in matters discussed even if the participants change. ■

3.1. Resources required to ensure FPIC implementation.

FPIC mainstreaming within an organization requires human resources, the building of capacities and an established feedback and complaints mechanism.

➤ **Establish human resources capacity.** In general, an organization willing to integrate FPIC in their policies and guidelines will need professionals at their head office to develop the required policies and guidance material for project implementation, and move over to build the capacity of field personnel.

➤ **The feedback and complaints mechanism** in an FPIC process requires that the organization is able to address concerns that cannot be resolved through locally established feedback and complaints mechanisms in an independent and transparent manner.

Organizations should also provide a channel to resolve conflicts, and since FPIC is an on-going process that continues throughout the life of a project, an overarching structure for feedbacks and complaints can facilitate its incorporation into projects themselves.

Defined timeframes should accompany each step of a feedback mechanism to ensure that issues are addressed according to a schedule that suits parties involved. The overall process relies on accessible channels, trusted processes and clear steps that parties understand how to use.

➤ **Capacity building and guidance.** A successful FPIC process is accomplished when an organization has personnel able to implement the according policies and guides in their day-to-day actions. Therefore, as part of capacity building efforts, an organization should have available training plans and guidance to field practitioners in order to help them follow through effectively and efficiently in

implementing the human rights based approach at the basis of FPIC, an aspect that is covered in Section 2 of this guide: Implementing FPIC.

Box 22

FAO Feedback and Complaints Mechanism

FAO facilitates the resolution of concerns of beneficiaries of its programmes regarding alleged or potential violations of FAO's social and environmental commitments. For this purpose, concerns may be communicated in accordance with the eligibility criteria of the Guidelines for Compliance Reviews

Following Complaints Related to the Organization's Environmental and Social Standards, which applies to all FAO programmes and projects.

Concerns must be addressed at the closest appropriate level, i.e. at the programme management/technical level, and if necessary at the Regional Office level. If a concern or grievance cannot be resolved through consultations and measures at the project management level, a complaint requesting a Compliance Review may be filed with the Office of the Inspector-General (OIG) who has the mandate to independently review complaints in accordance with the Guidelines for Compliance Reviews effective as of March 2015.

The agreement should include the following:

- Signatory parties and/or customary binding practice that will be used to close the agreement, indicating the chosen representatives, their role in the community, how they were chosen, their responsibility and role as representatives;
- Mutually agreed substantive evidence of consent;
- Summary of project information (duration, area of influence, objectives);
- Communication arrangements:

> the best way to communicate with the representatives (language spoken, level of literacy, any etiquette to be followed in the case of communicating with an elder or with a spiritual/religious figure);

> how the representatives will ensure that they speak for the community as a whole, taking into consideration possibly marginalized groups such as women, youth, the elderly or disabled individuals;

> how the dialogue will be shared with constituents and how their inputs will be solicited for decisions in progress;

- Agreed feedback and complaints mechanism, and provision of access to remedy;
- Monitoring and evaluation plan;
- Terms for withdrawal of consent; and
- Independent verification provisions.

Monitoring and evaluating the agreement

Jointly define modes of monitoring and verifying agreements as well as their related

procedures: how these tasks will be carried out during project implementation, and the commission of independent periodic reviews (if considered) at intervals satisfactory to all interest groups.

The above includes Indigenous Peoples' input in the design of the monitoring approach, the activities to be monitored, the monitoring methods, how diverse views will be solicited and how results will be recorded and shared with the wider community. Indigenous Peoples' communities should agree on the methods for participatory monitoring and feedback, with full knowledge of the human and financial resources required and available.

Feedback and complaints mechanism

Make available appropriate and inclusive channels for feedback and complaints to Indigenous Peoples and their representatives throughout each phase of the project. Feedback ensures timely information regarding, for example, whether targeting was correct, projects are being implemented appropriately, and what impact they are having, whether intended or unintended, positive or negative. Feedback channels not only respect the right of Indigenous Peoples to have a say, but also very often improve the efficiency and effectiveness of any given project.

In an FPIC process, a feedback and complaints mechanism is fundamental to Indigenous Peoples' operationalization of their right to give or withhold consent, especially during project implementation. By establishing a mutually agreed mechanism, an organization can promptly and transparently address concerns that may arise throughout the life of a project, and support the quality assurance imperatives for project management.

Effective feedback and complaints redress mechanisms should address concerns promptly and fairly, using an understandable and transparent process that is culturally appropriate and readily accessible to all segments of the affected stakeholders, and at no cost and without retribution or the impeding of other administrative or legal remedies.

How to implement the feedback and complaint mechanism with Indigenous Peoples' communities:

- **Agree on how to receive and register feedback and complaints.** This could be through a panel or committee of key representatives and independent advisors, periodic interviews with community members by independent entities, a collection box for written and anonymous feedback, and so forth. Be aware of the underlying power dynamics at play in this process to ensure that the agreed mechanism can be accessed by all groups within the community – especially those marginalized and most vulnerable.

Where customary feedback and complaints mechanisms exist and the communities choose to follow them, this process should be respected as it will make it relevant and meaningful to them.

- **Agree on how to review and investigate complaints.** This should include systems to track and respond to complaints, and relevant time-frames for the complaints-resolution process.

- **Agree on resolution options that are satisfactory to all parties.** These may include forms of compensation, sanctions or restitution.

- **Agree on how feedback and complaints resolution will be monitored and evaluated by all parties.**

- **Inform communities about government adjudication processes and access to justice** in case the complaints cannot be resolved without outside assistance.

Box 13

FAO Commitment on Accountability to Affected Populations

A feedback and complaints mechanism, when well-constructed and carried out, is a means for an organization to ensure a safe and confidential way for people to raise concerns and receive some kind of response. These can range from everyday problems with the quality of the services to serious complaints, such as corruption, misuse of assets, staff misconduct or sexual exploitation and abuse.

Obstacles such as social or cultural restrictions, including those related to gender or a disability, literacy limitations or lack of access

to the systems used to make a complaint should not exclude community members from being able to raise a concern, and access points should be designed with all segments of the community in mind. Complaints and feedback systems need to be tailored to each context with particular attention to the communications environment. Reliable response mechanisms complete the feedback loop by ensuring that complainants receive a timely response to their concerns – even if it means explaining to the complainant the reasons why his/her specific concern cannot be addressed. In order to be effective, these mechanisms need to be carefully explained to communities in ways that account for cultural differences and nuances.

- **Formalize, document and publicize the feedback and complaint process** according to customary norms, and/or through its declaration and registration at an official institution (e.g. a regional or local government office) in forms and languages accessible to all parties, and publicize it.

Note: It is recommended that a local feedback and complaints mechanism be supplemented by a corporate grievance mechanism (when existing) as a last provision for grievances that are not solved locally.

Provision of access to remedy and conflict resolution, and exit strategy

Providing access to conflict resolution mechanisms is essential to fulfil the right to remedy for actors who feel other parties have violated their rights. As with anticipating and establishing feedback and complaints mechanisms, conflict resolution mechanisms should be discussed and developed early on rather than left until eventual disputes occur or consent breaks down.

Access to remedy and conflict resolution is given through:

- **Identification of a professional mediator**, conflict resolution expert or ombudsman to mediate the process with no conflicts of interest and in a manner that is acceptable to all parties, allowing ample time and resources for the process to achieve fair outcomes.
- **Halting operations in the project area** for the duration of the dispute resolution and remedy-seeking process. *This should be included as a specific clause within the final project agreement.*

Certain situations can arise in which the project needs to be suspended. These include facing an

unexpected technical obstacle or a severe breakdown in the relationship with the Indigenous Peoples, who could eventually withdraw their consent. Other situations include natural disasters, military or paramilitary violence, humanitarian crisis, etc.

Box 14

The right to remedy

Under international law, the violation of human rights gives rise to a right to remedy and reparation for the victim(s). Reparation is intended to relieve the suffering of and afford justice to victims "by removing or redressing to the extent possible the consequences of the wrongful acts and by preventing and deterring violations".

In human rights law, the availability of effective remedies is a right in and of itself that complements other recognized rights. Remedies include: restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition.

When a remedy is needed this needs to be documented in forms and languages accessible to all parties, and possible actions include:

- Return or restitution of lands, territories and resources, and other property and intangible resources, taken or affected without the consent of communities;
- Restoration of damaged ecosystems and/or resources;
- Payment for the relinquishment of rights;
- Improved benefits for smallholders and workers;
- Payment in cash or kind for ceded lands or use of lands;

- Compensation for damages and infringements of rights, for losses of livelihood and income and for losses of intangible heritage;
- Payment of the costs of securing reparations, engaging in negotiations and seeking advice;
- Agreement either to permanently suspend operations in the disputed area and/ or proceed with a newly negotiated agreement involving all the requirements of an FPIC process;
- Formal guarantees of non-repetition; and
- Formal procedures and sanctions in the case of repetition.

Agree exit strategy in advance by defining which situations would trigger the halting of activities and an exit from the area where the project is being carried out. The agreement should also include how the project would be stopped if feasible (i.e., gradually or abruptly), how to verify that the stoppage takes place in an agreed manner, and how the project could be revisited and re-started in the future. ■

STEP 5

2.4. CONDUCT PARTICIPATORY MONITORING AND EVALUATION OF THE AGREEMENT

You want to ensure that the agreement reached is properly monitored and evaluated by all interested parties in a transparent and effective manner.

The participation of communities in the monitoring and evaluation of a project within their territories should be guaranteed and provided in the terms and conditions of the binding agreement reached by all parties.

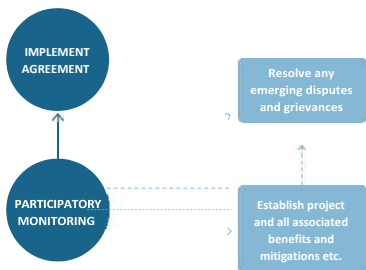
As the Free, Prior and Informed Consent is an ongoing process, the project manager should make sure that the communities affected by the project are informed regularly about its progress, and that they are given frequent opportunities to ask questions, raise concerns and inspect activities taking place on their land.

Key aspects that ensure an effective monitoring process throughout the lifespan of a project that involves Indigenous Peoples are:

- Use of independent monitors acceptable to all parties.
 - Inclusion of diverse voices across the spectrum of rights-holders and other stakeholders, including marginalized groups such as women, the poor, the landless and youth i.e., to ensure their rights are equally respected.
 - Offering respondents anonymity, and maintaining anonymity of inputs where requested.
 - Soliciting feedback on findings. Public sessions can be held to share and discuss the findings of the verification process. This gives community members an opportunity to confirm or contest the findings and to request that a different team repeat the process, if necessary.
-

- Specificity about how problems will be addressed, and at what stage grievance processes will be triggered, should problems emerge during monitoring.

- Establishment of the conditions under which the consent process can be reinitiated and the agreement renegotiated.
- Having a written record of all related activities.



Ensure participation of individuals from the Indigenous Peoples' community in the project task force also, and be flexible in case the Indigenous Peoples decide to make changes to the community members who are part of it.

When incorporating Indigenous individuals in the project team, the project manager should strive for broad participation on the basis of gender and age, bearing in mind Indigenous Peoples' own cultural protocols. ■

STEP 6

2.5. DOCUMENTING LESSONS LEARNED

During the FPIC process, and after it has been completed, it is important to document any lessons learned that can improve future actions. This can better guide the actions of the organization in future projects and diminish future risks and challenges.

For the indigenous community, this documentation underscores the commitment of

the organization to respect Indigenous Peoples' rights, reinforces the trust-based relationship. For this reason, team should work together with the community document what was learned throughout each stage of FPIC process, including both strengths and weaknesses.

This stage also helps to bring a sense of closure and can even facilitate possible future collaborations.

TENTANG PENULIS



Prof. Dr. Maria S.W. Sumardjono, S.H., MCL., MPA. lahir di Yogyakarta, 23 April 1943. Menyelesaikan pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, tahun 1966. Ia

mendapatkan gelar Master of Comparative Law (MCL) dari Southern Methodist University (SMU) Dallas, Texas, tahun 1978. Selain itu ia juga mendapatkan gelar Master of Public Administration (MPA), tahun 1984 dan gelar Doktor (Ph.D) tahun 1988 dari University of Southern California (USC), Los Angeles, California.

Bidang keahlian/minat penelitian: hukum terkait pengelolaan sumberdaya alam, hak-hak masyarakat hukum adat, pengadaan tanah dan pemukiman kembali.

Riwayat karirnya antara lain adalah sebagai berikut: Dekan Fakultas Hukum UGM (1991–1997), Anggota Dewan Riset Nasional (1993–1995), Penasihat Ahli Menteri Negara Agraria/Kepala BPN (1995–2000), Wakil Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia (2002–2005), Anggota Tim Pakar Departemen Hukum dan Perundang–undangan (1998–2000), Lead Expert Land Administration Project (LAP) (1998), Anggota Tim Ahli Panitia Ad Hoc I, BP MPR–RI (Maret–Agustus 2001), Narasumber Panitia Ad Hoc II, BP MPR–RI (2001), Anggota Dewan Pakar Konsorsium Pembaruan Agraria (KPA) (Juli 2009–sekarang), Konsultan Asian Development Bank (ADB) untuk Capacity Building to Support Decentralised Administrative Systems (CB SDAS) (Februari 2000–Januari 2001), Konsultan Asian Development Bank (ADB) untuk National Resettlement Policy Enhancement and Capacity Building, (April–November 2001), Konsultan untuk Environmental Sector Program (ESP) 2, Kementerian Lingkungan Hidup (KLH) – DANIDA (November 2008–Februari 2009), Konsultan untuk SEA in Policy Analysis and

Environmental Planning: Lesson Learned From Pilot Projects, Kementerian Lingkungan Hidup (KLH) – DANIDA (Agustus – September 2009), Konsultan untuk SEA Applied in Development Planning and Policy Analysis, KLH – DANIDA (November 2009–April 2010), Dewan Pengawas Pusat Pengelolaan Komplek Gelanggang Olahraga Bung Karno (PPKGBK) (Desember 2009 – Desember 2014), Konsultan untuk SEA in Policy Analysis and Environmental Planning, KLH – DANIDA (April – Desember 2010), anggota Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia (AIPI) (sejak Juli 2011), Narasumber/Pakar Implementasi NKB Percepatan Penguatan Kawasan Hutan Indonesia, KPK (sejak 2013), Ketua Tim Permasalahan Tanah BUMN (Kementerian BUMN, sejak Januari 2015), Konsultan Asian Development Bank (ADB) untuk Sustainable Infrastructure Assistance Program (25 Maret- 18 Juni 2015). Koordinator Tim Kajian Harmonisasi Undang-Undang terkait Sumberdaya Alam dan Lingkungan Hidup (KPK, 2016), Ketua Kelompok Pakar Bidang Hukum terkait Perizinan, Tanah dan Bangunan, serta Ketenagalistrikan (BPHN, Februari-Oktober 2018).

Koordinator Penyusun RUU Hak Tanggungan (1993), Koordinator Penyusun RUU Ketrasmigrasian (1995), Penyusun Naskah Akademik RPP tentang Mediasi (1999), Penyusun Naskah Akademik dan RUU tentang Pengambilalihan Tanah untuk Kepentingan Pembangunan (2000), Ketua Tim Penyusun Naskah Akademik dan Rancangan Undang – Undang tentang Sumberdaya Agraria (2003), Penyusun Naskah Akademik dan Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Hak Atas Tanah Beserta Bangunan untuk Warga Negara Asing dan Badan Hukum Asing (2008), Koordinator Penyusun Naskah Akademik dan Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Penyelenggaraan Kajian Lingkungan Hidup Strategis (KLHS) (2010), Penyusun Naskah Akademik dan Rancangan Perubahan Undang-Undang No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil (UUPWP-3-K) (2011), Koordinator Penyusun Naskah Akademik dan Rancangan Undang-Undang tentang Pertanahan (2013), Ketua Tim Ahli Penyusunan RUU tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat (DPD RI, Februari - Agustus 2018)

Selain kegiatan-kegiatan di atas, ia banyak mengadakan penelitian, antara lain A Special Study on Policy Impact Assessment: Inland Waterways Transport Project, tahun 1999, yang disponsori oleh Asian Development Bank, Studi tentang Eksistensi Hak Pengusahaan Perairan Pesisir (HP3) dalam UU No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau – Pulau Kecil dan Implikasi Yuridisnya, tahun 2008, kerjasama dengan Departemen Kelautan dan Perikanan Republik Indonesia, Penelitian tentang Pengelolaan Keluhan/ Pengaduan dalam Pelayanan Bidang Pertanahan, tahun 2008, Kerjasama Komisi Ombudsman Nasional dan Fakultas Hukum UGM, Penelitian tentang Kajian Kritis Pasal 33 UU No. 26 Tahun 2007 tentang Penataan Ruang, Kerjasama KLH – DANIDA, tahun 2008/2009, Studi tentang Pengembangan Peraturan Perundang-undangan sebagai Instrumen Mengarusutamakan KLHS, Kerjasama KLH – DANIDA, tahun 2009, Studi tentang Penyusunan Kerangka Hukum dan Pedoman Pengkajian KLHS, KLH – DANIDA (2010), Kajian Sistem Penyediaan Dana Pengadaan

Tanah untuk Proyek Kerjasama Pemerintah dan Swasta (KPS), Indonesia Infrastructure Initiative/Aus AID (2010), Kajian tentang Penetapan Hak Atas Tanah: Hak Guna Usaha (HGU) dan Hak Guna Bangunan (HGB), KPK (2013), Kajian Tata Kelola Penetapan Hak Guna Usaha (HGU) dalam Konteks Perizinan Usaha Perkebunan, UKP4 (2013), Kajian tentang Kebijakan Pengelolaan dan Pemanfaatan Tanah Ulayat Masyarakat Hukum Adat Papua, UP4B (2013). Kajian tentang Penyelesaian Masalah Penguasaan dan Pemanfaatan Kawasan Hutan untuk Perkebunan Sawit Rakyat (Yayasan Kehati, Februari-Maret 2018).

Kegiatan lain adalah memberikan legal opinion untuk berbagai perusahaan swasta, Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Pemerintah Provinsi dan Kabupaten.

Penghargaan yang diperoleh antara lain, Satya Lencana Kesetiaan, 25 tahun pengabdian sebagai staf pengajar UGM dan Piagam Tanda Kehormatan Bintang Jasa Pratama sebagai Penasihat Ahli Menteri Negara Agraria, tahun 1998, Cendekiawan Berdedikasi, penghargaan dari Kompas, tahun 2009, serta Citra Bhumi

Bhakti Adiguna, penghargaan atas jasa dan pengabdian luar biasa, Badan Pertanahan Nasional RI, 2014.

Sampai saat ini ia masih aktif menulis di media massa dan jurnal serta menjadi pembicara dalam berbagai seminar. Ia menulis buku *Kebijakan Pertanahan Antara Regulasi dan Implementasi* (Penerbit Buku Kompas, cetakan ke 6, edisi revisi+, 2009), *Alternatif Kebijakan Pengaturan Hak Atas Tanah Beserta Bangunan bagi WNA dan Badan Hukum Asing* (Penerbit Buku Kompas, cetakan ke 2, 2008), *Mediasi Sengketa Tanah, Potensi Penerapan Alternatif Penyelesaian Sengketa (ADR) di Bidang Pertanahan* (Penerbit Buku Kompas, cetakan ke 2, 2008), *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya* (Penerbit Buku Kompas, cetakan ke 2, 2009), dan *Tanah untuk Kesejahteraan Rakyat* (Diterbitkan oleh Bagian Hukum Agraria Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 2010), *Pengaturan Sumber Daya Alam di Indonesia antara yang tersurat dan tersirat: Kajian Kritis Undang-Undang terkait Penataan Ruang dan Sumber Daya Alam* (Penerbit Fakultas Hukum Universitas

Gadjah Mada bekerjasama dengan Gadjah Mada University Press, cetakan ke-2, 2014). *Semangat Konstitusi dan Alokasi yang Adil atas Sumber Daya Alam*, Penerbit Fakultas Hukum UGM, 2014, *Dinamika Pengaturan Pengadaan Tanah di Indonesia dari Keputusan Presiden sampai Undang - Undang* (Penerbit Gadjah Mada University Press, 2015), *Regulasi Pertanahan dan Semangat Keadilan Agraria* (Penerbit STPN Press, 2018), di samping itu juga menjadi *co-author* buku *Beberapa Gagasan dalam Penyelenggaraan Otonomi Daerah di Indonesia* (Penerbit Balai Pustaka, 2002) dan *Decentralization in Indonesia (re-designing the state)* (Asia Pacific Press at The Australian National University 2003).