

LAPORAN AKHIR
KERJASAMA ANTAR PERGURUAN TINGGI
(HIBAH PEKERTI)



FORMULASI PRINSIP BAGI HASIL DALAM
PEMBERIAN HGB/HAK PAKAI DI ATAS HAK MILIK

Tahun pertama dari rencana dua tahun

TIM PENELITI

Hasmonel, SH , M.Hum

NIDN : 0011076109

Lego Karjoko, SH, MH

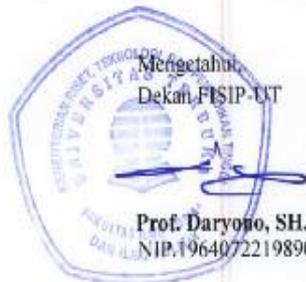
NIDN : 0019056302

FAKULTAS ILMU SOSIAL DAN ILMU POLITIK
UNIVERSITAS TERBUKA
JAKARTA
NOVEMBER 2015

HALAMAN PENGESAHAN

Judul : **Formulasi Prinsip Bagi Hasil Dalam Pemberian HGB/Hak Pakai Di Atas Hak Milik**

Peneliti/Pelaksana
Nama Lengkap : **Hasmonel, S.H.,M.Hum.**
NIDN : 0011076109
Jabatan Fungsional : Lektor Kepala
Program Studi : Ilmu Hukum
Perguruan Tinggi : Universitas Terbuka
Nomor HP : 081315863371
Alamat surel (e-mail) : hasmonel@ut.ac.id
Anggota (1)
Nama Lengkap : **Lego Karjoko, SH., MH.**
NIDN : 0019056302
Perguruan Tinggi : UNS
Tahun Pelaksanaan : Tahun pertama dari rencana dua tahun
Biaya Tahun Berjalan : Rp.100.000.000,-
Biaya Keseluruhan : Rp.200.000.000,-



Mengetahui,
Dekan FISIP-UT

Prof. Daryono, SH., MA., Ph.D
NIP.196407221989031019

Tangsel, 25 Nopember 2015
Ketua,

Hasmonel, S.H.,M.Hum
NIP.196107111988031002



Menyetujui,
Ketua Lembaga Penelitian dan
Pengabdian Kepada Masyarakat

Ir. Kristanti Ambar, P., M.Ed., Ph.D
NIP.196102121986032001

RINGKASAN

Tujuan jangka panjang penelitian ini adalah model formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian Hak Guna Bangunan (HGB)/Hak Pakai di atas Hak Milik (HM). Pengaturan hubungan hukum antara pemegang HGB/Hak Pakai dan pemegang HM ini diarahkan untuk terwujudnya usaha agraria yang berkeadilan dan mensejahterakan rakyat, sehingga dapat memutus rantai kemiskinan atau mencegah struktur agraria yang tidak adil. Artinya model hubungan hukum pertanahan ini diharapkan dapat menyelesaikan konflik pertanahan yang sebagai akibat ketimpangan struktur agraria. Adapun target khusus untuk tahun pertama, keseimbangan hak dan kewajiban dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM. Untuk tahun kedua model formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM.

Dalam penelitian ini digunakan metode penelitian kualitatif dengan interaksi simbolik sebagai strategi penelitian, artinya, merekonstruksi penyesuaian tindakan dari tiga subyek hubungan hukum yaitu pemegang HGB/Hak Pakai, pemegang HM dan BPN. Untuk mencapai solusi integrative mengenai suatu tatanan yang mampu menyelesaikan masalah perkebunan besar terlantar secara adil digunakan *bridging*. Di tengah ketiga subyek ini, peneliti merupakan subyek keempat yang berfungsi sebagai fasilitator konsensus: untuk tahun pertama, keseimbangan hak dan kewajiban dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM. Sedangkan untuk penelitian tahun kedua mengenai formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM.

PRAKATA

Assalamu 'Alaikum Wr. Wb.

Puji syukur kami panjatkan kehadiran Allah SWT, bahwa dengan ridho-Nya peneliti dapat menyelesaikan laporan kemajuan penelitian dengan judul :
"Formulasi Prinsip Bagi Hasil Dalam Pemberian HGB/Hak Pakai Di Atas Hak Milik", sesuai dengan rencana.

Penelitian ini dilaksanakan dalam rangka memenuhi tugas Tri Dharma Perguruan Tinggi, khususnya penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan. Dengan selesainya laporan kemajuan penelitian ini, peneliti mengucapkan banyak terima kasih kepada :

1. Rektor Universitas Terbuka
2. Ketua Lembaga Penelitian dan Pengabdian kepada Masyarakat Universitas Terbuka
3. Kepala Kantor Wilayah Badan Pertanahan Nasional Provinsi Bali
4. Kepala-kepala Kantor Pertanahan Kabupaten/Kota di Provinsi Bali
5. Semua pihak yang telah terlibat dalam membantu kelancaran dalam pelaksanaan penelitian ini sehingga penelitian ini dapat diselesaikan sesuai dengan rencana.

Peneliti menyadari bahwa laporan kemajuan penelitian ini masih jauh dari sempurna, maka kritik dan saran yang sifatnya membangun sangat diharapkan.

Wassalamu 'Alaikum Wr. Wb.

Tangerang Selatan, 2 November 2015

Ketua Peneliti,

Hasmonel, S.H.,M.Hum.

DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN PENGESAHAN	i
RINGKASAN	ii
PRAKATA	iii
DAFTAR ISI	iv
DAFTAR	v
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	7
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	8
A. Ragam Teori Keadilan	8
B. Hak Menguasai Negara	17
C. Kebebasan Berkontrak, Itikad Baik dalam Perjanjian Sewa Menyewa Tanah dan Asas Fungsi Sosial Hak Atas Tanah	21
D. Sistem Hak Penguasaan Atas Tanah	33
BAB III TUJUAN DAN MANFAAT PENELITIAN	40
BAB IV METODE PENELITIAN	42
A. Jenis Penelitian	42
B. Pendekatan Penelitian	42
C. Sumber Data	42
D. Teknik Pengumpulan Data	43
E. Teknik Analisa Data	43
BAB V HASIL DAN PEMBAHASAN	45
A. Gambaran Umum Pemberian Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai Di Atas Hak Milik Di Propinsi Bali	45
B. Keseimbangan Hak Dan Kewajiban Dalam Perjanjian Sewa Menyewa Tanah Dalam Rangka Pemberian HGB/Hak Pakai Di Atas Hak Milik	58
BAB VI KESIMPULAN DAN SARAN	85
A. Kesimpulan	85

B. Saran	86
DAFTAR PUSTAKA	87

DAFTAR TABEL

Tabel 1 Sebaran Dan Cakupan Geografis Kawasan Pariwisata	47
Tabel 2 Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik Th. 2015 di Kota Denpasar	55
Tabel 3 Hak Pakai di atas Hak Milik Th. 2015 di Kota Denpasar	56
Tabel 4 Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik Th. 2015 Di Kabupaten Badung	56
Tabel 5 Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik Th. 2015 Di Kabupaten Tabanan	58
Tabel 6 Uang Sewa dalam Pemberian HGB di atas HM Kabupaten Badung Tahun 2015	72

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pada tataran filosofis hukum tanah nasional tidak membenarkan tanah dijadikan sebagai instrument mencari keuntungan (tanah bukan sebagai komoditas). Tanah adalah aset bangsa Indonesia yang merupakan modal dasar pembangunan menuju masyarakat adil dan makmur. Oleh karena itu, pemanfaatannya haruslah didasarkan pada prinsip-prinsip yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat Indonesia. Dalam hal ini harus dihindari adanya upaya menjadikan tanah sebagai barang dagangan, objek spekulasi dan hal lain yang bertentangan dengan prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pasal 33 ayat 3 UUD 1945 (Arie Sukanti Hutagalung, 2008 : 83). Pernyataan ini diperkuat lagi oleh Moh. Hatta, di mana tanah tidak boleh menjadi alat kekuasaan orang seorang untuk menindas dan memeras hidup orang banyak. Tanah tidak boleh menjadi "obyek perniagaan" yang diperjualbelikan semata-mata untuk mencari keuntungan, sekarang sering di sebut dengan istilah bahwa tanah tidak boleh diperlakukan sebagai komoditi. (Gunawan Wiradi, 1996 :33-34).

Dalam UUPA-1960, ada dua pasal yang merupakan "pagar" bagi praktek-praktek monopoli dan spekulasi tanah, yaitu Pasal 13 dan Pasal 26. Pada Pasal 13 ayat (2) disebutkan bahwa "Pemerintah mencegah adanya usaha-usaha dalam pangan agraria dari organisasi dan perseorangan yang bersifat monopoli swasta". Ayat ini jelas mengamanatkan *monopoli tanah harus dilarang*. Bahkan usaha-usaha pemerintahpun jika bersifat monopoli, harus dicegah jangan sampai merugikan rakyat banyak. Pada ayat (3) pasal yang sama, dinyatakan pula bahwa "usaha-usaha pemerintah dalam lapangan agraria yang bersifat monopoli hanya dapat diselenggarakan dengan undang-undang". Dalam Pasal 26 ayat (1) ditentukan bahwa: "jual beli, penukaran, penghibahan, pemberian dengan wasiat, dan perbuatan-perbuatan lain yang dimaksudkan untuk memindahkan hak milik serta pengawasannya diatur dengan Peraturan Pemerintah". Pada bagian penjelasan Pasal 26 ayat (1) tersebut dinyatakan bahwa "... pemakaian tanah atas dasar sewa,

perjanjian bagi hasil, gadai, dan sebagainya itu tidak boleh diserahkan pada persetujuan pihak-pihak yang berkepentingan sendiri atas dasar *free fight*, akan tetapi pemerintah akan memberikan ketentuan-ketentuan tentang cara dan syarat-syaratnya agar dapat memenuhi pertimbangan keadilan dan dicegah cara-cara pemerasan". Dua pasal di atas jelas mengamanatkan bahwa pada hakekatnya *tanah tidak* diperlakukan sebagai "komoditi". Hal ini tidak berarti tidak ada jual beli tanah. Hal yang ingin dicegah adalah jual beli yang bersifat spekulasi sebagai akibat memperlakukan tanah sebagai "komoditi". (Gunawan Wiradi, 1996 :34).

Pembahasan masalah tanah yang dikaitkan dengan UUPA, Pasal 33, UUD 45, dan sila ke-5 Pancasila, tidak hanya dibahas oleh pakar dalam negeri, seorang ilmuwan asing menyatakan: "*Land in this context is seen as the provider of food and clothing. This view, it should be noted, is in direct contrast to the western concept of land as an economic or commercial commodity to be bought and sold in a market economy with financial return as the main consideration*" (MacAndrews, 1987:21). Terjemahan bebasnya "tanah dalam konteks ini dipandang sebagai penyedia makanan dan pakaian. Pandangan ini, perlu dicatat, ini berbeda langsung dengan konsep barat tanah sebagai komoditas ekonomi atau komersial untuk dibeli dan dijual dalam ekonomi pasar dengan keuntungan finansial sebagai pertimbangan utama". Jadi jelas baik UUD 45 maupun UUPA 1960 mengandung amanat tanah bukan "komoditi" seperti dalam konsep Barat. Sekalipun UUPA didasarkan atas hukum adat (Pasal 5), tidak harus ditafsirkan sebagai "menghidupkan kembali hukum adat", tetapi harus dilihat bahwa konsep tentang hak-hak atas tanah dalam UUPA digali dari konsep-konsep hukum adat, bukan dari konsep Barat. Itulah sebabnya hak *eigendom* (hak milik mutlak) dihapuskan, dan ditekankan adanya fungsi sosial tanah. (Gunawan Wiradi, 1996 :34).

Monopoli tanah dapat dikatakan sebagai penguasaan tanah oleh pihak-pihak tertentu saja sehingga tidak dapat mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat. Spekulasi tanah dilakukan sebagaimana orang melakukan spekulasi terhadap barang lain yang juga komoditas, spekulasi dimaksudkan bahwa tanah dilihat dari segi keuntungan yang dapat diraih apabila terjadi jual-beli atau perpindahantangan.

Dari segi ekonomi monopoli dan spekulasi tanah mengakibatkan dampak paling buruk, yaitu pengangguran dan terhambatnya produksi.

Roy M. Robbins menyatakan permasalahan mengenai tanah juga terjadi di belahan negara lain seperti di Amerika Serikat yaitu sebagai berikut:

The last thirty years have witnessed the controversies over speculator versus settlers; cheap land and Jacksonian democracy; slavery and the public lands; the Homestead Act and its significance; public land as a safety valve of the eastern economic order; railroad land grants and settlement policies; the various fight over forest conservation; grasslands, minerals, reclamations, and water power; conservation versus preservation; and the most recent issue of ceding the remaining land to the states. (Tiga puluh tahun terakhir telah menyaksikan kontroversi spekulasi terhadap pemukiman; tanah murah dan demokrasi Jacksonian; perbudakan dan tanah publik; Homestead Act dan signifikansinya; lahan publik sebagai katup pengaman dari tatanan ekonomi timur; kereta api hibah tanah dan kebijakan pemukiman; memperebutkan berbagai konservasi hutan; padang rumput, mineral, reklamasi, dan tenaga air; konservasi terhadap pelestarian; dan isu terbaru dari ceding lahan yang tersisa untuk negara). (Roy M. Robbins, 1969 : Vol. 56, No.2, pp. 360-362).

Pada tataran empiris di era liberalisasi, salah satu diantaranya melalui ketentuan Masyarakat Ekonomi Asean (MEA), melalui investasi berbasis tanah (sektor pertanian, kehutanan, dan pariwisata) fungsi tanah telah bergeser menjadi barang komoditas. Menurut Taylor dan Bending (2009), tekanan komersial akan terus terjadi melalui investasi asing (*foreign direct investment*), sehingga diperlukan pengaturan untuk mencegah dan meminimalkan kemungkinan adanya rente, laba tanpa kerja dari proses produksi.

Provinsi Bali yang dikenal sebagai pulau Dewata atau Pulau Seribu Pura mempunyai peran yang strategis dalam menyumbang pembangunan Indonesia, khususnya sektor pariwisata. Industri pariwisata yang diharapkan dan terbukti dapat menjadi salah satu penggerak roda perekonomian nasional, sebagian besar dihasilkan dari pulau Bali. Tidak pelak lagi, segala upaya dilakukan untuk mempertahankan keberadaan pulau Bali dalam menjaring wisatawan untuk berbondong-bondong datang ke pulau yang sarat dengan budaya dan seni ini. Dewasa ini, pariwisata sudah menjadi bagian integral dari kehidupan masyarakat Bali. Pariwisata sudah menjadi *bread and breath* bagi separuh lebih penduduk Bali. Untuk beberapa dasawarsa terakhir, pariwisata telah menjadi generator penggerak

dalam pembangunan ekonomi, dan menjadi lokomotif dalam perubahan sosial budaya. Secara umum, Pendapatan Asli Daerah Bali (PAD) paling besar berasal dari industri pariwisata. Semakin lama perkembangan industri pariwisata di Bali semakin pesat, hal tersebut dapat dilihat dengan adanya berbagai fasilitas pendukung pariwisata yang di bangun pada tahun 2012 maun sebekumnya. Dari berbagai fasilitas pendukung tersebut tidak dapat dipungkiri bahwa perkembangan paling banyak adalah pembangunan Akomodasi Pariwisata. Banyaknya jumlah kunjungan wisata ke Bali dari tahun ke tahun yang mengalami peningkatan menyebabkan banyaknya pembangunan akomodasi seperti hotel dan villa. Banyaknya akomodasi tersebut tentunya akan memberikan banyak pilihan kepada wisatawan selama liburannya. Namun demikian dampak pesatnya pembangunan akomodasi pariwisata serta fasilitas penunjangnya ternyata menimbulkan adanya permasalahan baru karena pembangunan-pembangunan tersebut tidak seimbang dengan komitmen untuk menjaga pelestarian lingkungan di Bali. Sebagian besar investor/pemodal hanya memikirkan bagaimana cara untuk dapat mengeruk keuntungan yang semaksimal mungkin, tanpa memikirkan akibat dari eksploitasi secara besar-besaran di Bali sebagai sebuah pulau kecil yang tentunya mempunyai batas daya dukung dan daya tampung. Seperti yang terlihat, saat ini pembangunan akomodasi pariwisata seperti hotel dan villa di Bali sebagian besar terindikasi telah melanggar Peraturan Daerah Nomor 16 Tahun 2009 tentang Rencana Tata Ruang Wilayah (RTRW) Provinsi Bali. Terkait dengan hal tersebut dapat dirujuk pada Pasal 3 Perda RTRW Provinsi Bali, secara tegas mendudukan tujuan perda ini adalah untuk mewujudkan ruang wilayah Provinsi Bali yang berkualitas, aman, nyaman, produktif, berjiwa diri berbudaya Bali, dan berwawasan lingkungan berlandaskan Tri Hita Karana. Sekaligus untuk keterpaduan pengendalian pemanfaatan ruang wilayah provinsi dan kabupaten/kota dalam rangka perlindungan fungsi ruang dan pencegahan dampak negatif terhadap lingkungan dan budaya Bali akibat pemanfaatan ruang. Dari hal tersebut di atas termanifestasikan dalam 3 (tiga) elemen pokok ketentuan yang mendasar yaitu; pengaturan kawasan tempat suci berdasarkan Bhisama Parisada Hindu Dharma Indonesia (PHDI), ketentuan ketinggian bangunan serta batas/ sempadan pantai. Merujuk Perda Tata Ruang Wilayah Provinsi Bali,

sesungguhnya banyak kawasan yang seharusnya dilindungi oleh pemerintah bersama masyarakat. Sedikitnya ada tujuh kawasan yang luasnya mencapai 42.554 hektar (7,6 persen) dari luas Pulau Bali yang harus dilindungi pemerintah bersama masyarakat. Di antaranya kawasan suci, tempat suci, sempadan pantai, sempadan danau, sempadan jurang dan kawasan sekitar mata air seperti sungai dan danau. Kriteria perlindungan pun sudah jelas dalam perda tersebut. Kawasan tempat suci sekitar Pura Sad Kahyangan radius yang mesti dilindungi 5.000 meter dari sisi luar panyenger pura. Sementara penetapan sempadan pantai dalam perda ini 100 meter dari daratan sepanjang pesisir dengan lebar proporsional sesuai bentuk dan kondisinya. Dengan demikian secara kasat mata perlindungan terhadap kawasan tempat suci dan sempadan pantai terlihat telah banyak terjadi pelanggaran. Seperti halnya, pelanggaran radius kesucian pura di Uluwatu Badung dan Silayukti Padangbai. Kawasan perlindungan mata air danau di sekitar Danau Buyan serta pelanggaran sempadan pantai yang sudah tak terhitung jumlahnya. Pembangunan akomodasi pariwisata yang tidak terstruktur ini tentunya telah menciptakan banyak dampak negatif di antaranya alih fungsi lahan dari lahan pertanian produktif menjadi bangunan villa, adanya abrasi pantai dan kerusakan air laut akibat pembongkaran dan pembuangan limbah yang tidak sesuai aturan. Badan lingkungan hidup mencatat ada 13 pantai di Bali yang tercemar limbah. Di pantai-pantai tersebut Badan Lingkungan Hidup (BLH) menemukan beberapa zat pencemar, seperti zat nitrat, zat dari detergen, minyak, dan timbale yang diduga sebagian besar berasal dari limbah hotel. Akibat dari pencemaran tersebut sektor pariwisata tentunya dapat terganggu, sebab beberapa pantai yang tercemar merupakan pantai andalan pariwisata di Bali, seperti Pantai Kuta dan Sanur. Pantai lainnya yang tercemar adalah Pantai Serangan, Benoa, Tanjung Benoa, Mertasari, Lovina, Soka, Candidasa, Tulamben, Pengambengan, Gilimanuk, dan Padangbai.

Selain itu akibat pembangunan akomodasi pariwisata secara besar-besaran tanpa dikontrol ternyata telah menimbulkan *over supply* jumlah kamar. Hal ini tentunya menimbulkan persaingan yang cukup sengit dan dikhawatirkan membulkan persaingan harga yang saling menjatuhkan dan melahirkan pariwisata Bali dengan konsep. Selain dampak tersebut, dari kapasitas kamar hotel maupun villa yang cukup

banyak tentunya akan menyebabkan terjadinya krisis air. Indikasi akan terjadinya krisis air ini diindikasikan karena terdapat penyedia akomodasi tidak saja melakukan eksploitasi penggunaan air permukaan tetapi juga air bawah tanah, sehingga penggunaan air di Bali kini telah melebihi kapasitas siklus hidrologi, dan secara tidak langsung Bali telah mengalami krisis air. Perhimpunan Hotel dan Restoran Indonesia (PHRI) Bali mengakui kebutuhan air untuk perhotelan sangat besar, yaitu mencapai 30 liter per orang. Terhadap pelanggaran pembangunan akomodasi pariwisata di Bali, tentunya diharapkan adanya ketegasan dari pemerintah provinsi maupun pemerintah daerah selaku pemegang kewenangan penuh untuk melakukan kebijakan yang tegas dan konsisten. Adapun kebijakan yang telah dilakukan pemerintah sejauh ini, yaitu pada tahun 2011, Gubernur Provinsi Bali menerbitkan surat keputusan moratorium yang tertuang dalam Surat Gubernur Bali No 570/1665/BPM tentang Penghentian Sementara Pendaftaran Penanaman Modal untuk Bidang Usaha Jasa Akomodasi Pariwisata. Moratorium berlaku sejak 5 Januari 2011 hingga adanya kajian detail terhadap kelayakan kebutuhan bidang usaha jasa akomodasi karena dari penelitian yang dilakukan oleh kementerian pariwisata, Bali Selatan sudah kelebihan kamar sebanyak 9800, dan menurut kementerian Pariwisata di Bali Selatan tidak memerlukan pembangunan kembali sampai tahun 2015. Namun saat ini keputusan tersebut belum terlaksana dengan baik karena masih adanya pemberian izin secara sembunyi-sembunyi setelah keputusan tersebut ditetapkan. Sehingga keputusan tersebut belum mampu untuk menanggulangi permasalahan yang ada.

Industri pariwisata yang menjadi daya tarik utama Provinsi Bali, membutuhkan lahan tanah sebagai salah satu penunjangnya. Untuk memenuhi kebutuhan akan tersedianya lahan penunjang sarana dan prasarana pariwisata dan menjaga kelestarian tanah-tanah yang ada di Bali maka tanah-tanah yang ada di Bali banyak yang disewakan dalam jangka waktu yang sangat panjang. Dalam Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai atas Tanah, dikenal Pemberian Hak Guna Bangunan (HGB) di atas Hak Milik (HM) atas tanah. Pemberian HGB di atas HM diartikan, para penduduk asli Bali yang mempunyai tanah-tanah Hak Milik, dapat bekerja sama dengan pihak

lain (investor) melalui suatu perjanjian permulaan pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik atau sewa-menyewa yang memuat kesepakatan kedua belah pihak bahwa di atas tanah Hak Milik yang diperjanjikan tersebut akan dibebani/diberikan Hak Guna Bangunan.

Asas fungsi sosial hak atas tanah (Pasal 6 UUPA) memberi amanah agar pengaturan hubungan hukum mengenai pemanfaatan tanah harus memberi keuntungan yang seimbang bagi investor sebagai pemegang HGB dan penduduk Bali sebagai pemegang HM. Menurut Deininger dkk, (2010), untuk memastikan sewa menyewa tanah tersebut menguntungkan bagi pihak investor maupun penduduk Bali diperlukan *Code of Conduct For Responsible Investment* (kode etik untuk investasi yang bertanggung jawab), berupa penghormatan hak atas tanah dan sumber daya, memastikan ketahanan pangan, transparansi, *good governance* dan lingkungan yang kondusif, konsultasi dan partisipasi, investasi pertanian yang bertanggung jawab, keberlanjutan kehidupan sosial dan ekologis.

Tulisan ini dimaksudkan untuk memberikan preskripsi pengaturan hubungan hukum dalam akta sewa menyewa dan akta pemberian HGB di atas HM yang berkeadilan.

B. Rumusan Masalah

1. Apakah sudah terdapat keseimbangan hak dan kewajiban dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas Hak Milik ?
(Tahun pertama)
2. Bagaimana seharusnya formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas Hak Milik ?
(Tahun Kedua)

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

C. Ragam Teori Keadilan

1. Utilitarianisme

Ide dasar utilitarianisme sangat sederhana: yang benar untuk dilakukan adalah yang menghasilkan kebaikan terbesar. Menurut Mill, 'kemanfaatan' atau 'prinsip kebahagiaan terbesar' menyatakan bahwa tindakan tertentu benar jika cenderung memperbesar kebahagiaan; keliru jika cenderung menghasilkan berkurangnya kebahagiaan. Yang dimaksudkan dengan kebahagiaan adalah kesenangan dan tidak adanya rasa sakit (Karen Lebacqz, 1986 : 14).

Mill mengadopsi konsep dasar Hume bahwa keadilan tidak muncul dari sekedar "insting asal yang sederhana di dada manusia", melainkan dari kebutuhan akan dukungan masyarakat." "Keadilan," kata Mill, "adalah nama bagi persyaratan moral tertentu yang secara kolektif berdiri lebih tinggi di dalam skala kemanfaatan sosial karenanya menjadi kewajiban yang lebih dominan ketimbang persyaratan moral lainnya." Mill menemukan 6 kondisi umum yang umumnya disepakati sebagai hal yang 'tidak adil': (1) memisahkan manusia dari hal-hal yang atasnya mereka memiliki *hak legal*; (2) memisahkan manusia dari hal-hal yang atasnya mereka memiliki *hak moral*; (3) manusia tidak memperoleh apa yang *layak* diterimanya, kebaikan bagi yang bertindak benar, dan keburukan bagi yang bertindak keliru; (4) *perselisihan iman* di antara orang per orang; (5) bersikap *setengah-setengah*, contohnya menunjukkan dukungan hanya sebagai pemanis bibir; (6) mengancam atau menekan orang lain yang *tidak setara* dengannya." (Karen Lebacqz, 1986 : 19-20).

Keadilan adalah istilah yang diberikan kepada aturan-aturan yang melindungi klaim-klaim yang dianggap esensial bagi kesejahteraan masyarakat – klaim-klaim untuk memegang janji, diperlakukan dengan setara, dan sebagainya. Klaim-klaim seperti itu adalah pokok pikiran bagi hitung-hitungan utilitarian. Kalkulasi ini bisa dilakukan jika 'kebaikan terbesar' menuntutnya. Dengan cara yang sama, konflik

apapun di antara aturan-aturan keadilan yang melindungi klaim-klaim tersebut juga menjadi pokok pikiran bagi hitung-hitungan utilitarian, dan bisa dikendalikan. Keadilan bergantung pada asas kemanfaatan dan tidak bertentangan dengan asas ini. (Karen Lebacqz, 1986 : 23-24).

Sifat-sifat esensial keadilan di dalam skema utilitarian berbunyi sebagai berikut: Keadilan mengakui eksistensi *hak-hak* individu yang didukung masyarakat." Keadilan memperbolehkan bagi Mill, mensyaratkan aturan-aturan yang ditetapkan menjadi kebaikan masyarakat demi menjamin pemenuhan kewajiban-kewajiban tertentu yang keras dan demi melindungi hak-hak individu. Keadilan bisa memadukan konsep mengenai perlakuan setara dan konsep pengabaian. Namun yang terpenting, keadilan bukanlah sui generis, karena dia bergantung sepenuhnya pada kemanfaatan sosial sebagai fondasinya. Karena itulah, semua aturan keadilan, termasuk kesetaraan, bisa tunduk kepada tuntutan-tuntutan kemanfaatan: "Setiap orang yakin kalau kesetaraan adalah asas keadilan, kecuali dia berpikir metodenya mensyaratkan ketidak-setaraan." Apapun yang membawa kebaikan terbesar bagi semuanya dapat disebut 'adil'. (Karen Lebacqz, 1986 : 19-24).

Inilah persisnya kekuatan utilitarianisme klasik, yang memandang bahwa 'keadilan' dalam pengertian sempit yang berisi penghargaan yang tepat terhadap klaim-klaim pribadi boleh dikorbankan demi 'kemanfaatan' untuk kebahagiaan terbesar bagi semuanya. Seperti dikatakan Rescher, "keadilan dalam perwujudannya yang penuh mensyaratkan bahwa penghitungan harus mencakup kebaikan umum juga. Apa yang nampaknya 'tidak adil' dalam pengertian sempit mungkin malah dianggap 'adil' dalam pengertiannya yang luas." Bahkan pembela konsep klaim yang gigih seperti Rescher sekalipun menemukan kalau penjustifikasian terhadap pengalokasian barang bukan didasarkan kepada klaim-klaim melainkan pada kemanfaatan sosial. (Karen Lebacqz, 1986 : 40).

Sementara itu, beberapa penulis menyimpulkan bahwa 'keadilan' dalam maknanya yang paling luas mensyaratkan 'keadekuatan' dalam makna keadilan yang sempit dan kemanfaatan. Brandt mencatat bahwa sistem

yang mendistribusikan penghasilan dengan setara tidak pernah menyediakan insentif bagi produksi, sehingga tidak memberi kesempatan untuk meningkatkan ketersediaan barang bagi semua orang. Dia kemudian menyimpulkan bahwa kesetaraan dan kemanfaatan adalah dua asas utama yang dibutuhkan keadilan." Rescher juga menyediakan sebuah tempat bagi kemanfaatan dalam makna keadilan yang lebih luas: "Tesis saya adalah keadilan (dalam pengertian sempit) dan kebaikan umum dari mazhab utilitarianisme harus dikoordinasikan satu sama lain, dan hanya dengan cara inilah kita dapat mengkonstitusikan keadilan dalam pengertian luas. (Karen Lebacqz, 1986 : 40-41).

2. Persamaan Liberal

"Keadilan sebagai kesetaraan" berakar di dua tempat: teori kontrak sosial Locke dan Rousseau, dan deontology Kant. Ide dasarnya sangat sederhana, meski cara kerja teorinya sangat kompleks. Tujuan Rawls adalah menggunakan konsep kontrak sosial untuk memberikan interpretasi prosedural bagi konsep Kant mengenai pilihan otonom sebagai basis prinsip etika. Prinsip-prinsip bagi keadilan (dan filsafat moral umumnya) adalah hasil dari pilihan-pilihan rasional. "Pada hakikatnya pendekatan Rawls sebagai berikut: bayangkan sekelompok orang sedang memilih prinsip-prinsip untuk mengevaluasi keadilan struktur dasar masyarakatnya. Yang jelas, jika prinsip tersebut harus adil, mereka harus dipilih di suatu situasi yang dalam dirinya adil. Artinya, tak seorangpun diperbolehkan mendominasi pilihan atau memanfaatkan kesempatan yang tidak adil seperti kelebihan dari anugerah alamiah atau posisi sosialnya. Karena itu, prinsip keadilan merupakan hasil dari pilihan yang setara "keadilan sebagai kesetaraan." (Karen Lebacqz, 1986 : 50).

Ada dua prinsip keadilan. Pertama, mereka akan berfokus untuk mengamankan kebebasan mereka agar tetap setara sehingga akan memilih suatu prinsip guna mengantisipasinya. Setiap pribadi memiliki hak yang setara terhadap sistem total yang paling luas bagi kebebasan-kebebasan dasar yang mirip dengan sistem kebebasan serupa bagi semuanya. Artinya, mereka akan memisahkan kebebasan manusiawi dasar kita dan melindunginya terhadap

pembagian apa pun yang tidak setara. Rawls juga yakin bahwa, kecuali dalam kondisi yang sangat mendesak, pihak-pihak di posisi awal tidak akan mengizinkan pengkompromian apapun kebebasan-kebebasan dasarnya demi keuntungan sosial atau ekonomi. Kalau begitu, bukan hanya kebebasan setara yang menjadi prinsip pertama, namun juga bahwa kebebasan ini berdiri di dalam tatanan yang berangkaian ('tatanan leksikal'), sehingga kebebasan hanya bisa dibatasi demi kebebasan itu sendiri, bukannya demi kepentingan perolehan ekonomi atau sosial lainnya. (Karen Lebacqz, 1986 : 53).

Prinsip kedua Rawls mengenai keadilan, yaitu ketidak-setaraan sosial dan ekonomi disusun sedemikian rupa agar mereka dapat: (a) memberi keuntungan terbesar bagi pihak yang kurang beruntung, sesuai prinsip penghematan yang adil, dan (b) dilekatkan pada jawatan dan jabatan pemerintahan yang terbuka bagi semua orang berdasarkan kondisi kesetaraan yang adil terhadap kesempatan." (Karen Lebacqz, 1986 : 57).

Konsep umumnya adalah nilai-nilai sosial "didistribusikan dengan setara kecuali distribusi tidak setara dari salah satu atau semua nilai ini membawa keuntungan bagi semua orang." Bertentangan dengan kriteria 'kebaikan terbesar' para pendukung utilitarian, konsep Rawls mensyaratkan *setiap orang* harus dapat mengambil manfaat dari ketidak-setaraan sosial apapun." Persyaratan "*setiap orang* harus dapat mengambil manfaat" ini lalu mendasari persyaratan "setiap orang yang kurang beruntung harus dapat mengambil manfaat" menurut prinsip maksimum dalam posisi awalnya. (Karen Lebacqz, 1986 : 58).

Seluruh teori Rawls ini, kalau begitu, mengambil bentuk pengafirmasian yang fundamental terhadap kebebasan dan membatasi penerimaan ketidak-setaraan tertentu, yang dinilai berdasarkan pengaruh mereka terhadap posisi pihak-pihak yang kurang beruntung. Prinsip-prinsip ini berkecenderungan besar dipilih oleh individu-individu otonom yang disituasikan di sebuah tatanan yang 'adil'. Prinsip-prinsip ini, kalau begitu, menurut Rawls, merupakan "imperatif-imperatif kategoris" yang mengekspresikan otonomi "mahluk-mahluk rasional yang bebas dan setara". (Karen Lebacqz, 1986 : 58).

Jika Rawls benar, dan keadilan mensyaratkan bahwa struktur dasar masyarakat disusun sedemikian rupa agar memberikan keuntungan bagi pihak-pihak yang kurang beruntung, maka sebuah negara yang kuat akan dibutuhkan untuk memenuhi tujuan ini. Dengan kata lain, jenis negara kesejahteraan demokratis modernlah yang tampaknya harus kita impikan. (Karen Lebacqz, 1986 : 89).

3. Libertarianisme

Untuk melihat bagaimana teori ini dibangun, dimulai dari pelegitimasi negara minimal-- dan hanya negara-minimal. Nozick mengadopsi pandangan Kantian bahwa "individu adalah tujuan akhir, bukan sekedar alat.' Individu adalah akhir dalam dirinya sendiri, memiliki hak-hak 'alamiah' tertentu. Artinya, terdapat batasan-batasan ('efek samping') bagi suatu tindakan: tidak ada tindakan yang diperbolehkan mengganggu hak-hak manusia yang fundamental. Kalau begitu, bagi Nozick seperangkat hak yang hampir-hampir absolut namun terbatas merupakan fondasi bagi moralitas. Di antara hak-hak fundamental ini adalah hak untuk tidak dibunuh atau disakiti. Tak seorang pun boleh 'dikorbankan' untuk orang lain. Pembatasan tindakan lantaran tidak bolehnya hak-hak manusia diganggu, kalau begitu, menjadi penyebab larangan untuk mengagresi orang lain. (Karen Lebacqz, 1986 : 90).

Negara minimal membuat orang terbebas dari komunitas-komunitas utopian di dalam sebuah kerangka yang menyeluruh tanpa mengganggu hak-hak mereka. "memperlakukan kita dengan menghargai hak-hak kita, akan mendorong kita ...untuk memilih hidup kita dan mewujudkan cita-cita kita...dengan dibantu oleh kerja sama suka rela individu-individu lain yang memiliki martabat sama. Negara – minimal, kalau begitu, menyediakan 'kerangka kerja' bagi semua utopia. Sekarang kita sampai pada penjustifikasian negara-minimal. Negara ini tidak akan mengusik hak siapa pun, sebab dia dilahirkan dari proses '*invisible hand*' yang berpasangan dengan prinsip moral fundamental mengenai pengkompensasian hilangnya kebebasan. Di titik ini, yang ditemukan hanya negara-minimal saja yang bisa dijustifikasi. Dari sinilah Nozick kemudian mengembangkan pengertiannya tentang keadilan. (Karen Lebacqz, 1986 : 94-95).

Keadilan di dalam kepemilikan, kalau begitu, terdiri atas keadilan di dalam

kepemilikan awal dan keadilan di dalam pemindahan kepemilikan. Sistem ini mungkin bisa disebut sebagai prinsip "dari setiap hal yang dipilih, bagi setiap hal yang sudah dipilih". Nozick menyebutnya teori 'historis' keadilan, karena keadilan ditentukan oleh bagaimana distribusi yang sudah terjadi dan bukan oleh apa makna distribusi. (Karen Lebacqz, 1986 : 97).

Prinsip historis keadilan meyakini bahwa kondisi atau tindakan masa lalu dapat menciptakan hak atau pengabaian krusial atas sesuatu. Karena itulah pandangannya ini lalu disebut teori 'hak'. Keadilan bukan ditentukan oleh pola keluaran akhir distribusi, melainkan oleh apakah 'hak' dihormati. Karena pemindahan yang dibuat di dalam sistem hak seringkali dilakukan karena alasan-alasan tertentu contohnya saya melakukan pertukaran dengan orang lain karena menguntungkan saya maka "garis-garis dari pola tertentu akan muncul di dalamnya." Dengan kata lain, distribusi aktual sebagian akan terlihat seolah-olah hal itu dilakukan di atas dasar sejumlah "rumusan seperti "untuk masing-masing sesuai kontribusinya." Namun keseluruhan sistem itu sendiri tidak dipolakan oleh rumusan semacam itu, melainkan hanya didasarkan kepada prinsip-prinsip prosedural pencapaian dan pemindahan yang adil. Kepemilikan privat adalah asumsi kuncinya. Salah satu dari sejumlah hak-hak 'positif' yang diperbolehkan Nozick sebagai hak manusia yang fundamental adalah hak untuk memperoleh dan memindahkan kepemilikan." Namun begitu, Nozick tidak pernah mengelaborasi "sebuah teori yang utuh mengenai pencapaian dan pemindahan yang adil ini. Secara umum dia tampaknya mendukung asumsi dasar dari pertukaran pasar. Meskipun demikian, dia juga menerima ketentuan Lockean' mengenai keadilan dari pencapaian orisinal: saya bebas untuk memperoleh apa pun dengan cara 'mencampurkan kerja saya' dengan sesuatu asalkan tidak mengganggu orang dalam prosesnya. Karena tidak adil bagi saya untuk mencapai sesuatu yang begitu terbatas, namun pencapaian saya itu malah memperburuk kondisi orang lain. (Karen Lebacqz, 1986 : 98).

Konsepsi mengenai pencapaian orisinal seperti ini, kata Nozick, terapkan secara luas sebagai 'pemindahan' (*transfer*) dan 'pembelian' (*purchase*). Tidak

adil bagi saya untuk memindahkan atau membeli sesuatu yang begitu terbatas sehingga terjadi pemusatan di tangan seseorang dan ketiadaan barang di tangan orang lain karena akan menyakiti kondisi mereka." "Setiap hak pemilik atas miliknya mencakup bayang-bayang historis ketentuan Lockean mengenai pemaksaan. Singkatnya, di akar sistem ini terdapat sebuah larangan untuk melukai orang lain yang mengacu kepada hak-hak (Kantian) sebagai manusia. Siapapun memang memiliki hak untuk memiliki apapun, tapi hak itu akan hilang jika kepemilikannya telah melukai orang lain. Namun Nozick memberikan sejumlah pelintiran yang menarik terhadap 'ketentuan Lockean' ini. Contohnya, meskipun tetap bersikukuh dengan konsep bahwa siapapun tidak diperbolehkan untuk begitu dibatasi dalam memiliki barang, namun dia menyatakan bahwa kepemilikan diperbolehkan selama memberikan kompensasi bagi orang lain sehingga situasi mereka tidak jadi lebih buruk. (Karen Lebacqz, 1986 : 99).

Secara lebih tepat, ada tiga prinsip utama dalam 'entitlement: theory' yang digariskan Robert Nozick.

- a. Prinsip transfer (*principle of transfer*) apapun yang diperoleh secara adil dapat ditransfer secara bebas.
- b. Prinsip perolehan awal yang adil (*principle of just initial acquisition*)-penilaian tentang bagaimana orang pada awalnya sampai memiliki sesuatu yang dapat ditransfer menurut prinsip pertama.
- c. Prinsip pembetulan ketidakadilan (*principle of rectification of injustice*)-bagaimana berhubungan dengan pemilikan (*holdings*) jika hal ini diperoleh atau ditransfer melalui cara yang tidak adil. (Will Kymlicka, 1990 : 130).

Jika saya memiliki sebidang tanah, maka prinsip (a) mengatakan: bahwa saya bebas terlibat dalam transfer apapun yang ingin saya lakukan dengan tanah itu. Prinsip (b) mengatakan bagaimana awalnya tanah itu dimiliki. Prinsip (c) mengatakan apa yang harus dilakukan jika prinsip a & b dilanggar, Secara bersama ketiga prinsip tersebut mengimplikasikan bahwa jika apa yang sekarang ada pada orang diperoleh dengan cara yang adil, maka rumus distribusi yang adil adalah 'setiap orang memberikan sesuai dengan pilihannya,

dan setiap orang menerima sesuai dengan apa yang dipilihnya' (*from each as they choose: to each as they are chosen*) (Nozick 1974:160).

Kesimpulan dari teori hak-pemilikan legal (*entitlement theory*): Nozick adalah bahwa 'negara minimal' (*minimal state*), yang dibatasi: pada fungsi-fungsi yang lebih sempit atas perlindungan terhadap pemaksaan, pencurian, penipuan dan pelaksanaan kontrak, dan sebagainya, dibenarkan: negara yang lebih luas lagi akan melanggar hak-hak orang yang seharusnya tidak dipaksa melakukan sesuatu, dan tidak dibenarkan (Nozick 1974:ix). Maka, tidak ada pendidikan publik, tidak ada pelayanan kesehatan publik, transportasi, jalan atau taman umum. Semua ini melibatkan pajak yang dipaksakan atas beberapa orang yang bertentangan dengan kemauannya, dan merusak prinsip 'setiap orang memberikan sesuai dengan pilihannya, dan setiap orang menerima sesuai dengan apa yang dipilihnya'. (Will Kymlicka, 1990 : 130).

4. Komunitarianisme

Kaum komunitarian menolak negara netral. Mereka percaya bahwa negara netral seharusnya ditinggalkan demi 'politik kebaikan bersama' (*the political of common good*). Perbedaan antara 'politik netral' dan 'politik kebaikan bersama' dari komunitarianisme ini dapat menyesatkan. Ada 'kebaikan bersama' yang juga nampak dalam politik liberal, karena berbagai kebijaksanaan negara liberal ditujukan untuk mempromosikan kepentingan-kepentingan berbagai anggota masyarakat. Proses-proses politik dan ekonomi yang dengan ini berbagai preferensi individu dipadukan dalam sebuah fungsi pilihan sosial merupakan cara kaum liberal menentukan kebaikan bersama. Karena itu, menegaskan netralitas negara bukanlah menolak gagasan tentang kebaikan bersama, melainkan memberikan sebuah interpretasi mengenainya. Dalam sebuah masyarakat liberal, kebaikan bersama merupakan hasil dari sebuah proses mernadukan berbagai preferensi, yang semuanya dihitung secara sama (jika konsisten dengan prinsip-prinsip keadilan). Semua preferensi memiliki bobot pengaruh yang sama 'bukan dalam arti bahwa terdapat sebuah ukuran yang disepakati publik atas nilai intrinsik yang membuat semua konsepsi ini menjadi sama, melainkan dalam arti bahwa berbagai preferensi itu sama sekali tidak dievaluasi dari sudut pandang publik. Seperti

yang sudah kita saksikan, penegasan anti-perfeksionis terhadap netralitas negara ini mencerminkan kepercayaan bahwa kepentingan orang dalam membawakan sebuah kehidupan yang baik tidak meningkat ketika masyarakat melakukan diskriminasi terhadap proyek-proyek yang mereka percayai sebagai paling berharga bagi mereka. Maka, kebaikan bersama dalam sebuah masyarakat liberal diatur agar sesuai dengan pola berbagai preferensi dan konsepsi tentang kebaikan yang dipegang oleh individu. (Will Kymlicka, 1990 : 275-276).

Dalam sebuah masyarakat komunitarian, kebaikan bersama diterima sebagai sebuah konsepsi mendasar tentang kehidupan yang baik yang menentukan 'pandangan hidup' komunitas. Kebaikan bersama ini, alih-alih menyesuaikan dirinya sendiri pada pola preferensi orang, menyediakan ukuran untuk mengevaluasi berbagai preferensi itu. Pandangan hidup masyarakat membentuk dasar bagi tata jenjang (ranking) publik mengenai berbagai konsepsi tentang yang baik, dan bobot yang diberikan pada preferensi individu bergantung pada seberapa besar ia menyesuaikan dengan dan memberikan sumbangan pada kebaikan bersama ini. Pencarian publik akan tujuan-tujuan yang dirasakan bersama yang menentukan pandangan hidup komunitas, karena itu, tidak terhambat oleh persyaratan netralitas. Ia berada mendahului klaim individu-individu terhadap sumberdaya dan kebebasan diperlukan untuk mengejar konsepsi-konsepsi mereka sendiri akan kebaikan. Sebuah negara komunitarian dapat dan seharusnya mendorong orang untuk menerima konsepsi-konsepsi tentang kebaikan yang sesuai dengan pandangan hidup masyarakat, sementara mencegah berbagai konsepsi tentang kebaikan yang bertentangan dengan pandangan hidup komunitas ini. Sebuah negara komunitarian, karena itu, merupakan negara profeksionis, karena melibatkan penjenjangan nilai publik dari berbagai pandangan hidup yang berbeda. Namun, walaupun perfeksionis Marxis merangking pandangan hidup menurut penilaian transhistoris atas kebaikan manusia, komunitarianisme merangking pandangan hidup itu menurut kesesuaiannya dengan praktek-praktek yang ada. (Will Kymlicka, 1990 : 276-277).

D. Hak Menguasai Negara

Winahyu Erwiningsih dalam tulisannya menjelaskan secara konseptual bentuk hak menguasai negara yaitu pada dasarnya negara dapat melakukan hubungan hukum seperti benda-benda perseorangan dengan manusia pemiliknya. Hubungan hukum negara dengan tanah masuk kategori benda atau tanah yang dipergunakan bagi umum (*res publicae*). Dengan demikian, jalan umum dan sejenisnya adalah milik negara. Beberapa alasan yang dikemukakan: (Winahyu Erwiningsih, 2009:122)

1. Adanya hubungan hukum khusus antara negara dengan tanah-tanah yang masuk kategori *res publicae in publico usu*, yang merupakan penyimpangan dari *res publicae in patrimonio* (benda-benda yang menjadi kekayaan masyarakat umum ;
2. Kekuasaan hukum yang dijalankan negara terhadap tanah khususnya yang dipergunakan oleh umum, mempunyai isi yang sama dengan kekuasaan yang dilakukan negara terhadap tanah-tanah lain yang digunakan secara tidak terbatas. Isi kekuasaan ini memiliki karakter yang sama dengan kekuasaan dalam milik perseorangan di dalam hukum perdata;
3. Tanah yang dipergunakan untuk kepentingan dinas umum seperti bangunan, perkantoran pemerintah termasuk *res publicae in publico usu* sehingga menjadi milik negara.

Pengertian milik negara tidak saja berdasar wewenang yang ditentukan menurut hukum, melainkan juga meliputi kompetensi dengan kemampuan memikul hak dan kewajiban. Negara dengan demikian dipandang sebagai pribadi hukum yang sama dengan manusia alamiah (Winahyu Erwiningsih, 2009:122-123).

Secara garis besar sejarah di Negara Indonesia, ketika Indonesia telah menjadi negara merdeka maka timbul hubungan hukum antara negara. Salah satunya hubungan hukum antara negara dengan tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia bersumber pada Pasal 33 ayat (3). Undang-Undang Dasar 1945 yang berbunyi: "Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-sebesarannya kepentingan rakyat."

Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 secara konstitusional menjadi landasan berlakunya penguasaan oleh negara atas bumi, air, dan kekayaan alam

yang terkandung di dalamnya. Pasal ini sering disebut sebagai dasar yang mengatur tentang hak menguasai atau penguasaan oleh negara, tetapi tidak bisa berdiri sendiri melainkan memiliki keterkaitan dengan kesejahteraan rakyat.

Pemahaman terhadap Pasal 33 (3) Undang-Undang Dasar 1945 selanjutnya diamanatkan ke dalam Pasal 2 Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 pengertian hubungan hukum tersebut yang disebut hak menguasai negara. Pada penjelasan umum II Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 disebutkan bahwa : “UUPA berpangkal pada pendirian Pasal 33 ayat (3) UUD tidak perlu dan tidak pada tempatnya, bahwa Bangsa Indonesia ataupun Negara bertindak sebagai pemilik tanah. Adalah lebih tepat jika Negara, sebagai organisasi kekuasaan dari seluruh rakyat (bangsa) bertindak selaku badan penguasa”.

Kata-kata “menguasai” seperti terdapat dalam Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 itu tidaklah sama dengan kata-kata memiliki. Jika dipergunakan kata-kata “memiliki” maka ini berarti kita telah kembali lagi pada zaman penjajahan dahulu dengan asas *domein*, ini berarti bahwa negara tidaklah memiliki tanah negara, bukanlah pemilik tanah, tetapi negara hanya menguasai tanah-tanah dalam wilayahnya. Dalam memori penjelasan Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 pada penjelasan umum, ditentukan bahwa asas *domein* yang dipergunakan pada masa penjajahan bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat Indonesia dan bertentangan pula dengan asas-asas Negara yang merdeka dan modern. Menurut *domein theorie*, bahwa semua tanah dalam wilayah Indonesia yang tidak dapat buktikan hak *eigendom* oleh para pihak maka dianggap sebagai *domein* (milik Negara) pemahaman tersebut sudah ada sejak sebelum kemerdekaan, dikalangan para sarjana hukum terdapat pejuang-pejuang yang dengan sangat gigih memperjuangkan untuk dihapuskannya *domein theorie* di Indonesia (Anita. D.A.Kolopaking, 2009:84-85).

Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 menyatakan Hak menguasai dari negara sebagai organisasi kekuasaan dari Bangsa Indonesia untuk pada tingkat tertinggi memberi wewenang untuk:

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

2. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang-orang dengan bumi air dan ruang angkasa;
3. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air, dan ruang angkasa.

Pasal 2 ayat (3) Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 menyatakan wewenang yang bersumber pada hak menguasai negara ini digunakan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat, dalam arti kebangsaan, kesejahteraan dan kemerdekaan dalam masyarakat dan negara hukum Indonesia yang merdeka, berdaulat, adil makmur.

Penegasan dalam Pasal 2 ayat (3) Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 menurut Lego Karjoko negara mempunyai peranan sebagai organisasi kekuasaan “mengatur” sehingga membuat peraturan, kemudian “menyelenggarakan” artinya melaksanakan atas penggunaan, peruntukan, persediaan dan pemeliharanya dari bumi, air, ruang angkasa dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Juga untuk menentukan dan mengatur (menetapkan dan membuat peraturan-peraturan) hak-hak apa saja yang dapat dikembangkan dari hak menguasai dari negara tersebut. Kemudian menentukan dan mengatur (menetapkan dan membuat peraturan-peraturan) bagaimana seharusnya hubungan antara orang atau badan hukum dengan bumi, air, dan ruang angkasa dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya (Lego Karjoko, 2006:59).

Dalam perkembangannya, tafsiran mengenai hak menguasai negara mengalami pembaharuan berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi terhadap pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang ketenagalistrikan (Putusan perkara Nomor 001-021-022/PUU-1/2013) bahwa negara mempunyai wewenang yang disebut *regelendaad*, *bestuursdaad*, *beherensdaad* dan *teozichthoudensdaad* yakni mengatur, mengurus, mengelola dan mengawasi. Fungsi pengaturan lewat ketentuan yang dibuat oleh legislatif dan regulasi oleh eksekutif, fungsi pengurusan dilakukan oleh eksekutif dengan cara mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber alam untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, dan fungsi pengawasan adalah mengawasi dan mengendalikan agar

pelaksananya benar untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat (Ahmad Sodiki, 2013: 253-254).

Hal ini menjelaskan bahwa hak menguasai negara yang tercantum dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 yang mengandung tiga wewenang tersebut harus memasukkan ke dalamnya fungsi pengaturan, pengurusan, pengelolaan dan pengawasan. Dengan demikian akan semakin jelas bahwa hak menguasai negara tidak mencukupkan dirinya pada tiga wewenang tersebut sehingga tujuan penguasaan itu tetap terawasi dan terkendali agar benar-benar sesuai dengan tujuan untuk mencapai sebesar-besarnya kemakmuran rakyat (Ahmad Sodiki, 2013:254).

Menurut Boedi Harsono, Hak menguasai negara dari negara yang berupa lembaga hukum dan sebagai hubungan hukum konkret (*subjektief recht*) merupakan suatu kesatuan yang tidak terpisahkan (Boedi Harsono, 2008:273). Hubungan ini bukan hak milik, sekalipun Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 mengenal hak milik (Ahmad Sodiki, 2013:250-251).

Agus Surono dalam tulisannya mengenai fungsi sosial tanah menyatakan bahwa pelaksanaan konsep fungsi sosial hak atas tanah tidak lepas dengan adanya pelaksanaan konsep negara kesejahteraan (*welfare state*). Menurut konsep Negara kesejahteraan, tujuan negara adalah untuk kesejahteraan umum. Negara dipandang hanya alat untuk mencapai tujuan bersama kemakmuran dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat negara tersebut). Sehubungan dengan konsep negara kesejahteraan tersebut, maka negara yang menganut konsep negara kesejahteraan dapat mengemban empat fungsi yaitu: (Agus Surono, 2013:6).

1. *The State as provider* (negara sebagai pelayan);
2. *The State as regulator* (negara sebagai pengatur);
3. *The State as entrepreneur* (negara sebagai wirausaha);
4. *The State as umpire* (negara sebagai wasit).

Merujuk pada fungsi negara yang menganut konsep negara kesejahteraan sebagaimana telah dikemukakan di atas, menyebabkan negara memegang peranan penting. Guna memenuhi fungsinya sebagai pelayan dan sebagai regulator, maka negara terlibat dan diberi kewenangan untuk membuat peraturan dalam kaitannya

dengan fungsi sosial tanah. Negara mempunyai peran penting dalam mengatur penguasaan, penggunaan, pemilikan dan pemanfaatan tanah dalam menyelenggarakan fungsi regulasi termasuk dalam bidang agraria khususnya terhadap tanah adalah undang-undang, dan ini merupakan aplikasi dari asas legalitas dalam konsep negara berdasar atas hukum (Agus Surono, 2013:6).

E. Kebebasan Berkontrak, Itikad Baik dalam Perjanjian Sewa Menyewa Tanah dan Asas Fungsi Sosial Hak Atas Tanah

Diatur dalam Pasal 1548 sampai dengan Pasal 1600 KUH Perdata. Sewa-menyewa adalah suatu persetujuan, dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kenikmatan suatu barang kepada pihak lain selama waktu tertentu, dengan pembayaran suatu harga yang disanggupi oleh pihak yang terakhir itu (Pasal 1548 KUH Perdata). Definisi lainnya menurut Algra, dkk dalam buku Salim H.S, menyebutkan bahwa perjanjian sewa-menyewa adalah persetujuan untuk pemakaian sementara suatu benda, baik bergerak maupun tidak bergerak, dengan pembayaran suatu harga tertentu (Salim H.S,2005:58). Perjanjian tersebut didasarkan pada adanya waktu tertentu. Dalam sewa-menyewa dikenal asas jual beli tidak memutuskan sewa-menyewa, hal ini dapat diartikan apabila apa yang disewa dipindahtanggankan maka sewa-menyewa tidak akan berakhir. Begitu pula dengan meninggalkan orang yang menyewakan atau penyewa maka sewa-menyewa tersebut akan tetap berlangsung.

KUH Perdata di dalamnya tidak menjelaskan secara tegas tentang bentuk perjanjian sewa-menyewa yang dibuat oleh para pihak. Oleh karena itu perjanjian sewa-menyewa dapat dibuat dalam bentuk tertulis dan lisan. Dalam perjanjian sewa-menyewa bangunan, khususnya dalam praktik dibuat dalam bentuk tertulis dan isi perjanjian itu telah dirumuskan oleh para pihak, dan atau Notaris (Salim H.S,2005:59).

Asas kebebasan berkontrak merupakan asas yang menduduki posisi sentral di dalam hukum perjanjian, meskipun asas ini tidak dituangkan menjadi aturan hukum namun mempunyai pengaruh yang sangat kuat dalam hubungan perjanjian para pihak. Asas ini merupakan asas yang universal sifatnya, artinya artinya dianut oleh

hukum perjanjian di semua negara pada umumnya.

Kebebasan berkontrak pada dasarnya merupakan perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia yang perkembangannya dilandasi semangat liberalisme yang mengagungkan kebebasan individu. (Sutan Remy Sjahdeini, 2009 :⁵⁴). Menurut paham individualisme setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendaki, sementara itu di dalam hukum perjanjian falsafah ini diwujudkan dalam asas kebebasan berkontrak.

Perjanjian, dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian. George Jessel, menyatakan “Perjanjian merupakan wujud kebebasan (*freedom of contract*) dan kehendak bebas untuk memilih (*freedom of choice*). Perjanjian dibuat atas pilihan dan kemauan mereka sendiri, penyelesaian isi perjanjian dilakukan dengan kesepakatan bersama (*mutual agreement*). Hubungan bebas dan sukarela itu sah apabila terdapat kesepakatan yang wajar antara para pihak. Apabila kesepakatan dilanggar maka perjanjian dapat dibatalkan.

Menurut Sutan Remi Sjahdeini (2009 :⁵⁴) asas kebebasan berkontrak melingkupi ruang lingkup sebagai berikut :

1. Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.
2. Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian.
3. Kebebasan untuk menentukan atau memilih kausa dari perjanjian yang akan dibuatnya.
4. Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian.
5. Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian.
6. Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend, optional*)

Asas kebebasan berkontrak ini bersifat universal, artinya berlaku juga dalam berbagai sistem hukum perjanjian di negara-negara lain dan memiliki ruang lingkup yang sama. Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara mengakui asas kebebasan berkontrak dengan menyatakan, bahwa semua perjanjian yang dimuat secara sah mengikat para pihak sebagai undang-undang. Secara historis, Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara mencerminkan tipe kontrak pada waktu itu yang berpijak pada revolusi Perancis.

Individu sebagai dasar dari semua kekuasaan. Pendapat ini menimbulkan konsekuensi, bahwa orang juga bebas untuk mengikatkan diri kepada orang lain, kapan dan bagaimana yang diinginkan kontrak terjadi berdasarkan kehendak yang mempunyai kekuatan mengikat sebagai undang-undang (Ridwan Khairandy, 2014 : 87).

Dalam perkembangannya, ternyata kebebasan berkontrak dapat menimbulkan ketidakadilan, karena untuk mencapai asas kebebasan berkontrak harus didasarkan pada posisi tawar (*bargaining position*) para pihak yang seimbang. Dalam kenyataannya hal tersebut sulit (jika dikatakan tidak mungkin) dijumpai adanya kedudukan posisi tawar yang betul-betul seimbang atau sejajar. Pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih tinggi seringkali memaksakan kehendaknya. Dengan posisi yang demikian itu, ia dapat memaksa pihak lainnya untuk mengikuti kehendaknya dalam perumusan isi perjanjian. Dalam keadaan demikian, pemerintah atau negara seringkali melakukan intervensi atau pembatasan kebebasan berkontrak dengan tujuan untuk melindungi pihak yang lemah. Pembatasan tersebut dapat dilakukan melalui peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Pasal 1320 KUHPerdata sendiri sebenarnya membatasi asas kebebasan berkontrak melalui pengaturan persyaratan sah nya perjanjian yang harus memenuhi kondisi: (Ridwan Khairandy, 2014 : 88-89)

1. Adanya kata sepakat para pihak;
2. Kecakapan para pihak untuk membuat kontrak;
3. Adanya objek tertentu; dan
4. Adanya kausa yang tidak bertentangan dengan hukum.

Di negara-negara dengan sistem *common law*, kebebasan berkontrak juga dibatasi melalui peraturan perundang-undangan dan *public policy*. Hukum kontrak Indonesia juga membatasi kebebasan berkontrak dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, ketertiban umum, dan kesusilaan. Pembatasan ini dikaitkan dengan kausa yang halal dalam kontrak. Berdasar Pasal 1337 KUHPerdata suatu kausa dapat menjadi terlarang apabila dilarang oleh undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Selain pembatasan tersebut di atas, Ridwan Khairandy mencatat

beberapa hal yang menyebabkan makin berkurangnya asas kebebasan berkontrak, yakni: (Ridwan Khairandy, 2014 : 89)

1. Makin berpengaruhnya ajaran itikad baik di mana itikad baik tidak hanya apa pada saat perjanjian dilaksanakan juga telah harus ada pada saat perjanjian dibuat; dan
2. Makin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan dalam kontrak.

Itikad baik dalam kontrak dibedakan antara itikad baik pra kontrak dan itikad baik pelaksanaan kontrak. Kedua macam itikad baik tersebut memiliki makna yang berbeda. Itikad baik di dalam fase prakontrak disebut juga sebagai itikad baik subyektif. Kemudian itikad baik dalam fase pelaksanaan kontrak disebut itikad baik objektif. Itikad baik prakontrak, adalah itikad yang harus ada pada saat para pihak melakukan negosiasi. Itikad baik prakontrak ini bermakna kejujuran. Itikad baik ini disebut itikad baik yang bersifat subjektif, karena didasarkan pada kejujuran para pihak yang melakukan negosiasi. Itikad baik pelaksanaan kontrak yang disebut sebagai itikad baik objektif mengacu kepada isi perjanjian. Isi perjanjian harus rasional dan patut. Isi kontrak adalah kewajiban dan hak para pihak yang mengadakan kontrak. Kewajiban dan hak tersebut harus rasional dan patut. Itikad baik pelaksanaan kontrak juga dapat bermakna melaksanakan secara rasional dan patut (Ridwan Khairandy, 2014 : 91-92).

Dalam hukum kontrak, itikad baik memiliki tiga fungsi. Itikad baik dalam fungsinya yang pertama mengajarkan bahwa seluruh kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik. Asas itikad baik memegang peranan penting dalam penafsiran kontrak. Beberapa sistem hukum seperti hukum kontrak Jerman memiliki ketentuan yang mewajibkan bahwa kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik Pasal 157 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) menyatakan bahwa semua kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik. Dalam beberapa sistem hukum lainnya, seperti hukum kontrak Belanda, peranan itikad baik dalam penafsiran kontrak dibangun oleh pengadilan. Jika kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik, maka setiap isi kontrak harus ditafsirkan secara fair atau patut (Ridwan Khairandy, 2014 : 144).

Fungsi kedua adalah fungsi menambah. Dengan fungsinya yang kedua, itikad baik dapat menambah isi suatu perjanjian tertentu dan juga dapat menambah kata-

kata ketentuan undang-undangan mengenai perjanjian itu. Fungsi yang demikian ini dapat diterapkan apabila ada hak dan kewajiban yang timbul diantara para pihak tidak secara tegas dinyatakan dalam kontrak (Ridwan Khairandy, 2014 : 146).

Fungsi ketiga adalah fungsi membatasi dan meniadakan. Dalam fungsi itikad baik yang ketiga adalah fungsi membatasi dan meniadakan. Beberapa para pakar hukum sebelum perang berpendapat bahwa itikad baik juga memiliki fungsi ini. Mereka mengajarkan bahwa suatu perjanjian tertentu atau suatu syarat tertentu dalam kontrak atau ketentuan undang-undang mengenai kontrak itu dapat dikesampingkan, jika sejak dibuatnya kontrak itu keadaan telah berubah, sehingga pelaksanaan kontrak itu menimbulkan ketidakadilan. Dalam keadaan yang demikian itu kewajiban kontraktual dapat dibatasi, bahkan ditiadakan seluruhnya atas dasar itikad baik (Ridwan Khairandy, 2014 : 146-147).

Salah satu bentuk kewajiban para pihak dalam bernegosiasi dan menyusun kontrak harus berperilaku dengan itikad baik. Negosiasi dan penyusunan kontrak tidak boleh dilakukan dengan itikad buruk. Ini menjadi kewajiban umum bagi para pihak dalam hubungan prakontrak. Menurut Robert S. Summer, bentuk itikad buruk dalam negosiasi dan penyusunan kontrak mencakup negosiasi tanpa maksud yang serius untuk mengadakan kontrak, penyalahgunaan keadaan untuk menggagalkan negosiasi, mengadakan kontrak tanpa memiliki maksud untuk melaksanakannya, tidak menjelaskan fakta material, dan mengambil keuntungan dari lemahnya posisi tawar pihak lain dalam kontrak. Di beberapa negara dengan sistem *civil law*, seperti Italia telah memiliki ketentuan legislasi yang mewajibkan negosiasi dan penyusunan kontrak harus dilakukan dengan itikad baik (Ridwan Khairandy, 2014 : 149).

Di negeri Belanda, walaupun tidak dijumpai satu ketentuan dalam BW yang mengatur kewajiban umum itikad baik dalam hubungan prakontrak, tetapi yurisprudensi telah mengakui adanya kewajiban tersebut. Itikad baik pada tahap prakontrak merupakan kewajiban untuk memberitahukan atau menjelaskan dan meneliti fakta material bagi para pihak yang berkaitan dengan pokok yang dinegosiasikan itu. Sehubungan dengan itu putusan-putusan Hoge Raad menyatakan bahwa para pihak yang bernegosiasi masing-masing memiliki kewajiban itikad baik,

yakni kewajiban untuk meneliti dan kewajiban untuk memberitahukan atau menjelaskan (Ridwan Khairandy, 2014 : 150).

Diakui juga bahwa pengakuan perkembangan doktrin itikad pada tahapan prakontrak di beberapa negara *civil law*, seperti Swiss, Austria dan Italia sangat dipengaruhi oleh pikiran-pikiran Rudolf von Jhering. Jhering merumuskan doktrin *culpa in contrahendo* sebagai suatu upaya hukum untuk mengatasi kondisi hukum kebiasaan saat itu yang tidak kondusif. Misalnya seorang pembeli yang memesan suatu barang senilai f. 100 founds, padahal sesungguhnya yang ia maksud hanyalah f. 10 founds, dia tidak bertanggungjawab bagi biaya pengangkutan barang yang dibayar penjual yang ia tolak. Dasar tidak bertanggungjawabnya itu disebabkan pandangan yang mengakar saat itu bahwa kontrak tunduk kepada teori kehendak, sehingga yang berlaku adalah apa yang dimaksudkan oleh pembeli, yakni hanyalah sepuluh founds. Hal tersebut berbeda dengan ajaran *culpa in contrahendo* yang menyatakan atau mengajarkan pihak yang bertanggungjawab bagi kesalahan tersebut harus bertanggungjawab terhadap kerugian yang diderita oleh pihak yang tidak bersalah yang mendasarkan dirinya pada *faulty impression of a binding contract*. Dasar doktrin Jhering ini ditemukan dalam hukum Romawi. Dia mendasarkannya pada suatu dasar tuntutan yang disebut dengan *actio legis aquillae*. Ajaran kewajiban ini diterapkan dan diperluas dalam transaksi komersial modern untuk membebaskan kewajiban dan tanggungjawab para pihak yang melakukan hubungan non kontraktual (Ridwan Khairandy, 2014 : 156-157).

Suatu hal yang sangat penting dalam doktrin *culpa in contrahendo*, Jhering menggunakan istilah *offerte* seperti istilah yang biasa digunakan di Amerika sebagai *offer*. Kedua istilah ini tidak serupa benar. Ketika orang Amerika menyebut istilah *offer*, mereka umumnya mengacu kepada satu tahapan dalam negosiasi di mana *offeree* berwenang membuat kontrak melalui penerimaannya. *Offerte* (penawaran) memiliki makna yang lebih luas. Jhering menggunakan istilah itu dengan makna suatu tawaran untuk mengadakan negosiasi. Ini adalah inti ajarannya. Dengan makna yang lebih luas ini, dia mengemukakan adanya kewajiban prakontrak. Misalnya, seorang pelayan toko Jerman membuka pintu tokonya kepada publik, ini adalah *offerte*. Orang-orang datang dan masuk, melihat-lihat, membeli atau tidak membeli

barang-barang tertentu. Para sarjana hukum Amerika tidak akan mengatakan bahwa itu adalah *offer* sampai pelayan toko mengemukakan harga barang tersebut, atau pelayan toko itu membawa barang tersebut ke meja pembayaran untuk jual beli itu. Oleh karena itu, bagi orang Jerman, kewajiban *culpa in contrahendo* akan dimulai ketika pelayan membuka tokonya, sedangkan bagi orang Amerika kewajiban itu akan dimulai setelah penawaran untuk mengadakan kontrak jual beli (Ridwan Khairandy, 2014 : 157-158).

Ada tiga dasar sumber utama hukum Romawi lain yang kalau dikombinasikan akan membentuk dasar doktrinal *culpa in contrahendo*. Pertama, *action enti*, merupakan suatu konsep dalam hukum Romawi yang secara mendasar menyatakan bahwa *there is more to a contractual relationship than fulfillment of the terms*. Misalnya, jika satu pihak dalam kontrak membatalkan an initio, dan dia melepaskan atas membebaskan kewajiban yang ia pikul, dia tidak bebas sepenuhnya dari kewajiban tersebut. Dia harus membayar ganti rugi atas kerugian orang lain, bergantung pada suatu keadaan tertentu. Kedua, *action venditi*, membolehkan pembatalan suatu kontrak kalau suatu syarat yang mendahuluinya tidak terjadi. Misalnya, saya akan memberikan tiket pertunjukkan bola jika Presiden Bush terpilih kembali. Di sini ada kontrak dengan suatu syarat tertentu. Hukum Romawi menyatakan bahwa kalau persyaratan itu tidak dipenuhi, ada kewajiban tambahan yang timbul dari kewajiban kontraktual yang dibatalkan. Ketiga, hak terhadap *revindicatio*, juga menjadi pendukung doktrin *culpa in contrahendo*. Dasar tuntutan dalam hukum Romawi ini membolehkan suatu *true owner of a good to reclaim it from possessor, even if the possessor had bought the good without knowledge that its seller was not a trus owner*. Di sini tidak ada hubungan kontraktual di antara pembeli dan penjual, meskipun demikian ia mendorong adanya kewajiban kontraktual. Jhering menyatakan bahwa hak menuntut menurut hukum Romawi ini mendukung adanya kewajiban dalam ketiadaan suatu kontrak (Ridwan Khairandy, 2014 : 158).

Norma yang validitasnya tidak dapat diperoleh dari norma lain yang lebih tinggi disebut norma dasar. Semua norma yang validitasnya dapat ditelusuri kesatu norma dasar yang sama membentuk suatu sistem norma atau suatu tatanan norma.

Norma dasar yang menjadi sumber utama ini merupakan pengikat di antara semua norma-norma yang berbeda-beda yang membentuk suatu tatanan norma. Bahwa suatu norma termasuk ke dalam sistem norma tertentu, ke dalam tatanan normatif tertentu dapat diuji hanya dengan mengkonfirmasi bahwa norma tersebut memperoleh validitasnya dari norma dasar yang membentuk tatanan norma tersebut (Hans Kelsen, 1971: 161).

Asas hukum merupakan “jantungnya” peraturan hukum karena ia merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Ini berarti peraturan hukum harus bisa dikembalikan kepada asas tersebut. Oleh karena itu Patton menyebutnya sebagai suatu sarana yang membuat hukum itu hidup, tumbuh dan berkembang. Hukum itu bukan sekedar kumpulan dari peraturan-peraturan belaka karena dengan adanya asas hukum maka hukum itu mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis (Satjipto Rahardjo, 2000: 45).

Berdasarkan pendapat Hans Kelsen dan Patton maka dapat dikatakan bahwa asas fungsi sosial hak atas tanah merupakan dasar validitas instrumen yuridis yang digunakan pemerintah untuk mencegah penelantaran perkebunan besar. Boedi Harsono meletakkan asas fungsi sosial hak atas tanah sebagai kewajiban-kewajiban pemegang hak yang diatur dalam Pasal 6, 7, 10,11,12, 13, 14, 15 UUPA.

Menurut Pasal 6 UUPA semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial.

Dalam Penjelasan umum angka II butir (4) UUPA

“..... hak atas tanah apapun yang ada pada seseorang, tidaklah dapat dibenarkan, bahwa tanahnya itu akan dipergunakan atau tidak dipergunakan semata-mata untuk kepentingan pribadinya, apalagi kalau hal itu menimbulkan kerugian bagi masyarakat. Penggunaan tanah harus disesuaikan dengan keadaan dan sifat daripada haknya, hingga bermanfaat baik bagi kesejahteraan dan kebahagiaan yang mempunyainya maupun bermanfaat pula bagi masyarakat dan negara. Tetapi dalam pada itu ketentuan tersebut tidak berarti bahwa kepentingan perseorangan akan terdesak sama sekali oleh kepentingan umum (masyarakat). Undang-Undang Pokok Agraria memperhatikan pula kepentingan-kepentingan perseorangan. Kepentingan masyarakat dan kepentingan perseorangan haruslah saling mengimbangi, hingga pada akhirnya tercapailah tujuan pokok : kemakmuran, keadilan, dan kebahagiaan bagi rakyat seluruhnya (Pasal 2 ayat (3)). Berhubung dengan fungsi sosialnya, maka adalah suatu hal yang sewajarnya bahwa tanah itu harus dipelihara baik-baik, agar bertambah kesuburannya serta dicegah kerusakannya. Kewajiban memelihara tanah ini tidak saja dibebankan kepada pemiliknya atau pemegang haknya yang bersangkutan, melainkan menjadi beban pula dari setiap orang, badan hukum atau instansi yang

mempunyai suatu hubungan hukum dengan tanah itu (Pasal 15). Dalam melaksanakan ketentuan ini akan diperhatikan kepentingan pihak yang ekonomi lemah”.

Adanya fungsi sosial hak atas tanah berarti bahwa tanah juga bukan komoditas perdagangan, biarpun dimungkinkan tanah yang dipunyai dijual jika ada keperluan. Dengan demikian tanah tidak boleh dijadikan obyek investasi semata-mata (Boedi Harsono, 2003: 304). Asas fungsi sosial hak atas tanah melahirkan tiga kewajiban bagi pemegang hak atas tanah :

1. Menggunakan tanah sesuai dengan keadaannya atau sifat dan tujuan pemberian haknya.
2. Kewajiban memelihara tanah

Dalam Pasal 15 UUPA dinyatakan memelihara tanah, termasuk menambah kesuburannya serta mencegah rusaknya adalah kewajiban tiap-tiap orang, badan hukum atau instansi yang mempunyai hubungan hukum dengan tanah itu, dengan memperhatikan pihak yang ekonomi lemah.

3. Kewajiban mengerjakan/mengusahakan sendiri tanah pertanian.

Dalam Pasal 10 ayat (1) dinyatakan setiap orang dan badan hukum yang mempunyai sesuatu hak atas tanah pertanian pada dasarnya diwajibkan mengerjakan atau mengusahakannya sendiri secara aktif, dengan mencegah cara-cara pemerasan. Menurut penjelasan umum II butir 7, Pasal 10 memuat suatu asas yang pada dewasa ini sedang menjadi dasar dari pada perubahan-perubahan dalam struktur pertanahan hampir di seluruh dunia, yaitu di negara-negara yang telah/sedang menyelenggarakan apa yang disebut landreform atau agrarian reform yaitu bahwa tanah pertanian harus dikerjakan atau diusahakan secara aktif oleh pemiliknya sendiri.

Mengerjakan atau mengusahakan sendiri secara aktif berarti bahwa yang mempunyai hak itu secara langsung turut serta dalam proses produksi. Ini tidak berarti bahwa segala pekerjaan harus dilakukannya sendiri. Mempergunakan tenaga buruh masih diperbolehkan, tetapi jika demikian harus dicegah cara-cara pemerasan. Pemberian upah yang terlampau rendah kepada buruh tani yang membantu mengerjakan dan mengusahakan tanah merupakan cara pemerasan yang bertentangan dengan cita-cita keadilan. Sehubungan dengan hal ini dalam

Pasal 13 ayat (4) UUPA diperintahkan supaya pemerintah harus berusaha memajukan kepastian dan jaminan sosial termasuk bidang perburuhan dalam usaha-usaha di lapangan agraria. Bahwa buruh harus diberi upah yang layak merupakan konsekuensi Pasal 11 ayat (1) UUPA yang melarang penguasaan atas penghidupan dan pekerjaan orang lain yang melampaui batas. Pengusahaan tanah dengan memakai tenaga buruh merupakan suatu usaha bersama dalam menyelenggarakan usaha produksi. Oleh karena itu terhadapnya berlaku ketentuan Pasal 12 ayat (1) UUPA yang menyatakan segala usaha bersama dalam lapangan agraria didasarkan atas kepentingan bersama (Boedi Harsosno, 2003: 311-312).

Ketentuan Pasal 10 ayat (1) UUPA ada pengecualiannya yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini dinyatakan dalam penjelasan umum angka II butir 7 bahwa, dalam keadaan susunan masyarakat kita, maka ketentuan ini masih membuka kemungkinan diadakannya dispensasi. Misalnya seorang pegawai negeri yang untuk persediaan hari tuanya mempunyai tanah satu dua hektar dan berhubung dengan pekerjaannya tidak mungkin dapat mengusahakannya sendiri, kiranya harus dimungkinkan untuk terus memiliki tanah tersebut. Selama itu tanahnya boleh diserahkan kepada orang lain untuk diusahakan dengan perjanjian sewa, bagi hasil dan lain-lain. Setelah ia tidak bekerja lagi, pensiun, tanah itu harus diusahakan sendiri secara aktif.

Menurut Pasal 10 ayat (2) pelaksanaan asas yang tercantum dalam ayat (1) memerlukan pengaturan lebih lanjut dengan peraturan perundang-undangan. Dalam hubungan ini penjelasan umum angka II butir 7 menyatakan agar semboyan ini dapat diwujudkan perlu diadakan ketentuan-ketentuan lainnya. Misalnya perlu ada ketentuan tentang batas minimum luas tanah yang harus dimiliki oleh orang tani, supaya ia mendapatkan penghasilan yang cukup untuk hidup layak bagi diri sendiri dan keluarganya (Pasal 13 jo. Pasal 17). Perlu ada ketentuan mengenai batas maksimum luas tanah yang boleh dipunyai (Pasal 17), agar dicegah tertumpuknya tanah di tangan golongan-golongan tertentu saja. Menurut Pasal 28 ayat (2), HGU diberikan atas tanah yang luasnya paling sedikit 5 hektar, dengan ketentuan bahwa, jika luasnya 25 hektar atau lebih harus

memakai investasi modal yang layak dan teknik perusahaan yang baik, sesuai dengan perkembangan zaman. Menurut penjelasan Pasal 28, hal tersebut untuk mendorong supaya pemakaian dan pengusahaan tanahnya dilakukan dengan efisien.

Dengan demikian Pasal 10 ini tidak mewajibkan pemilik tanah untuk melepaskan tanahnya kepada yang sekarangenggarapnya. Pasal ini hanya mewajibkan supaya tanah yang sekarang digarapkan pada orang lain pada waktunya dikerjakan sendiri oleh yang mempunyai (Boedi Harsono, 2003: 313-314).

Dengan demikian ketentuan-ketentuan UUPA tersebut di atas sejalan dengan kerangka pikir Richard Posner, menyia-nyiakan sumber daya alam merupakan tindakan tidak efisien/tidak adil, karena memerintahkan kepada pemegang hak atas tanah untuk : pertama, berusaha agar tanahnya itu memberikan manfaat bagi dirinya sekaligus bagi seluruh masyarakat dengan mengindahkan sifat dan tujuan dari pemberian haknya, kedua, memelihara baik-baik tanahnya, agar bertambah kesuburannya dan mencegah rusaknya, ketiga, mengejakan atau mengusahakan sendiri tanah pertanian.

Leon Duguit yang menyatakan *“one may say that in fact the concept of property as a subjective right disappears, to be replaced by the concept of property as a social function”*(M.C.Mirrow,2011:1183). Tidak ada hak subjektif melainkan harus diganti dengan fungsi sosial. Dalam pemakaian suatu hak atas tanah harus memperhatikan kepentingan suatu masyarakat. Leon Duguit dalam ajaran mengenai fungsi sosial bertitik tolak dari penyangkalan terhadap adanya hak subjektif, yang ada hanyalah fungsi sosial. Orang mempunyai benda, tanah, supaya dapat memenuhi fungsi sosial dalam masyarakatnya (Mustofa dan Suratman, 2013: 161).

Penerapan prinsip bahwa tanah mempunyai fungsi sosial mengandung suatu maksud, bahwa Pemerintah secara moral mempunyai kewajiban untuk menjaga keseimbangan antara dua kepentingan yang bersifat antinomi, yaitu antara kepentingan individu di satu sisi, dan kepentingan masyarakat di sisi yang lain. Notonagoro menggunakan istilah bahwa untuk menyelaraskan dua kepentingan yang ada dalam masyarakat tersebut, maka prinsip fungsi sosial terhadap hak milik atas

tanah menurut Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 bercorak “dwitunggal” (Sarjita, 2010:3). Sementara Maria S.W Sumardjono menekankan bahwa hubungan atau relasi antara orang perorangan dan masyarakat dalam kaitannya dengan tanah, bersifat kedwitunggalan yang tidak dapat dipisahkan (Sarjita 2010: 3). Hal yang tidak dapat dipisahkan karena pemenuhan kebutuhan seseorang terhadap tanah diletakan dalam kerangka kebutuhan seluruh masyarakat yang bersifat kolektif dengan tetap memberikan tempat dan penghormatan terhadap hak perseorangan. Dalam kerangka berpikir ini, hak-hak perseorangan atas tanah tidak bersifat mutlak, tapi selalu ada batasnya, yakni kepentingan orang lain, masyarakat, atau negara (Mustofa dan Suratman, 2013:164).

Asas fungsi sosial hak atas tanah tidak membenarkan tanah dijadikan sebagai instrumen untuk mencari keuntungan. Memperlakukan tanah sebagai barang dagangan berarti memperbolehkan siapa saja yang mempunyai uang dapat membelinya kapan saja dan di mana saja. Demikian pula bila memandang tanah sebagai komoditas strategis, berarti kita menyetujui adanya pasar tanah yang didalamnya terkandung pengertian tarik menarik kekuatan *supply* dan *demand*. Pola ini pada gilirannya akan menciptakan suatu keadaan di mana pihak yang secara ekonomis kuat akan dapat menguasai tanah, yang pada akhirnya akan menciptakan terjadinya kepincangan struktur penguasaan tanah. Menurut Kristen A. Carpenter; Sonia K. Katyal; Angela R. Riley (2009 : 36) *“Classic property theory, which rests on a monopolistic conception of the owner, focuses primarily on the liberal, autonomous individual. We believe that many critics of cultural property rely in part on this narrow understanding of property law--as fundamentally defined by ownership, with its rights of alienability and exclusion and its norms of commodification and commensurability. This conception leads to a potential overdetermination of the rights of the owner over all other actors, overlooking the emergent nature of other interests along the dual trajectories of static and dynamic rights. As a result, some critics discount the possibility that cultural property is a dynamic expression of human relationships--or that in some settings, property law can be both essential to, and as flexible as, culture itself.*

F. Sistem Hak Penguasaan Atas Tanah

Menurut Fitzgerald, ciri hak-hak dalam pemilikan, yakni: (1) Pemilik mempunyai hak memiliki barangnya. Ia mungkin tidak memegang atau menguasai barang tersebut, oleh karena barang tersebut mungkin telah direbut daripadanya oleh orang lain. Sekalipun demikian, hak atas barang itu tetap ada pada pemegang hak semula; (2) Pemilik biasanya mempunyai hak untuk menggunakan dan menikmati barang yang dimilikinya, yang pada dasarnya merupakan kemerdekaan bagi pemilik untuk berbuat terhadap barangnya; (3) Pemilik mempunyai hak untuk menghabiskan, merusak atau mengalihkan barangnya. Pada orang yang menguasai suatu barang, hak untuk mengalihkan itu tidak ada padanya karena adanya asas *memo dat quod non habet*, oleh karena si penguasa tidak mempunyai hak dan karenanya juga tidak dapat melakukan pengalihan hak kepada orang lain; (4) Pemilikan tidak mempunyai ciri yang tidak mengenal pembatasan jangka waktu. Ciri ini sekali lagi membedakan dari penguasaan, oleh karena yang disebut terakhir terbuka untuk penentuan lebih lanjut di kemudian hari, sedang pada pemilikan secara teoritis berlaku untuk selamanya; (5) Pemilikan mempunyai ciri yang bersifat sisa. Seorang pemilik tanah dapat menyewakan tanahnya kepada A, memberikan hak untuk melintasi tanahnya kepada B, dan kepada C memberikan hak yang lain lagi, sedang ia tetap memiliki hak atas tanah itu yang terdiri dari sisanya sesudah hak-haknya itu ia berikan kepada mereka itu. Dibandingkan dengan pemegang hak untuk melintasi tanah itu, maka hak dari pemilik bersifat tidak terbatas. Disini akan dinyatakan, bahwa hak yang pertama bersifat menumpang pada hak pemilik yang asli dan keadaan ini disebut sebagai *ius in re aliena*. (Satjipto Rahardjo, 2000 :106-107).

Menurut Achmad Rubaie tanah mempunyai fungsi ganda, yaitu sebagai *social asset* dan *capital asset*. Sebagai *social asset* tanah merupakan sarana pengikat kesatuan sosial di kalangan masyarakat Indonesia untuk hidup dan kehidupan, sedangkan sebagai *capital asset* tanah merupakan faktor modal dalam pembangunan. Sebagai *capital asset* tanah telah tumbuh sebagai benda ekonomi yang sangat penting sekaligus sebagai bahan perniagaan dan objek spekulasi. (Achmad Rubaie, 2007 : 1-2).

Sering kali pada objek yang sama, misalnya tanah, terdapat berbagai hak yang melekat dan hak-hak ini dapat saja dimiliki oleh tidak pada satu orang atau kelompok yang sama. Inilah yang kemudian menyebabkan mengapa konsep tenurial ini seringkali dijelaskan dengan prinsip “bundle of rights” (sebundel hak-hak). Dalam tulisannya, Schlager dan Ostrom (1992) mengatakan bahwa hak-hak ini dapat diuraikan menjadi:

1. hak atas akses (rights of access): adalah hak untuk memasuki suatu wilayah tertentu;
2. hak pemanfaatan (rights of withdrawal): adalah hak untuk mengambil sesuatu atau untuk memanen sesuatu hasil alam seperti untuk memancing ikan, memanen buah, mengambil air, menebang pohon, dan sebagainya;
3. hak pengelolaan (rights of management): adalah hak untuk mengatur pola pemanfaatan internal dan merubah sumberdaya yang ada untuk tujuan meningkatkan hasil atau produksi;
4. hak pembatasan (rights of exclusion): adalah hak untuk menentukan siapa saja yang dapat memperoleh hak atas akses dan membuat aturan pemindahan hak atas akses ini dari seseorang ke orang lainnya (atau lembaga/kelompok lain); dan
5. hak pelepasan (rights of alienation): adalah hak untuk menjual atau menyewakan atau kedua-duanya. (Suraya Afiff, 2005).

Pasal 4 ayat (1) UUPA, yang menyatakan bahwa “Atas dasar Hak Menguasai dari negara sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 2 ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi yang disebut tanah, yang dapat diberikan kepada dan dimiliki oleh orang-orang, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang-orang lain serta badan-badan hukum”. Hak tanah merupakan hak penguasaan atas tanah yang berisikan serangkaian wewenang, kewajiban dan/atau larangan bagi pemegang haknya untuk berbuat sesuatu mengenai tanah yang dihaki. Sebagaimana tercantum dalam Pasal 4 ayat (2) UUPA hak atas tanah adalah “wewenang untuk mempergunakan tanah yang bersangkutan sekedar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu dalam batas-batas menurut undang-undang atau ketentuan peraturan hukum yang lebih tinggi” (Rusmadi Murad,2013:83).

Hak atas tanah yang berasal dari hak menguasai oleh negara, tersebut dalam Pasal 16 UUPA, yaitu Hak Milik; Hak Guna Usaha; Hak Guna Bangunan; Hak Pakai; Hak Sewa; Hak Membuka Tanah; Hak Memungut Hasil Hutan; Hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut di atas yang akan ditetapkan dengan undang-undang serta hak-hak yang sifatnya sementara sebagai yang disebutkan dalam Pasal 53 UUPA (Hak Pengelolaan, Hak Milik Satuan Rumah Susun, Hak Tanggungan Atas Tanah, Hak Guna Ruang Tanah dan lain-lain) (Rusmadi Murad, 2013:84).

1. Hak Milik

Hak Milik adalah hak turun menurun, terkuat dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atau badan hukum atas tanah dengan mengingat fungsi sosial. Berdasarkan penjelasan Pasal 20 UUPA disebutkan bahwa sifat-sifat dari Hak Milik yang membedakannya dengan hak-hak lainnya. Hak Milik merupakan hak yang terkuat dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atas tanah, yang memberikan kewenangan kepada pemilikya untuk memberikan kembali suatu hak lain diatas bidang tanah. Beberapa bentuk penggunaan atau pengusaha tanah hak milik oleh bukan pemiliknya, yaitu :

- a. Hak milik atas tanah dibebani dengan hak guna bangunan
- b. Hak milik atas tanah dibebani dengan hak pakai
- c. Hak sewa untuk bangunan
- d. Hak Gadai (Gadai Tanah)
- e. Hak Usaha Bagi Hasil (Perjanjian Bagi Hasil)
- f. Hak Menumpang
- g. Hak sewa tanah pertanian (Urip Santoso, 2005: 97)

Adapun yang dapat mempunyai Hak Milik (Pasal 21 UUPA) adalah

- a. Perseorangan Warga negara Indonesia
- b. Badan–badan hukum : (PP No 38 Tahun 1963)
 - 1) bank–bank yang didirikan oleh negara (bank negara)
 - 2) koperasi Pertanian yang didirikan berdasarkan Undang-Undang No, 79 Tahun 1958

- 3) badan hukum Keagamaan yang ditunjuk oleh menteri Pertanian/Agraria setelah mendengar Menteri Agama
- 4) badan Sosial yang ditunjuk oleh Menteri Pertanian/Agraria setelah mendengar Menteri Sosial

Dalam konsep hukum, hubungan antara orang dengan benda merupakan hubungan yang disebut “hak”. Makna dari hak adalah hak kepemegangan atas suatu benda disebut hak milik atas benda atau dikenal sebagai *Property Right*. (Muchtari Wahid, 2008). Sementara itu, menurut Aslan Noor, teori kepemegangan ataupun pengalihan kepemegangan secara perdata atas tanah dikenal empat teori, yaitu :

- a. Hukum Kodrat, menyatakan di mana penguasaan benda-benda yang ada di dunia termasuk tanah merupakan hak kodrati yang timbul dari kepribadian manusia.
- b. *Occupation theory*, di mana orang yang pertama kali membuka tanah, menjadi pemegangnya dan dapat diwariskan.
- c. *Contract theory*, di mana ada persetujuan diam-diam atau terang-terangan untuk pengalihan tanah.
- d. *Creation theory*, menyatakan bahwa hak milik privat atas tanah diperoleh karena hasil kerja dengan cara membuka dan mengusahakan tanah. (Aslan Noor, 2006 : 28-29).

2. Hak Guna Bangunan

Hak Guna Bangunan adalah hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan atas tanah yang bukan miliknya sendiri dengan jangka waktu paling lama 30 tahun, yang bila diperlukan dapat diperpanjang lagi selama 20 tahun. Apabila jangka waktu Hak Guna Bangunan telah berakhir, maka Hak Guna Bangunan atas tanah negara atas permintaan pemegang haknya dapat diperpanjang atau diperbarui, dengan memenuhi syarat–syarat sebagai berikut :

- a. Tanahnya masih dipergunakan dengan baik sesuai dengan keadaan, sifat, dan tujuan pemberian hak tersebut
- b. Syarat–syarat pemberian hak tersebut dipenuhi dengan baik oleh pemegang hak
- c. Pemegang hak masih memenuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 UUPA

- d. Tanah tersebut masih sesuai dengan Rencana Tata Ruang Wilayah yang bersangkutan.

Adapun yang menjadi subyek Hak Guna Bangunan adalah:

- a. Warga Negara Indonesia
- b. Badan Hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia.

Tanah yang dapat diberikan dengan Hak Guna Bangunan adalah Tanah negara; Tanah hak pengelolaan; Tanah hak milik. Pada Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang pemberian Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai, mengatur pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah hak milik pada Pasal 24 dan Pasal 29. Pasal 24 menyatakan bahwa :

- (1) Hak Guna Bangunan atas tanah hak milik terjadi dengan pemberian oleh pemegang Hak Milik dengan akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah.
- (2) Pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah hak milik sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) wajib didaftarkan pada kantor pertanahan.
- (3) Hak Guna Bangunan atas tanah hak milik mengikat pihak ketiga sejak didaftarkan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2).
- (4) Ketentuan mengenai tata cara pemberian dan pendaftaran Hak Guna Bangunan atas tanah hak milik diatur lebih lanjut dengan keputusan presiden.

Dari ketentuan di atas dapat diartikan bahwa pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah hak milik terjadi pada saat dibuatnya akta pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah hak milik oleh PPAT. Pendaftaran yang dilakukan di kantor pertanahan adalah hanya untuk mengikat pihak ketiga, dan menjadi sah nya pemberian tersebut. Jangka waktu yang diberikan untuk pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah hak milik sama seperti pemberian Hak Guna Bangunan biasa yaitu tiga puluh (30) Tahun. Seperti yang diatur dalam Pasal 29 berikut :

- (1) Hak Guna Bangunan atas tanah hak milik diberikan untuk jangka waktu paling lama tiga puluh tahun.
- (2) Atas kesepakatan antara pemegang Hak Guna Bangunan dengan pemegang hak milik dapat diperbaharui dengan pemberian Hak Guna Bangunan baru dengan

akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah dan hak tersebut wajib didaftarkan.

3. Hak Pakai

Hak Pakai adalah hak untuk menggunakan dan atau memungut hasil dari tanah yang dikuasai langsung oleh negara atau tanah milik orang lain, yang memberi wewenang dan kewajiban yang ditentukan dalam keputusan pemberiannya oleh pejabat yang berwenang memberikannya atau perjanjian sewa-menyewa atau perjanjian pengolahan tanah segala sesuatu asal tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan undang-undang.

Adapun Subyek Hak Pakai adalah :

- a. Warga Negara Indonesia
- b. Badan hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia;
- c. Departemen, Lembaga Pemerintah Non departemen dan pemerintah daerah;
- d. Badan-badan keagamaan dan sosial
- e. Orang asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia
- f. Badan hukum asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia
- g. Perwakilan negara asing dan perwakilan badan internasional

BAB III

TUJUAN DAN MANFAAT PENELITIAN

Tujuan umum dari penelitian ini adalah model formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM. Pengaturan hubungan hukum antara pemegang HGB/Hak Pakai dan pemegang HM ini diarahkan untuk terwujudnya usaha agraria yang berkeadilan dan mensejahterakan rakyat, sehingga dapat memutus rantai kemiskinan atau mencegah struktur agraria yang tidak adil. Artinya model hubungan hukum pertanahan ini diharapkan dapat menyelesaikan konflik pertanahan yang sebagai akibat ketimpangan struktur agraria. Adapun tujuan khusus untuk tahun pertama, keseimbangan hak dan kewajiban dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM. Untuk tahun kedua model formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM.

Adapun manfaat kajian ini adalah sebagai berikut.

1. Manfaat Teoritis

Penelitian mengenai formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM, dapat digunakan sebagai rujukan untuk penelitian lanjutan dan dapat dijadikan bahan ajar untuk perkuliahan mahasiswa khususnya sebagai tambahan materi dalam perkuliahan hukum agraria di S1 yang diajarkan di Fakultas-fakultas Hukum baik di fakultas hukum universitas peneliti maupun di fakultas hokum universitas lainnya.

2. Manfaat Praktis

a. Bagi Pemerintah

Penelitian mengenai formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM, dapat digunakan sebagai bahan pertimbangan untuk membuat atau menyempurnakan peraturan perundang-undangan khususnya peraturan

mengenai pengaturan hubungan hukum dalam pemanfaatan lahan yang berkeadilan.

b. Bagi Masyarakat

Bagi masyarakat pada umumnya kajian ini dapat digunakan untuk memberikan informasi dan gambaran umum tentang hubungan hukum dalam pemanfaatan lahan yang berkeadilan.

BAB IV

METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian

Kajian ini merupakan penelitian hukum normatif artinya suatu proses untuk menemukan model formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM. Sifat penulisan yang digunakan dalam penelitian ini adalah preskriptif artinya bagaimana seharusnya pengaturan hubungan hukum antara pemegang HGB/Hak Pakai dan pemegang HM ini diarahkan untuk terwujudnya usaha agraria yang berkeadilan dan mensejahterakan rakyat, dengan menggunakan konsep-konsep hukum, validitas aturan hukum dan norma-norma hukum. (Peter Mahmud Marzuki, 2007: 22)

B. Pendekatan Penelitian

Pendekatan yang digunakan dalam kajian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan, yakni dengan mencari *ratio legis* dan dasar *ontologis* lahirnya perundang-undangan terkait masalah penelitian. Dengan mempelajari *ratio legis* dan dasar *ontologis* suatu undang-undang dapat ditemukan kandungan filosofi yang ada di belakang undang-undang itu. Memahami kandungan filosofi yang ada di belakang undang-undang itu, dapat disimpulkan mengenai ada tidaknya benturan filosofis antara undang-undang dengan isu yang dihadapi dan digunakan sebagai dasar untuk membangun argumentasi hukum untuk menjawab isu hukum model formulasi prinsip bagi hasil dalam perjanjian sewa menyewa tanah dalam rangka pemberian HGB/Hak Pakai di atas HM. (Peter Mahmud Marzuki, 2008 : 93-94).

C. Sumber Data

Bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini antara lain:

1. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
2. Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945.
3. Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

4. Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1996 Tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan Dan Hak Pakai Atas Tanah.
5. Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah.
6. Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 3 Tahun 1997 sebagaimana telah dirubah dengan Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia No. 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 3 Tahun 1997 tentang Ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah.

Sedangkan bahan-bahan sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi, meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan. (Peter Mahmud Marzuki, 2007: 141)

D. Teknik Pengumpulan Data

Penelitian ini menggunakan studi dokumen dengan cara mengumpulkan dan menganalisis isi dari peraturan Perundang-undangan yang berkaitan dengan pemberian HGB atau Hak Pakai di atas Hak Milik, dokumen-dokumen, data-data dan literatur lainnya yang ada hubungannya dengan penelitian yang dilakukan. (Soerjono Soekanto, 2007: 21-22). Beberapa data dimintakan penjelasan dan konfirmasi pejabat dari Kantah Kota Denpasar, Kantah Kota Kabupaten Badung, PPAT, pemegang HGB, Hak Pakai, Hak Milik.

E. Teknik Analisis Data

Untuk menemukan jawaban atas isu hukum dengan digunakan silogisme deduksi dan interpretasi gramatikal, sistematis, modern. Penalaran hukum ini dilakukan dalam kerangka tiga acuan dasar dari Visser't Hooft, yaitu positivitas, koherensi, dan keadilan. (Bernard Arief Sidharta, 2009 : 144).

Sebagai premis mayor adalah teori keadilan, asas fungsi sosial hak atas tanah, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, UUPA, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1996 Tentang

Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan Dan Hak Pakai Atas Tanah; Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah; Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 3 Tahun 1997 sebagaimana telah dirubah dengan Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia No. 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 3 Tahun 1997 tentang Ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. Sedangkan yang menjadi premis minor yaitu perjanjian sewa menyewa tanah dan akta pemberian HGB/Hak Pakai di atas Hak Milik.

BAB V

HASIL DAN PEMBAHASAN

C. Gambaran Umum Pemberian Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai Di Atas Hak Milik Di Propinsi Bali

Sebagian besar wilayah Provinsi Bali merupakan daerah pegunungan dan perbukitan. Rantai pegunungan memanjang dari Barat ke Timur. Di antara pegunungan itu terdapat gunung berapi yang masih aktif, yaitu Gunung Agung (3.142 m) dan Gunung Batur (1.717 m). Beberapa gunung yang tidak aktif lainnya mencapai ketinggian antara 1.000 - 2.000 m dpl. Rantai pegunungan yang membentang di bagian tengah Pulau Bali menyebabkan wilayah ini secara geografis terbagi menjadi dua bagian yang berbeda, yaitu Bali Utara dengan dataran rendah yang sempit dari kaki perbukitan dan pegunungan dan Bali Selatan dengan dataran rendah yang luas dan landai. Ditinjau dari kemiringan lerengnya, Pulau Bali sebagian besar terdiri atas lahan dengan kemiringan antara 0 - 2 % sampai dengan 15 - 40 %. Selebihnya adalah lahan dengan kemiringan di atas 40%.

Secara administrasi, Provinsi Bali terbagi menjadi delapan kabupaten dan satu kota, yaitu Kabupaten Jembrana, Tabanan, Badung, Gianyar, Karangasem, Klungkung, Bangli, Buleleng, dan Kota Denpasar yang juga merupakan ibukota provinsi. Selain Pulau Bali, Provinsi Bali juga terdiri dari pulau-pulau kecil lainnya, yaitu Pulau Nusa Penida, Nusa Lembongan, dan Nusa Ceningan di wilayah Kabupaten Klungkung, Pulau Serangan di wilayah Kota Denpasar, dan Pulau Menjangan di Kabupaten Buleleng. Luas total wilayah Provinsi Bali adalah 5.634,40 ha dengan panjang pantai mencapai 529 km.

Penggunaan lahan di Provinsi Bali terbagi atas lahan sawah sebesar 82.053 ha, lahan kering 350.926,99 ha, dan hutan sebesar 130.686,01 ha. Penggunaan lahan kering di Provinsi Bali terbagi atas ladang 36,62 persen, perkebunan 36,12 persen, pemukiman 13,75 persen, dan sisanya untuk penggunaan lain. Lahan persawahan terluas terletak di Kabupaten Tabanan (pada 2006 mencapai 22.490 ha). Hal ini sesuai dengan julukan Tabanan sebagai lumbung beras. Kawasan hutan di Provinsi Bali memiliki luas sekitar 130.686,01 ha dan 23,2% dari luas Pulau Bali, yang terdiri

dari kawasan Hutan Lindung seluas 95.766,66 ha (73,28% dari luas hutan keseluruhan). Hutan Konservasi seluas 26.293,59 ha yang terdiri dari: Cagar Alam seluas 1.762,80 ha dan Taman Nasional seluas 19.002,89 ha yang terdiri dari daratan seluas 15.587,89 ha dan perairan seluas 3.415 ha, Hutan Wisata Alam seluas 19.002,89 ha, Taman Hutan Raya seluas 1.373,50 ha, Hutan Produksi Tetap seluas 1.907,10 ha dan Hutan Produksi Terbatas seluas 6.719,26 ha dan Hutan Bakau seluas 3.013 ha yang terdiri dari 2.177 ha di dalam kawasan hutan dan 834 ha terletak di luar kawasan hutan.

Dalam Peraturan Daerah Propinsi Bali No. 2 Tahun 2012 tentang Kepariwisata Budaya Bali dinyatakan bahwa kebudayaan Bali sebagai bagian dari kebudayaan Indonesia adalah landasan utama pembangunan kepariwisataan Bali, yang mampu menggerakkan potensi kepariwisataan dalam dinamika kehidupan lokal, nasional, dan global. Pembangunan kepariwisataan Bali bertujuan untuk mendorong pemerataan kesempatan berusaha dan memperoleh manfaat yang sebesar-besarnya bagi kesejahteraan masyarakat sehingga terwujud cita-cita kepariwisataan untuk Bali dan bukan Bali untuk kepariwisataan.

Menurut Pasal 2 Peraturan Daerah Propinsi Bali No. 2 Tahun 2012, Penyelenggaraan Kepariwisata Budaya Bali dilaksanakan berdasarkan pada asas manfaat, kekeluargaan, kemandirian, keseimbangan, kelestarian, partisipatif, berkelanjutan, adil dan merata, demokratis, kesetaraan dan kesatuan yang dijiwai oleh nilai-nilai Agama Hindu dengan menerapkan falsafah Tri Hita Karana. Selanjutnya dalam Pasal 3 dinyatakan Kepariwisata budaya Bali bertujuan untuk:

1. melestarikan kebudayaan Bali yang dijiwai oleh nilai-nilai Agama Hindu;
2. meningkatkan pertumbuhan ekonomi;
3. meningkatkan kesejahteraan masyarakat;
4. menciptakan kesempatan berusaha;
5. menciptakan lapangan kerja;
6. melestarikan alam, lingkungan, dan sumber daya;
7. mengangkat citra bangsa;
8. memperkuat rasa cinta tanah air dan kesatuan bangsa; dan mempererat persahabatan antarbangsa.

Menurut Pasal 2 Peraturan Daerah Propinsi Bali No. 2 Tahun 2012, Pembangunan Kepariwisata Budaya Bali dilakukan berdasarkan Rencana Tata Ruang Wilayah (RTRW) Provinsi Bali Tahun 2009 - 2029. Untuk mengetahui sebaran dan cakupan geografis kawasan pariwisata dapat dilihat dalam tabel 1 dan untuk sebaran dan cakupan geografis kawasan daya tarik wisata dalam tabel 2 di bawah ini.

Tabel 1
Sebaran Dan Cakupan Geografis Kawasan Pariwisata

No	Kawasan Pariwisata	Desa/ Kelurahan	Luas (ha)	Wilayah Kecamatan	Kabupaten/ Kota
1	Nusa Dua	Benoa Tanjung Benoa Jimbaran Ungasan Pecatu Kutuh	2.928 239 2.050 1.499 2.641 656	Kuta Selatan Kuta Selatan Kuta Selatan Kuta Selatan Kuta Selatan Kuta Selatan	Badung Badung Badung Badung Badung Badung
2	Kuta	Kuta Legian Seminyak Kerobokan Kelod Kerobokan Canggu Tibubeneng Parerenan Munggu Cemagi	882 305 206 526 542 523 650 446 549 358	Kuta Kuta Kuta Kuta Utara Kuta Utara Kuta Utara Kuta Utara Mengwi Mengwi Mengwi	Badung Badung Badung Badung Badung Badung Badung Badung Badung Badung
3	Tuban	Tuban Kedonganan	262 91	Kuta Kuta	Badung Badung
4	Sanur	Sanur Kaja Sanur Kauh Sanur Serangan Kesiman Petilan	269 382 402 481 190	Denpasar Selatan Denpasar Selatan Denpasar Selatan Denpasar Selatan Denpasar Timur	Denpasar Denpasar Denpasar Denpasar Denpasar
5	Ubud	Ubud Melinggih Kaja Melinggih Kelod	732 487 462	Ubud Payangan Payangan	Gianyar Gianyar Gianyar

		Kedewatan Peliatan Mas Petulu Lod Tunduh Sayan Singakerta Kliki Tegallalang Puhu	435 493 465 233 627 578 675 452 782 1.291	Ubud Ubud Ubud Ubud Ubud Ubud Tegallalang Tegallalang Payangan	Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar
6	Lebih	Candraasri Ketewel Sukawati Saba Pering Keramas Medahan Lebih Siut (Tulikup)	360 675 735 660 632 472 391 205 447	Sukawati Sukawati Sukawati Blahbatuh Blahbatuh Blahbatuh Blahbatuh Gianyar Gianyar	Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar Gianyar
7	Soka	Lalanglinggah Antap Brembeng Baraban Tegalmengkeb Kalating Tibubiu	2.014 873 587 199 549 315 158	Selemadeg Barat Selemadeg Selemadeg Selemadeg Timur Selemadeg Timur Kerambitan Kerambitan	Tabanan Tabanan Tabanan Tabanan Tabanan Tabanan Tabanan Tabanan
8	Kalibukbuk	Kalibukbuk Pemaron Tukad Mungga Anturan Kaliasem Temukus Tigawasa	263 146 148 247 628 491 1.590	Buleleng Buleleng Buleleng Buleleng Banjar Banjar Banjar	Buleleng Buleleng Buleleng Buleleng Buleleng Buleleng Buleleng
9	Batuampar	Penyabangan Banyupoh Pemuteran Sumberkima Pejarakan	1.949 2.162 3.033 3.020 3.860	Gerokgak Gerokgak Gerokgak Gerokgak Gerokgak	Buleleng Buleleng Buleleng Buleleng Buleleng
10	Candikusumo	Baluk Banyubiru Tukadaya	1.055 939 1.848	Negara Negara Negara	Jembrana Jembrana Jembrana

		Tuwed	790	Negara	Jembrana
11	Perancak	Perancak	374	Negara	Jembrana
		Air Kuning	271	Negara	Jembrana
		Yeh Kuning	421	Negara	Jembrana
		Penyaringan	5.112	Mendoyo	Jembrana
		Delod Berawah	269	Mendoyo	Jembrana
		Yeh Embang	4.579	Mendoyo	Jembrana
		Kangin			
		Yeh Sumbul	4.280	Mendoyo	Jembrana
		Medewi	677	Pekutatan	Jembrana
		Pulukan	3.448	Pekutatan	Jembrana
12	Nusa Penida	Suana	1.042	Nusa Penida	Klungkung
		Batununggul	1.345	Nusa Penida	Klungkung
		Ped	2.115	Nusa Penida	Klungkung
		Toyakapeh	65	Nusa Penida	Klungkung
		Sakti	1.316	Nusa Penida	Klungkung
		Lembongan	615	Nusa Penida	Klungkung
		Jungutbatu	297	Nusa Penida	Klungkung
13	Candidasa	Antiga Kelod	453	Manggis	Karangasem
		Antiga	883	Manggis	Karangasem
		Padangbai	360	Manggis	Karangasem
		Ulakan	598	Manggis	Karangasem
		Manggis	585	Manggis	Karangasem
		Sengkidu	222	Manggis	Karangasem
		Nyuh Tebel	202	Manggis	Karangasem
		Bugbug	887	Karangasem	Karangasem
		Pertima	801	Karangasem	Karangasem
		Subagan	1.201	Karangasem	Karangasem
14	Ujung	Karangasem	1.068	Karangasem	Karangasem
		Tumbu	400	Karangasem	Karangasem
		Seraya Barat	948	Karangasem	Karangasem
		Seraya	1.398	Karangasem	Karangasem
		Seraya Timur	836	Karangasem	Karangasem
15	Tulamben	Baturinggit	1.825	Kubu	Karangasem
		Kubu	1.215	Kubu	Karangasem
		Dukuh	1.207	Kubu	Karangasem
		Tulamben	1.915	Kubu	Karangasem
		Culik	365	Abang	Karangasem
		Datah	3.674	Abang	Karangasem
		Labasari	414	Abang	Karangasem
		Purwakerti	449	Abang	Karangasem

		Bunutan	2.959	Abang	Karangasem
16	Air Sanih	Tembok	1.081	Tejakula	Buleleng
		Sambirenteng	94	Tejakula	Buleleng
		Penuktukan	625	Tejakula	Buleleng
		Les	769	Tejakula	Buleleng
		Bondalem	669	Tejakula	Buleleng
		Tejakula	1.396	Tejakula	Buleleng
		Julah	470	Tejakula	Buleleng
		Sembiran	1.779	Tejakula	Buleleng
		Pacung	666	Tejakula	Buleleng
		Bukti	625	Kubutambahan	Buleleng

Sumber : Lampiran Peraturan Daerah Propinsi Bali tentang Rencana Tata Ruang Wilayah Bali, 2009-2029

Pariwisata di Kecamatan Kuta dimulai dari ketersediaan akomodasi bagi wisatawan yang terkonsentrasi di sepanjang pantai Kuta yang merupakan obyek wisata utama. Pada awalnya, fasilitas akomodasi hanya berupa *home stay* (rumah-rumah penduduk sebagai akomodasi wisata), yang berada di sebelah timur Pantai Kuta, yang sekarang dikenal dengan jl. Benesari, jl. Poppies I, jl. Poppies II dan jl. Pantai Kuta. Bangunan fasilitas wisata di Kecamatan Kuta berkembang ke arah Utara (pantai Legian dan pantai Seminyak), ke Timur (jl. Raya Legian) dan Selatan (pantai Tuban dan Pantai Kedonganan). Kawasan ini dalam dua dekade terakhir telah berkembang dan penuh dengan kesibukan pariwisata serta menjadi pusat kehidupan malam yang utama di Bali. Pantainya landai berpasir putih terbentang lebar dan memanjang dari Kuta hingga Seminyak sangat menarik minat wisatawan karena memenuhi syarat untuk tujuan berbagai rekreasi pantai. Jumlah akomodasi yang terdapat di Kecamatan Kuta sebanyak 328 unit, yang terdiri dari hotel berbintang sebanyak 57 hotel, hotel melati 233 dan pondok wisata 38. Posisi dari sebuah hotel tergantung pada lokasi pasar, dan seharusnya hotel terletak di dalam atau di sekitar pusat wisata (Foster,1985). Lokasi hotel berbintang di Kuta, terkonsentrasi di bagian Barat, sekitar obyek wisata utama yaitu sepanjang pantai Kuta, pantai Legian, pantai Seminyak dan pantai Tuban. Sebaran hotel berbintang cenderung linier sepanjang jalan utama tepian pantai. Lokasi hotel melati dan pondok wisata tersebar ke arah Timur menjauhi pantai dan lokasinya tersebar di antara perumahan penduduk. Sebaran hotel melati dan pondok wisata cenderung

mengelompok di koridor jalan lingkungan, terutama terkonsentrasi di jl. Poppies I, jl Poppies II dan jl. Benesari. Jumlah fasilitas belanja yang ada di Kecamatan Kuta 1907 unit, terdiri dari 919 unit penjualan kerajinan dan 988 unit penjualan pakaian. Sebaran fasilitas belanja cenderung disepanjang jalan lokal dan mengelompok di antara usaha sejenis. Lokasi belanja barang kerajinan terkonsentrasi di sepanjang jalan lokal yaitu jl. Legian, jl. Dhyana Pura, jl. Double Six, jl. Pura Bagus Taruna, jl. Padma dan jl. Kartika Plaza. Lokasi belanja barang pakaian relatif sama dengan lokasi kerajinan, terkonsentrasi di jalan lokal yaitu jl. Legian, jl. Pantai Kuta, jl. Kartika Plaza, jl. Melasti, jl. Dhyana Pura, jl. Double Six, jl. Pura Bagus Taruna dan jl. Padma. Selain di jalan lokal, belanja pakaian juga terdapat di jalan lingkungan seperti jl. Poppies I, jl. Poppies II dan jl. Benesari. Restoran merupakan fasilitas kedua yang paling sering digunakan oleh wisatawan setelah fasilitas akomodasi (Ashworth dan Tunbridge, 2002). Wisatawan dalam memilih sebuah restoran dapat berdasarkan pada beberapa pertimbangan antara lain menu atau pelayanan spesifik yang mereka tawarkan atau karena lokasi dan fasilitas restoran tersebut, bahkan seringkali wisatawan memilih fasilitas konsumsi karena keterkaitan dengan fasilitas wisata lainnya (Smith, 2002). Fasilitas konsumsi barang dan jasa memiliki dua karakteristik lokasi yang sangat penting yaitu kecenderungan mengelompok di antara usaha sejenis disatu wilayah ataupun ruas jalan dan kecenderungan untuk berada di lokasi yang sama dengan fasilitas wisata yang lain termasuk hotel yang juga menawarkan restoran untuk umum. Restoran-restoran dan hotel-hotel di Kecamatan Kuta menawarkan berbagai menu internasional dan menu Indonesia yang dapat menjadi pilihan guna memenuhi selera masing-masing, baik wisatawan mancanegara maupun wisatawan nusantara. Jumlah restoran di Kecamatan Kuta 498 restoran, yang terdiri dari masakan daerah 4 restoran, masakan Indonesia 169 restoran, masakan non Indonesia 325 restoran. Sebaran lokasi restoran berada di koridor jalan utama dan lokasinya mengelompok dalam kelompok kecil di antara fasilitas belanja maupun di sekitar fasilitas akomodasi. Restoran masakan nonIndonesia tersebar linier mengikuti pola jaringan jalan lokal, yang berfungsi sebagai jalur-jalur perbelanjaan, terutama berada di jl. Legian, jl. Pantai Kuta, jl. Melati, jl. Dhyana Pura, jl. Bakung Sari, jl. Double Six, jl. Raya Seminyak, jl. Pantai

Tuban, jl. Kartika Plaza dan jl. Padma. Sedangkan restoran masakan Indonesia terletak di sepanjang koridor dan jalan-jalan lingkungan seperti di jl. Raya Tuban, jl. Poppies I, jl. Poppies II dan jl. Benesari.

Industri pariwisata yang menjadi daya tarik utama Propinsi Bali, sudah tentu membutuhkan lahan tanah sebagai salah satu penunjangnya. Untuk memenuhi kebutuhan akan tersedianya lahan penunjang sarana dan prasarana pariwisata dan menjaga kelestarian tanah-tanah yang ada di Bali maka tanah-tanah yang ada di Bali banyak yang disewakan dalam jangka waktu yang sangat panjang. Adapun landasan hukum pemberian HGB atau Hak Pakai di atas Hak Milik adalah sebagai berikut.

Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, menjadi peraturan yang paling mendasar dalam pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik atas tanah. Pasal 33 ayat (3) menyatakan bahwa bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Ketentuan yang terdapat dalam pasal tersebut menunjukkan posisi negara selaku pengelola sumber daya alam di wilayah Indonesia. Dalam hal ini Negara bertindak sebagai organisasi kekuasaan dari seluruh rakyat yang diberi wewenang mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan tanah, bukan bertindak sebagai pemegang tanah. Pasal ini menjadi landasan konstitusional dalam peningkatan hak karena merupakan dasar kebijakan pemerintah dalam bidang pertanahan yang bertujuan untuk kemakmuran rakyat.

Pasal 2 ayat (2) UUPA menentukan kewenangan dari Hak menguasai negara untuk :

- a. Mengatur dan menyelenggarakan peruntukan penggunaan, persediaan, dan pemeliharaan bumi, air, dan ruang angkasa
- b. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan antara orang-orang dengan bumi, air, dan ruang angkasa
- c. Menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan hukum yang mengenai bumi, air, dan ruang angkasa.

Kewenangan kedua dan ketiga memberi ruang kepada Negara, terutama Pemerintah, dengan mengeluarkan berbagai kebijakan untuk mewujudkan hubungan

hukum antara pemegang HGB atau Hak Pakai dan Pemegang Hak Milik yang berkeadilan dan saling mensejahterakan.

Pasal 6 UUPA menyatakan bahwa semua hak atas tanah mempunyai fungsi sosial. Dalam pasal tersebut dimuat suatu pernyataan penting mengenai hak-hak atas tanah yang merumuskan secara singkat sifat kebersamaan atau kemasyarakatan hak-hak atas tanah. Tidak hanya hak milik, tapi semua hak atas tanah memiliki fungsi sosial. Hal ini berarti hak atas tanah apapun yang ada pada seseorang tidak dibenarkan bahwa tanahnya itu akan dipergunakan semata-mata untuk kepentingan pribadinya.

Penggunaan tanah harus disesuaikan dengan keadaan dan sifat daripada haknya, sehingga bermanfaat bagi kesejahteraan masyarakat dan Negara. Dalam hal ini tidak berarti kepentingan perseorangan tersedesak oleh kepentingan masyarakat. Kepentingan perseorangan dan kepentingan masyarakat harus saling mengimbangi untuk mencapai tujuan pokok yaitu kemakmuran, keadilan, dan kebahagiaan bagi rakyat seluruhnya.

Fungsi sosial hak-hak atas tanah mewajibkan pada yang mempunyai hak untuk mempergunakan tanah yang bersangkutan sesuai keadaannya. Dalam hal ini keadaan tanah, sifat, dan tujuan pemberian haknya. Secara logika, sudah sewajarnya apabila tanah harus dipelihara baik-baik, agar bertambah kesuburannya serta dicegah kerusakannya. Kewajiban memelihara tanah ini tidak hanya dibebankan pada pemegang atau pemegang hak yang bersangkutan, melainkan menjadi beban setiap orang, badan hukum atau instansi yang mempunyai hubungan hukum dengan tanah tersebut. Jika kewajiban tersebut sengaja diabaikan maka akan mengakibatkan hapusnya atau batalnya hak yang bersangkutan.

Hak Guna Bangunan adalah hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan di atas tanah yang bukan miliknya sendiri, dengan jangka waktu 30 tahun. Artinya pemegang Hak Guna Bangunan bukanlah pemegang Hak Milik dari tanah di mana bangunan itu berdiri. Menurut Pasal 27 UUPA terjadinya Hak Guna Bangunan adalah sebagai berikut :

- a. Mengenai tanah yang dikuasai langsung oleh Negara: karena penetapan pemerintah;

- b. Mengenai tanah milik: karena perjanjian yang berbentuk autentik antara pemilik tanah yang bersangkutan dengan pihak yang akan memperoleh Hak Guna Bangunan itu, yang bermaksud menimbulkan hak tersebut.

Berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai Atas Tanah, pemberian Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai di atas tanah Hak Milik dilakukan oleh pemegang Hak Milik dengan akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah (“PPAT”). Pemberian tersebut dilakukan dengan suatu perjanjian sewa menyewa tanah antara pemegang Hak Milik dengan calon pemegang Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai yang dicantumkan dalam akta yang dibuat oleh PPAT. Pemberian Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai di atas tanah Hak Milik tersebut wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan. Jangka waktu Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik diberikan paling lama 30 (tiga puluh) tahun. HGB di atas tanah Hak Milik dapat diperbaharui dengan pemberian HGB baru berdasarkan perjanjian yang dituangkan dalam akta yang dibuat oleh PPAT dan hak tersebut wajib didaftarkan pada kantor pertanahan setempat.

Dalam Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai atas Tanah, dikenal Pemberian Hak Guna Bangunan (HGB) di atas Hak Milik (HM) atas tanah. Pemberian HGB di atas HM diartikan bahwa, para penduduk asli Bali yang mempunyai tanah-tanah Hak Milik, dapat bekerja sama dengan pihak lain (investor) melalui suatu perjanjian permulaan pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik atau sewa-menyewa yang memuat kesepakatan kedua belah pihak bahwa di atas tanah Hak Milik yang diperjanjikan tersebut akan dibebani/diberikan Hak Guna Bangunan.

Tabel 2
Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik Th. 2015 di Kota Denpasar

No	Nama Pemegang HGB	Nama Pemegang HM	Bidang	Luas (m ²)	Peruntukan
1	PT. U L	Ny. WT	4	2.340	Perdagangan dan jasa

2	PT. B S L	IKD, NMS	2	3.506	Kawasan Pemukiman
3	PT. T M	IWS	1	1.200	Kawasan Perumahan
4	PT. E	AKW, AKD, AKP	6	12.028	Pekarangan kosong
5	PT. S B K	INS, IKRT	2	2.696	Akomodasi Pariwisata
6	PT. A M L	IGP, IGGS	5	2.501	Akomodasi Pariwisata
7	PT. A S N	IGP	1	500	Akomodasi Pariwisata
8	PT. P M	IWP	1	4.200	Pemukiman
9	PT. Z P	IBP, IBJ	2	7.715	Akomodasi Pariwisata
10	PT. H P	NMK dkk, IGAH	5	26.843	Perumahan
11	PT. H S	IBGK	1	1.720	Akomodasi Pariwisata
12	PT. K C	IMS, DNMK, IWS	3	2.806	Pemukiman, Perdagangan dan Jasa
13	PT. H B S	NNR, NWS	2	1.808	Pemukiman
14	INS	IMN	1	867	Kawasan Pemukiman
15	PM	IWR dan IKS	1	1.620	Kawasan Pemukiman
16	RPJMW	IWK	1	583	Perumahan
17	IBNA	IMG	1	3.155	Perumahan
18	R	NKS dkk	1	926	Perdagangan dan jasa
19	NSA	JP dkk	1	4.190	Pemukiman
20	LB	IWS dkk	1	1.584	Pemukiman
	Jumlah		42	82.788	

Sumber : Kantor Pertanahan Kota Denpasar

Tabel 3
Hak Pakai di atas Hak Milik Th. 2015 di Kota Denpasar

No	Nama Pemegang Hak Pakai	Nama Pemegang HM	Bidang	Luas (m ²)	Peruntukan
1	DCMO	IMS	1	1800	Kawasan Perumahan

Sumber : Kantor Pertanahan Kota Denpasar

Tabel 4

Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik Th. 2015 Di Kabupaten Badung

No	Nama Pemegang HGB	Nama Pemegang HM	Bidang	Luas (m2)	Penggunaan
1	PT. JBP	IPDW	1	2.432	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
2	PT. PKS	IGSDK	2	4.920	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
3	PT. AMS	NMPWN	1	1.255	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
4	PT. ARS	NMPWN	1	1.145	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
5	SM	MCN	1	1.125	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
6	Y	IWAM	1	1.100	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
7	PT. BRM	IPDW	1	1.745	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
8	PT. JI	IWS	1	1.500	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
9	PT.JS	DKW	1	3.440	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
10	NLPSUS	IKM	1	1.760	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
11	PT. GH	IGSDK	1	1.200	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
12	IH	NMPWN	1	1.480	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
13	PT. SKA	KYA	1	1.138	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
14	PT. ABM	KYA	1	535	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
15	HS	IWPW	1	60.000	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
16	PT. BIS	INA	1	3.500	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
17	PT. BAP	IPP	1	4.000	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
18	PT. RJR	AAA	3	13.060	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
19	PT. LBB	AAA	3	7.690	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
20	PT. BND	IKM	1	18.250	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
21	PT. GKI	IKM	1	4.917	Akomodasi Wisata/

					Perdagangan dan Jasa
22	PT. MR	IKS	1	7.395	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
23	PT. MAP	INT	3	65.060	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
24	PT. JC	GNDAP	1	1.920	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
25	PT. KCMA	FL	2	2.564	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
26	PT. AB	W	1	1.350	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
27	PT. SMT	IPDW	1	4.700	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
28	PT. BBB	INT	1	1.000	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
29	YE	IPGS	5	1.283	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
30	PT. DIS	INA	1	1.975	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
31	PT. DPS	NPSD	1	2.090	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
32	PT. WPK	INT	2	4.722	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
33	PT. SSW	INT	2	1.547	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
34	PT. BJP	NMPWN	1	3.900	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
35	PT. PJI	IGSDK	1	11.630	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
36	PT. SBP	IKP	1	3.515	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
37	PT. SVB	IKP	1	10.000	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
38	DPG	IGNAUP	1	4.951	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
39	PT. DPS	NPSD	1	4.910	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
40	IWSA	WH	1	400	Akomodasi Wisata/ Perdagangan dan Jasa
	Jumlah		51	271.104	

Sumber : Kantor Pertanahan Kabupaten Badung

Tabel 5
Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik Th. 2015 Di Kabupaten Tabanan

No	Nama Pemegang HGB	Nama Pemegang HM	Bidang	Luas (m2)	Penggunaan
1	PT. HR	INS, IWS, IMK, IKS, IMS	6	5.774	Akomodasi Pariwisata

Sumber : Kantor Pertanahan Kabupaten Tabanan

D. Keseimbangan Hak Dan Kewajiban Dalam Perjanjian Sewa Menyewa Tanah Dalam Rangka Pemberian HGB/Hak Pakai Di Atas Hak Milik

Untuk mengetahui adanya keadilan dalam hubungan hukum antara pemegang HM dan pemegang HGB dapat dilihat dari proses pembuatan hak dan kewajiban para pihak dalam akta sewa menyewa, perjanjian pendahuluan, dan akta pemberian HGB di atas HM.

1. Proses Pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik

Pasal 21 Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Pemberian Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai menentukan bahwa tanah yang dapat diberikan dengan Hak Guna Bangunan adalah Tanah Negara; Tanah Hak Pengelolaan; Tanah Hak Milik.

Jangka waktu yang diberikan untuk pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik sama seperti pemberian Hak Guna Bangunan biasa yaitu 30 (tiga puluh) Tahun. Hal ini diatur dalam Pasal 29 Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 yang menyatakan :

- a) Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik diberikan untuk jangka waktu paling lama tiga puluh tahun.
- b) Atas kesepakatan antara pemegang Hak Guna Bangunan dengan pemegang Hak Milik dapat diperbaharui dengan pemberian Hak Guna Bangunan baru dengan akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah dan hak tersebut wajib didaftarkan.

Pasal 36 ayat (3) Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 menyatakan bahwa jika Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik hapus sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35, tanah yang diberi Hak Guna Bangunan tersebut menjadi kembali ke dalam penguasaan pemegang Hak Milik. Pasal 38 menambahkan bahwa apabila telah hapus seperti yang dicantumkan pada Pasal 35 maka bekas pemegang

Hak Guna Bangunan wajib menyerahkan tanahnya kepada pemegang Hak Milik dan memenuhi ketentuan yang sudah disepakati dalam perjanjian pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik.

Menurut Pasal 24 PP No 40 Tahun 1996, pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik terjadi pada saat dibuatnya akta pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik oleh PPAT. Pendaftaran yang dilakukan di kantor pertanahan adalah hanya untuk mengikat pihak ketiga, dan menjadi sah nya pemberian tersebut. Peraturan Perundang-undangan ini sebetulnya mengamanatkan bahwa untuk tata cara pemberian dan pendaftaran pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik akan diatur lebih lanjut dengan Keputusan Presiden. Namun sampai saat ini aturan tersebut belum juga ada sehingga dalam pelaksanaannya sering menimbulkan permasalahan.

Menurut Pasal 120 Peraturan Menteri Agraria/Kepala BPN No. 3 Tahun 1997, pembebanan Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai atas Hak Milik harus didaftarkan ke kantor pertanahan setempat oleh pemegang hak milik atau penerima Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai, dengan melampirkan:

- a. Surat permohonan pendaftaran Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai atas Hak Milik;
- b. Sertifikat Hak Milik yang dibebani dengan Hak Guna Bagunan atau Hak Pakai;
- c. Akta PPAT bersangkutan;
- d. Identitas penerima Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai;
- e. Surat kuasa tertulis dari pemohon, apabila permohonan tersebut diajukan oleh orang lain;
- f. Bukti pelunasan pembayaran bea perolehan hak atas tanah dan bangunan;
- g. Bukti pelunasan pembayaran PPh.

Pendaftaran pembebanan hak tersebut dicatat dalam buku tanah hak atas tanah pada kolom yang telah disediakan. Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai, dibuatkan buku tanah, surat ukur tersendiri, dan diterbitkan sertifikatnya atas nama pemegang haknya.

Ada 3 (tiga) perbuatan hukum yang dilakukan oleh masing-masing pihak dalam pemberian Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai di atas Hak Milik atas tanah

di Kabupaten Badung Bali. Pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik atas tanah dapat diberikan dengan menggunakan akta sewa menyewa sebagai dasar pemberiannya, namun ada juga yang menggunakan perjanjian pendahuluan pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik atas tanah. Ada tiga contoh perbuatan hukum sebagai berikut.

- a. Duda I Wyn M, sebagai Pihak Pertama, adalah pemilik dari sebidang tanah. Tanah tersebut disewakannya kepada Pihak Kedua, Tuan SM. Kemudian dilakukanlah pembuatan Akta Sewa-Menyewa dan di sertai juga dengan pembuatan akta perjanjian pendahuluan pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik. Duda I Wyn M dalam melakukan perbuatan hukum ini, tidak memerlukan persetujuan dari isterinya dikarenakan telah meninggal dunia, dan hanya mendapatkan persetujuan dari anak laki-laki satu-satunya Tuan I Md S. Tuan I Md S dihadirkan untuk membubuhkan tanda tangannya, dikarenakan Tuan I Md S adalah anak laki-laki satu-satunya. Bali merupakan salah satu adat yang menganut system Patrilenial. Anak laki-laki merupakan ahli waris utama dari apa yang dimiliki oleh kedua orang tuanya, dan mengingat usia Duda I Wy M yang sudah 66 tahun maka Tuan I Md S ikut menandatangani akta untuk mengetahui status tanah yang dimiliki ayahnya. Akta Sewa-menyewa ini dibuat dihadapan Notaris PR, SH, Notaris di Denpasar. Akta Sewa-Menyewa ini dilakukan atas sebidang tanah seluas 1125 M² (seribu seratus duapuluh lima meter persegi) terletak di Kelurahan Kerobokan Kelod, Kecamatan Kuta Utara, Kabupaten Badung, Propinsi Bali, tertera atas nama: I Wyn M. Akta ini dibuat untuk jangka waktu 25 (duapuluh lima) tahun. Uang sewa untuk seluruh jangka waktu tersebut diberikan sebesar Rp. 250.000.000.- (duaratus limapuluh juta rupiah). Bentuk bangunan dan usaha yang akan dibentuk oleh pihak kedua tidak secara detail disebutkan, hanya disebutkan bahwa di atas tanah yang disewanya tersebut akan didirikan bangunan untuk tempat usaha, dimana usaha tersebut tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku, di desa setempat dengan mengutamakan syarat-syarat yang telah disepakati bersama. Sehubungan dengan kuasa untuk mengurus serta mendirikan bangunan yang dimaksud, maka bersamaan dengan akta sewa menyewa tersebut, kuasa itu diberikan kepada

pihak kedua. Klausul mengenai pihak kedua akan memohonkan Hak Guna Bangunan atas tanah yang disewanya diatur dalam Pasal 7 pada akta sewa menyewa ini, yang berbunyi:

Pihak Kedua dalam hal ini akan memohonkan Hak Guna Bangunan atas tanah yang disewa tersebut di atas Sertifikat Hak Milik dari Pihak Pertama, dan Pihak Kedua juga akan mencarikan dana atas Sertifikat Hak Guna Bangunan di atas hak milik tersebut untuk kedua Hal Tersebut masa sewa dalam Pasal 1 tersebut di atas dimana risiko sepenuhnya ada pada pihak kedua dan apabila sewa berakhir maka hak-hak pemilik tanah wajib dikembalikan seperti pada permulaan sewa dilakukan.

Selain pembuatan akta sewa-menyewa dibuat juga akta perjanjian pendahuluan pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik. Perjanjian ini berisi tentang maksud kedua belah pihak, jangka waktu yang diberikan sama dengan jangka waktu pada akta sewa menyewa yaitu selama 25 (duapuluh lima) tahun. Apabila jangka waktu telah berakhir maka bangunan yang ada di atas tanah tersebut akan diserahkan pada pihak pertama tanpa ada ganti kerugian dalam bentuk dan jumlah berapa pun juga. Perjanjian ini juga mengatur mengenai pemberian uang ganti kerugian sehubungan dengan pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik. Sedangkan untuk Akta Pemberian Hak Guna Bangunan atas Hak Milik dilaksanakan di PPAT Kabupaten Badung, Ni Kmg AS, SH, M.Kn

- b. Desa Adat L adalah pemilik daripada tanah yang di sewa oleh PT. BMPR yang berkedudukan di Jakarta. Desa Adat L dalam melakukan perbuatan hukum ini menunjuk salah seorang melalui paruman desa adat, yang berhak mewakili desa dalam melaksanakan segala sesuatu yang dianggap perlu dalam pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik. PT BMPR juga menunjuk direktornya untuk mewakili PT BMPR dalam permohonan pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik. Dasar permohonan Hak Guna Bangunan atas Hak Milik atas tanah pada sampel kedua ini adalah Akta sewa-menyewa yang mana di dalamnya telah tertera hal-hal yang disepakati bersama oleh para pihak untuk memberikan Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik atas tanah disertai dengan Akta Kuasa tertanggal yang sama yang dinomori setelah akta sewa menyewa ini. Akta

Sewa-menyewa di buat dihadapan Notaris MWK, SH, Notaris di Kabupaten Badung. Akta tersebut tidaklah sama dengan akta sewa-menyewa tanah pada umumnya dikarenakan dalam akta tersebut telah diatur klausul-klausul yang mencantumkan mengenai pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik dengan kesepakatan yang mendetail. Sewa-menyewa ini diberikan atas obyek tanah seluas 8500 M2 (delapan ribu limaratus meter persegi), dengan nilai sewa sebesar Rp. 27.625.000.000.- (duapuluh tujuh milyar enamratus duapuluh lima juta rupiah). Jangka waktu sewa-menyewa yang juga menjadi jangka waktu pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik diberikan selama 50 (limapuluh) tahun. Maksud dan tujuan pemberian Hak Guna Bangunan atas Hak Milik atas tanah untuk dapat membangun bangunan Hotel, Kondominium Hotel, dan/atau sarana penunjang akomodasi wisata. Sedangkan untuk akta pemberian Hak Guna Bangunan atas Hak Milik juga dibuat dihadapan MWK, SH selaku PPAT Kabupaten Badung.

- c. Tuan H adalah pemilik dari sebidang tanah yang akan di sewa oleh PT Z. Tuan H dalam melakukan perbuatan hukum ini mendapatkan persetujuan dari istri, kedua anak laki-lakinya, dan kedua menantunya. PT Z menunjuk Tuan K untuk mewakili dalam penandatanganan akta yang diperlukan dalam pemberian Hak Guna Bangunan diatas Hak Milik atas tanah, selaku Direktur Utama untuk dan atas nama serta sah mewakili PT Z yang berkedudukan di Kabupaten Badung. Akta Sewa-Menyewa dan Akta Perjanjian Pendahuluan Pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik dibuat dihadapan IGA ERD, SH, M.Kn. selaku Notaris di Kabupaten Badung. Sewa-menyewa yang dibuat mengenai tanah ini juga mengatur tentang klausul untuk dilakukannya permohonan Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik. Jangka waktu yang diberikan untuk sewa-menyewa dan sekaligus untuk Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik atas tanah adalah 30 (tigapuluh) tahun, namun jangka waktu itu di luar jangka waktu dari yang telah disepakati untuk masa pembangunan bangunan dan akan berakhir pada tahun 2043 (duaribu empat puluh tiga). Uang ganti kerugian ataupun uang yang diberikan dalam jangka waktu sewa-menyewa adalah sebesar Rp.7.240.300.000.- (tujuh milyar dua ratus empat puluh juta tigartus

ribu rupiah).- Namun selama masa pembangunan pihak penyewa tidak membayarkan biaya sewa pada pihak yang menyewakan, hal ini telah disepakati bersama dan dituangkan dalam akta sewa menyewa. Sedangkan untuk Akta Pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik dibuat dihadapan I N EW, SH, M.Kn, PPAT di Kabupaten Badung.

Menurut Notaris-PPAT Paramita Rukmi (Wawancara tanggal 3 Agustus 2015), ada empat akta menjadi dasar hukum dari hubungan antara pemegang HGB dan HM adalah sebagai berikut.

a. Akta Sewa Menyewa

Pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik ada yang melandasi perjanjian awalnya dengan sewa menyewa. Sedangkan ada juga yang langsung menggunakan perjanjian pendahuluan pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik. Ada juga yang hanya menggunakan sewa-menyewa saja sebagai dasar pemberian Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik atas tanah. Akta ini memuat pasal yang pada intinya menjelaskan bahwa penyewa boleh memohonkan Hak Guna Bangunan seluas yang disewakan dan dengan masa yang tidak melebihi batas habis sewa menyewanya. Konsekuensi dari pasal tersebut adalah pemegang Hak Milik bersedia meminjamkan sertifikat asli dari tanah yang disewakan tersebut untuk permohonan Hak Guna Bangunan di atas Hak Milik. Akta ini dibuat dengan bentuk akta notariil. KUH Perdata di dalamnya tidak menjelaskan secara tegas tentang bentuk perjanjian sewa-menyewa yang dibuat oleh para pihak. Oleh karena itu perjanjian sewa-menyewa dapat dibuat dalam bentuk tertulis dan lisan. Dalam perjanjian sewa-menyewa bangunan, khususnya dalam praktik dibuat dalam bentuk tertulis dan isi perjanjian itu telah dirumuskan oleh para pihak, dan atau Notaris (Salim HS, 2005 : 59).

b. Akta Perjanjian Pendahuluan Pemberian Hak Guna Bangunan di atas Tanah Hak Milik

Perjanjian ini berisi mengenai dasar-dasar yang mengikat antara pemegang Hak Milik dan pemegang Hak Guna Bangunan. Sebagai salah satu dasar pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik. Berisikan

mengenai jangka waktu, jumlah uang ganti rugi atas pemberian Hak Guna Bangunan tersebut dan pasal-pasal perjanjian yang mengikat kedua belah pihak selama diberikannya Hak Bangunan atas tanah Hak Milik. Akta ini dibuat dengan bentuk akta notariil.

c. Akta Kuasa

Dalam akta sewa-menyewa maupun dalam akta perjanjian pendahuluan pemberian Hak Guna Bangunan atas Hak Milik atas tanah, ada klausul pasal yang menjelaskan kuasa dari pemegang tanah untuk memohonkan sertifikat Hak Miliknya diproses guna pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik nya tersebut. Namun jikalau pada akta sewa menyewa maupun pada akta perjanjian pendahuluan pemberian Hak Guna Bangunan atas Hak Milik atas tanah tidak dicantumkan klausul untuk pemberian kuasa dan pemilik dapat datang langsung menghadap pada pejabat yang berwenang maka akta kuasa ini tidak perlu untuk dibuat.

d. Akta Pemberian HGB di atas tanah HM

Bentuk dan tata cara pengisian akta pemberian HGB di atas HM diatur dalam Pasal 96 ayat (1) dan ayat (2) Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 3 Tahun 1997 tentang Ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. Akta ini dibuat sebagai landasan pokok pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) yang berwenang. Selain sebagai landasan pokok, proses pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik sudah dimulai pada saat akta ini didaftarkan pada Kantor Pertanahan yang berwenang.

Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 8 Tahun 2012 menyerahkan sepenuhnya kepada para pihak, pemegang HGB dan HM, untuk menentukan isi perjanjian tersebut. Menurut Notaris-PPAT Paramita Rukmi (Wawancara tanggal 3 Agustus 2015) dan Notaris-PPAT Njoman Sutjining (wawancara tanggal 4 Agustus 2015), dalam pembuatan empat akta tersebut (akta sewa menyewa tanah, Akta Perjanjian Pendahuluan Pemberian GB di atas Tanah HM, akta kuasa, dan akta

Pemberian GB di atas Tanah HM) tidak ada kewajiban bagi investor selaku pemegang HGB dan notaris-PPAT untuk menjelaskan potensi keuntungan yang akan diperoleh dari investasi akomodasi pariwisata tersebut. Tidak adanya transparansi dalam proses sewa menyewa lahan terkait dengan potensi keuntungan usaha pariwisata tersebutlah yang menyebabkan ketidakadilan bagi pemegang HM dalam pemberian HGB di atas HM.

Salah satu bentuk kewajiban para pihak dalam bernegosiasi dan menyusun kontrak harus berperilaku dengan itikad baik. Negosiasi dan penyusunan kontrak tidak boleh dilakukan dengan itikad buruk. Ini menjadi kewajiban umum bagi para pihak dalam hubungan prakontrak. Menurut Robert S. Summer, bentuk itikad buruk dalam negosiasi dan penyusunan kontrak mencakup negosiasi tanpa maksud yang serius untuk mengadakan kontrak, penyalahgunaan keadaan untuk menggagalkan negosiasi, mengadakan kontrak tanpa memiliki maksud untuk melaksanakannya, tidak menjelaskan fakta material, dan mengambil keuntungan dari lemahnya posisi tawar pihak lain dalam kontrak. Di beberapa negara dengan sistem *civil law*, seperti Italia telah memiliki ketentuan legislasi yang mewajibkan negosiasi dan penyusunan kontrak harus dilakukan dengan itikad baik (Ridwan Khairandy, 2014 : 149).

Di negeri Belanda, walaupun tidak dijumpai satu ketentuan dalam Burgerlijk Wetboek (BW) yang mengatur kewajiban umum itikad baik dalam hubungan prakontrak, tetapi yurisprudensi telah mengakui adanya kewajiban tersebut. Itikad baik pada tahap prakontrak merupakan kewajiban untuk memberitahukan atau menjelaskan dan meneliti fakta material bagi para pihak yang berkaitan dengan pokok yang dinegosiasikan itu. Sehubungan dengan itu putusan-putusan Hoge Raad menyatakan bahwa para pihak yang bernegosiasi masing-masing memiliki kewajiban itikad baik, yakni kewajiban untuk meneliti dan kewajiban untuk memberitahukan atau menjelaskan (Ridwan Khairandy, 2014 : 150).

Diakui juga bahwa pengakuan perkembangan doktrin itikad pada tahapan prakontrak di beberapa negara *civil law*, seperti Swiss, Austria dan Italia sangat dipengaruhi oleh pikiran-pikiran Rudolf von Jhering. Jhering merumuskan doktrin *culpa in contrahendo* sebagai suatu upaya hukum untuk mengatasi kondisi hukum kebiasaan saat itu yang tidak kondusif. Misalnya seorang pembeli yang memesan

suatu barang senilai f. 100 founds, padahal sesungguhnya yang ia maksud hanyalah f. 10 founds, dia tidak bertanggungjawab bagi biaya pengangkutan barang yang dibayar penjual yang ia tolak. Dasar tidak bertanggungjawabnya itu disebabkan pandangan yang mengakar saat itu bahwa kontrak tunduk kepada teori kehendak, sehingga yang berlaku adalah apa yang dimaksudkan oleh pembeli, yakni hanyalah sepuluh founds. Hal tersebut berbeda dengan ajaran *culpa in contrahendo* yang menyatakan atau mengajarkan pihak yang bertanggungjawab bagi kesalahan tersebut harus bertanggungjawab terhadap kerugian yang diderita oleh pihak yang tidak bersalah yang mendasarkan dirinya pada *faulty impression of a binding contract*. Dasar doktrin Jhering ini ditemukan dalam hukum Romawi. Dia mendasarkannya pada suatu dasar tuntutan yang disebut dengan *action legis aquillaw*. Ajaran kewajiban ini diterapkan dan diperluas dalam transaksi komersial modern untuk membebaskan kewajiban dan tanggung jawab para pihak yang melakukan hubungan non kontraktual (Ridwan Khairandy, 2014 : 156-157).

Suatu hal yang sangat penting dalam doktrin *culpa in contrahendo*, Jhering menggunakan istilah *offerte* seperti istilah yang biasa digunakan di Amerika sebagai *offer*. Kedua istilah ini tidak serupa benar. Ketika orang Amerika menyebut istilah *offer*, mereka umumnya mengacu kepada satu tahapan dalam negosiasi di mana *offeree* berwenang membuat kontrak melalui penerimaannya. *Offerte* (penawaran) memiliki makna yang lebih luas. Jhering menggunakan istilah itu dengan makna suatu tawaran untuk mengadakan negosiasi. Ini adalah inti ajarannya. Dengan makna yang lebih luas ini, dia mengemukakan adanya kewajiban prakontrak. Misalnya, seorang pelayan toko Jerman membuka pintu tokonya kepada public, ini adalah *offerte*. Orang-orang datang dan masuk, melihat-lihat, membeli atau tidak membeli barang-barang tertentu. Para sarjana hukum Amerika tidak akan mengatakan bahwa itu adalah *offer* sampai pelayan toko mengemukakan harga barang tersebut, atau pelayan toko itu membawa barang tersebut ke meja pembayaran untuk jual beli itu. Oleh karena itu, bagi orang Jerman, kewajiban *culpa in contrahendo* akan dimulai ketika pelayan membuka tokonya, sedangkan bagi orang Amerika kewajiban itu akan dimulai setelah penawaran untuk mengadakan kontrak jual beli (Ridwan Khairandy, 2014 : 157-158).

Ada tiga dasar sumber utama hukum Romawi lain bila dikombinasikan akan membentuk dasar doctrinal *culpa in contrahendo*. *Pertama, action enti*, merupakan suatu konsep dalam hukum Romawi yang secara mendasar menyatakan bahwa *there is more to a contractual relationship than fulfillment of the terms*. Misalnya, jika satu pihak dalam kontrak membatalkan an initio, dan dia melepaskan atau membebaskan kewajiban yang ia pikul, dia tidak bebas sepenuhnya dari kewajiban tersebut. Dia harus membayar ganti rugi atas kerugian orang lain, bergantung pada suatu keadaan tertentu. *Kedua, action venditi*, membolehkan pembatalan suatu kontrak kalau suatu syarat yang mendahuluinya tidak terjadi. Misalnya, saya akan memberikan tiket pertunjukkan bola jika Presiden Bush terpilih kemabali. Di sini ada kontrak dengan suatu syarat tertentu. Hukum Romawi menyatakan bahwa kalau persyaratan itu tidak dipenuhi, ada kewajiban tambahan yang timbul dari kewajiban kontraktual yang dibatalkan. *Ketiga, hak terhadap revindicatio*, juga menjadi pendukung doktrin *culpa in contrahendo*. Dasar tuntutan dalam hukum Romawi ini membolehkan suatu *true owner of a good to reclaim it from possessor, even if the possessor had bought the good without knowledge that its seller was not a true owner*. Di sini tidak ada hubungan kontraktual diantara pembeli dan penjual, meskipun demikian ia mendorong adanya kewajiban kontraktual. Jhering menyatakan bahwa hak menurut hukum Romawi ini mendukung adanya kewajiban dalam keitadaan suatu kontak (Ridwan Khairandy, 2014 : 158).

Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 8 Tahun 2012 menyerahkan sepenuhnya kepada para pihak, pemegang HGB dan HM, untuk menentukan isi perjanjian tersebut. Menurut Notaris-PPAT Paramita Rukmi (Wawancara tanggal 3 Agustus 2015) dan Notaris-PPAT Njoman Sutjining (wawancara tanggal 4 Agustus 2015), dalam pembuatan empat akta tersebut (akta sewa menyewa tanah, Akta Perjanjian Pendahuluan Pemberian HGB di atas Tanah HM, akta kuasa, dan akta Pemberian HGB di atas Tanah HM) tidak ada kewajiban bagi investor selaku pemegang HGB dan notaris-PPAT untuk menjelaskan potensi keuntungan yang akan diperoleh dari investasi akomodasi pariwisata tersebut. Tidak adanya penjelasan dalam proses sewa menyewa lahan terkait dengan potensi keuntungan usaha pariwisata tersebut membuktikan tidak adanya itikad baik pra-kontraktual dari

pemegang HGB, yang menyebabkan ketidakadilan bagi pemegang HM dalam pemberian HGB di atas HM.

2. Hak dan Kewajiban Pemegang Hak Guna Bangunan dan Pemegang Hak Milik Dalam Perjanjian Sewa Menyewa Tanah Dalam Rangka Pemberian HGB/Hak Pakai Di Atas Hak Milik

Menurut Pasal 30 dan Pasal 31 Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang pemberian Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai, pemegang Hak Guna Bangunan berkewajiban:

- a. Membayar uang pemasukan yang jumlah dan cara pembayarannya ditetapkan dalam keputusan pemberian haknya;
- b. Menggunakan tanah sesuai dengan peruntukannya dan persyaratan sebagaimana ditetapkan dalam keputusan dan perjanjian pemberiannya;
- c. Memelihara dengan baik tanah dan bangunan yang ada di atasnya serta menjaga kelestarian lingkungan hidup;
- d. Menyerahkan kembali tanah yang diberikan dengan hak guna bangunan kepada Negara, pemegang hak pengelolaan, atau pemegang hak milik sesudah hak guna bangunan itu hapus;
- e. Menyerahkan sertifikat hak guna bangunan yang telah hapus kepada Kepala Kantor Pertanahan;
- f. Memberikan jalan keluar atau jalan air atau kemudahan lain bagi pekarangan atau bidang tanah yang terkurung oleh tanah Hak Guna Bangunan tersebut.

Dari rangkaian perjanjian pemberian HGB di atas HM dapat diketahui kewajiban pemegang HGB adalah sebagai berikut.

- a. Membayar uang sewa sebesar yang telah disepakati bersama.
- b. Memelihara dan mengelola bangunan termasuk benda-benda serta sarannya dengan sebaik-baiknya dan apabila ternyata ditelantarkan maka pemegang HGB akan menyerahkan dan memberi kuasa kepada pemegang HM untuk mengelola dan memelihara hingga jangka waktu pemberian hak yang diberikan dengan akta ini berakhir.

Menurut Pasal 32 Peraturan Pemerintah Nomor 40 tahun 1996 tentang tentang

Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai Atas Tanah: Pemegang Hak Guna Bangunan berhak menguasai dan mempergunakan tanah yang diberikan dengan Hak Guna Bangunan selama waktu tertentu untuk mendirikan dan mempunyai bangunan untuk keperluan pribadi atau usahanya serta untuk mengalihkan hak tersebut kepada pihak lain dan membebaninya dengan Hak Tanggungan. Apa yang telah diungkapkan di atas adalah hak yang dapat dimiliki oleh pemegang hak guna bangunan secara umum, yang dapat diartikan bahwa apa yang menjadi hak bagi pemegang Hak Guna Bangunan secara umum tidaklah sama dengan apa yang dimiliki oleh pemegang Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik. Hak-hak pemegang Hak Guna Bangunan diatas Hak Milik, dapat ditemukan pada perjanjian sewa menyewa dan perjanjian pendahuluan pemberian hak guna bangunan di atas hak milik. Adapun hak dari pemegang HGB dalam rangkaian perjanjian dalam rangka pemberian HGB si atas HM adalah :

- a. Menggunakan tanah yang disewanya tersebut untuk mendirikan bangunan dan tempat usaha, dimana usaha tersebut tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku, baik hukum formal maupun hukum adat yang berlaku, di desa setempat, dengan memakai syarat-syarat:
 - 1) izin yang diperlukan dari instansi yang berwenang untuk mendirikan bangunan yang dimaksud diurus oleh dan atas biaya penyewa sendiri.
 - 2) Bentuk, ukuran dan bahan-bahan bangunan tersebut ditetapkan oleh penyewa sendiri.
 - 3) Apabila akan menambah, merubah bangunan yang telah ada, tanpa persetujuan.
- b. Bangunan yang telah didirikan penyewa tersebut setelah masa sewa berakhir menjadi milik yang menyewakan tanpa kewajiban membayar ganti kerugian berupa apapun kepada penyewa. Penyewa diwajibkan mengosongkan bangunan tersebut dari segenap penghuni dan barang-barang perabotannya dalam jangka waktu 1 (satu) bulan, terhitung dari hari berakhirnya atau batalnya sewa-menyewa ini dan menyerahkan tanah berikut bangunan tersebut kepada yang menyewakan dalam keadaan baik.

- c. Dengan persetujuan tertulis dari pemegang HM mengagunkan atau menjual tanah HGB tersebut.

Sedangkan kewajiban dari pemegang hak milik dalam rangkaian perjanjian dalam rangka pemberian HGB di atas HM adalah :

- a. Menjamin pemegang HGB dapat menjalankan hak-haknya sebagai penyewa dari tanah tersebut tanpa mendapat gangguan hukum dari pihak lain.
- b. Memberikan kuasa kepada penyewa untuk mengurus serta mendirikan bangunan yang dimaksud atas nama penyewa. Kewajiban di sini adalah memberikan kuasa tersendiri.
- c. Bersedia meminjamkan hak milik tersebut di atas guna pengurusan permohonan pemberian Hak Guna Bangunan di atas tanah Hak Milik.
- d. Selama berlakunya jangka waktu Hak Guna Bangunan atas tanah, memberikan persetujuan kepada pemegang HGB untuk melaksanakan semua hak dan kewajiban termasuk untuk mengagunkan atau menjual Hak Guna Bangunan tersebut berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku bagi pemegang Hak Guna Bangunan.

Adapun hak dari pemegang HM dalam rangkaian perjanjian dalam rangka pemberian HGB di atas HM adalah :

- a. Menerima uang sewa/imbalan/ ganti kerugian atas pemberian HGB atas HM.
- b. Pemegang Hak Milik dapat mengalihkan tanah yang dimiliki pada pihak lain dan perjanjian sewa ini tetap berlangsung dan diteruskan dengan pemegang Hak Milik baru.
- c. Apabila jangka waktu sewa-menyewa perjanjian ini telah berakhir atau batal, dan apa yang telah di bangun oleh pihak penyewa menjadi hak pihak yang menyewakan, maka penyewa diwajibkan mengosongkan bangunan tersebut dari segenap penghuni dan barang-barang perabotnya dalam jangka waktu 1 (satu) bulan, terhitung dari hari berakhirnya atau batalnya sewa-menyewa ini dan menyerahkan tanah berikut bangunan tersebut kepada yang menyewakan dalam keadaan baik.

Untuk memberikan besarnya uang sewa/imbalan/ganti kerugian dapat dilihat dalam tabel di bawah ini.

Tabel 6
Uang Sewa dalam Pemberian HGB di atas HM
Kabupaten Badung Tahun 2015

No	Pemegang HGB	Jangka Waktu	Luas (m ²)	Peruntukan	Uang Sewa
1	PT. AB	30 tahun	1.350	Akomodasi wisata	1.000.000.000,-
2	PT. DII	30 tahun	1.975	Akomodasi wisata	1.000.000.000,-
3	PT. DPS	30 tahun	2.090	Akomodasi wisata	627.000.000,-
4	PT. WPK	30 tahun	2.362	Akomodasi wisata	150.400.000,-
5	PT. WPK	30 tahun	2.362	Akomodasi wisata	151.168.000,-
6	PT. SSW	30 tahun	280	Akomodasi wisata	563.640.000,-
7	PT. SSW	30 tahun	1.267	Akomodasi wisata	2.616.900.000,-
8	PT. BJP	30 tahun	3.900	Akomodasi wisata	9.016.200.000,-
9	PT. BJI	30 tahun	11.630	Akomodasi wisata	38.280.000.000,-
10	PT. SBP	30 tahun	3.515	Akomodasi wisata	1.053.000.000,-
11	PT. SVB	30 tahun	10.000	Akomodasi wisata	8.550.000.000,-
12	PT. DPS	30 tahun	4.910	Akomodasi wisata	1.473.000.000,-
13	DPG	30 tahun	4.951	Akomodasi wisata	11.844.000.000,-

Sumber : Kantor Pertanahan Kabupaten Badung

Dari analisis isi terhadap dokumen perjanjian sewa menyewa tanah, perjanjian pendahuluan, dan akta pemberian HGB di atas HM dan wawancara dengan notaris-PPAT dapat diketahui bahwa terdapat ketidakadilan bagi pemegang hak milik dalam hubungan hukum dengan pemegang hak guna bangunan. Wawancara kepada beberapa PPAT dan pemegang HGB, diketahui bahwa pada tahun ke10 - 12 investor selaku pemegang HGB sudah balik modal dan menikmati keuntungan yang besar dalam 18 - 20 tahun terakhir pemanfaatan tanah HGB tersebut. Pemberian HGB di atas HM pada dasarnya merupakan perjanjian pemanfaatan lahan, sehingga dalam pembuatan rangkaian perjanjian tersebut juga harus berpedoman pada asas fungsi sosial hak atas tanah yang memberi amanah agar pengaturan hubungan hukum

mengenai pemanfaatan tanah harus memberi keuntungan yang seimbang bagi investor sebagai pemegang HGB dan penduduk Bali sebagai pemegang HM.

Pembuatan perjanjian sewa menyewa tanah, perjanjian pendahuluan, dan akta pemberian HGB di atas HM diserahkan sepenuhnya pada kehendak pemegang HM dan pemegang HGB. Pasal 1338 ayat (1) KUHPdata mengakkui asas kebebasan berkontrak dengan menyatakan, bahwa semua perjanjian yang dimuat secara sah mengikat para pihak sebagai undang-undang. Secara historis, Pasal 1338 ayat (1) KUHPdata mencerminkan tipe kontrak pada waktu itu yang berpijak pada revolusi Perancis. Individu sebagai dasar dari semua kekuasaan. Pendapat ini menimbulkan konsekuensi, bahwa orang juga bebas untuk mengikatkan diri kepada orang lain, kapan dan bagaimana yang diinginkan kontrak terjadi berdasarkan kehendak yang mempunyai kekuatan mengikat sebagai undang-undang (Ridwan Khairandy, 2014 : 87).

Dalam perkembangannya, ternyata kebebasan berkontrak dapat menimbulkan ketidakadilan, karena untuk mencapai asas kebebasan berkontrak harus didasarkan pada posisi tawar (*bargaining position*) para pihak yang seimbang. Dalam kenyataannya hal tersebut sulit (jika dikatakan tidak mungkin) dijumpai adanya kedudukan posisi tawar yang betul-betul seimbang atau sejajar. Pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih tinggi seringkali memaksakan kehendaknya. Dengan posisi yang demikian itu, ia dapat medikte pihak lainnya untuk mengikuti kehendaknya dalam perumusan isi perjanjian. Dalam keadaan demikian, pemerintah atau negara seringkali melakukan intervensi atau pembatasan kebebasan berkontrak dengan tujuan untuk melindungi pihak yang lemah. Pembatasan tersebut dapat dilakukan melalui peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Pasal 1320 KUHPdata sendiri sebenarnya membatasi asas kebebasan berkontrak melalui pengaturan persyaratan sahnya perjanjian yang harus memenuhi kondisi: (Ridwan Khairandy, 2014 : 88-89)

5. Adanya kata sepakat para pihak;
6. Kecakapan para pihak untuk membuat kontrak;
7. Adanya objek tertentu; dan
8. Adanya kausa yang tidak bertentangan dengan hukum.

Di negara-negara dengan sistem *common law*, kebebasan berkontrak juga dibatasi melalui peraturan perundang-undangan dan *public policy*. Hukum kontrak Indonesia juga membatasi kebebasan berkontrak dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, ketertiban umum, dan kesusilaan. Pembatasan ini dikaitkan dengan kausa yang halal dalam kontrak. Berdasar Pasal 1337 KUHPerdara suatu kausa dapat menjadi terlarang apabila dilarang oleh undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Selain pembatasan tersebut di atas, Ridwan Khairandy mencatat beberapa hal yang menyebabkan makin berkurangnya asas kebebasan berkontrak, yakni: (Ridwan Khairandy, 2014 : 89)

- a. Makin berpengaruhnya ajaran itikad baik di mana itikad baik tidak hanya apa pada saat perjanjian dilaksanakan juga telah harus ada pada saat perjanjian dibuat; dan
- b. Makin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan dalam kontrak.

Dalam hukum kontrak, itikad baik memiliki tiga fungsi. Itikad baik dalam fungsinya yang pertama mengajarkan bahwa seluruh kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik. Asas itikad baik memegang peranan penting dalam penafsiran kontrak. Beberapa sistem hukum seperti hukum kontrak Jerman memiliki ketentuan yang mewajibkan bahwa kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik Pasal 157 BGB menyatakan bahwa semua kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik. Dalam beberapa sistem hukum lainnya, seperti hukum kontrak Belanda, peranan itikad baik dalam penafsiran kontrak dibangun oleh pengadilan. Jika kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik, maka setiap isi kontrak harus ditafsirkan secara fair atau patut (Ridwan Khairandy, 2014 : 144).

Fungsi kedua adalah fungsi menambah. Dengan fungsinya yang kedua, itikad baik dapat menambah isi suatu perjanjian tertentu dan juga dapat menambah kata-kata ketentuan undang-undangan mengenai perjanjian itu. Fungsi yang demikian ini dapat diterapkan apabila ada hak dan kewajiban yang timbul diantara para pihak tidak secara tegas dinyatakan dalam kontrak (Ridwan Khairandy, 2014 : 146).

Fungsi ketiga adalah fungsi membatasi dan meniadakan. Dalam fungsi itikad baik yang ketiga adalah fungsi membatasi dan meniadakan. Beberapa para pakar hukum sebelum perang berpendapat bahwa itikad baik juga memiliki fungsi ini.

Mereka mengajarkan bahwa suatu perjanjian tertentu atau suatu syarat tertentu dalam kontrak atau ketentuan undang-undang mengenai kontrak itu dapat dikesampingkan, jika sejak dibuatnya kontrak itu keadaan telah berubah, sehingga pelaksanaan kontrak itu menimbulkan ketidakadilan. Dalam keadaan yang demikian itu kewajiban kontraktual dapat dibatasi, bahkan ditiadakan seluruhnya atas dasar itikad baik (Ridwan Khairandy, 2014 : 146-147).

Menyerahkan sepenuhnya penentuan hak dan kewajiban para pihak dalam rangkaian perjanjian pemberian HGB di atas HM menunjukkan negara menganut konsep negara minimal, di mana Keadilan bukan ditentukan oleh pola keluaran akhir distribusi, melainkan oleh apakah 'hak' dihormati. Karena pemindahan yang dibuat di dalam sistem hak seringkali dilakukan karena alasan-alasan tertentu contohnya saya melakukan pertukaran dengan orang lain karena menguntungkan saya maka "garis-garis dari pola tertentu akan muncul di dalamnya." Dengan kata lain, distribusi aktual sebagian akan terlihat seolah-olah hal itu dilakukan di atas dasar sejumlah "rumusan seperti "untuk masing-masing sesuai kontribusinya." Namun keseluruhan sistem itu sendiri tidak dipolakan oleh rumusan semacam itu, melainkan hanya didasarkan kepada prinsip-prinsip prosedural pencapaian dan pemindahan yang adil. Kepemilikan privat adalah asumsi kuncinya. Salah satu dari sejumlah hak-hak 'positif' yang diperbolehkan Nozick sebagai hak manusia yang fundamental adalah hak untuk memperoleh dan memindahkan kepemilikan. Rangkaian perjanjian dalam pemberian HGB di atas HM juga ketentuan Lockean' mengenai keadilan dari pencapaian orisinal: saya bebas untuk memperoleh apa pun dengan cara 'mencampurkan kerja saya' dengan sesuatu asalkan tidak mengganggu orang dalam prosesnya. Karena tidak adil bagi saya untuk mencapai sesuatu yang begitu terbatas, namun pencapaian saya itu malah memperburuk kondisi orang lain (Karen Lebacqz, 1986 : 98).

Nozick mengadopsi pandangan Kantian bahwa "individu adalah tujuan akhir, bukan sekedar alat.' Individu adalah akhir dalam dirinya sendiri, memiliki hak-hak 'alamiah' tertentu. Artinya, terdapat batasan-batasan ('efek samping') bagi suatu tindakan: tidak ada tindakan yang diperbolehkan

mengganggu hak-hak manusia yang fundamental. Kalau begitu, bagi Nozick seperangkat hak yang hampir-hampir absolut namun terbatas merupakan fondasi bagi moralitas. Di antara hak-hak fundamental ini adalah hak untuk tidak dibunuh atau disakiti. Tak seorang pun boleh 'dikorbankan' untuk orang lain. Pembatasan tindakan lantaran tidak bolehnya hak-hak manusia diganggu, kalau begitu, menjadi penyebab larangan untuk mengagresi orang lain. (Karen Lebacqz, 1986 : 90).

Negara minimal membuat orang terbebas dari komunitas-komunitas utopian di dalam sebuah kerangka yang menyeluruh tanpa mengganggu hak-hak mereka. “memperlakukan kita dengan menghargai hak-hak kita, akan mendorong kita ...untuk memilih hidup kita dan mewujudkan cita-cita kita...dengan dibantu oleh kerja sama suka rela individu-individu lain yang memiliki martabat sama. Negara – minimal, kalau begitu, menyediakan ‘kerangka kerja’ bagi semua utopia. Sekarang kita sampai pada penjustifikasian negara-minimal. Negara ini tidak akan mengusik hak siapa pun, sebab dia dilahirkan dari proses ‘invisible hand’ yang berpasangan dengan prinsip moral fundamental mengenai pengkompensasian hilangnya kebebasan. Di titik ini, yang ditemukan hanya negara-minimal saja yang bisa dijustifikasi. Dari sinilah Nozick kemudian mengembangkan pengertiannya tentang keadilan. (Karen Lebacqz, 1986 : 94-95).

Keadilan di dalam kepemilikan, kalau begitu, terdiri atas keadilan di dalam kepemilikan awal dan keadilan di dalam pemindahan kepemilikan. Sistem ini mungkin bisa disebut sebagai prinsip ”dari setiap hal yang dipilih, bagi setiap hal yang sudah dipilih”. Nozick menyebutnya teori ‘historis’ keadilan, karena keadilan ditentukan oleh bagaimana distribusi yang sudah terjadi dan bukan oleh apa makna distribusi. (Karen Lebacqz, 1986 : 97).

Prinsip historis keadilan meyakini bahwa kondisi atau tindakan masa lalu dapat menciptakan hak atau pengabaian krusial atas sesuatu. Karena itulah pandangannya ini lalu disebut teori 'hak'. Keadilan bukan ditentukan oleh pola keluaran akhir distribusi, melainkan oleh apakah 'hak' dihormati. Karena pemindahan yang dibuat di dalam sistem hak seringkali dilakukan karena alasan-alasan tertentu contohnya saya melakukan pertukaran dengan

orang lain karena menguntungkan saya maka "garis-garis dari pola tertentu akan muncul di dalamnya." Dengan kata lain, distribusi aktual sebagian akan terlihat seolah-olah hal itu dilakukan di atas dasar sejumlah "rumusan seperti "untuk masing-masing sesuai kontribusinya." Namun keseluruhan sistem itu sendiri tidak dipolakan oleh rumusan semacam itu, melainkan hanya didasarkan kepada prinsip-prinsip prosedural pencapaian dan pemindahan yang adil. Kepemilikan privat adalah asumsi kuncinya. Salah satu dari sejumlah hak-hak 'positif' yang diperbolehkan Nozick sebagai hak manusia yang fundamental adalah hak untuk memperoleh dan memindahkan kepemilikan." Namun begitu, Nozick tidak pernah mengelaborasi "sebuah teori yang utuh mengenai pencapaian dan pemindahan yang adil ini. Secara umum dia tampaknya mendukung asumsi dasar dari pertukaran pasar. Meskipun demikian, dia juga menerima ketentuan Lockean' mengenai keadilan dari pencapaian orisinal: saya bebas untuk memperoleh apa pun dengan cara 'mencampurkan kerja saya' dengan sesuatu asalkan tidak mengganggu orang dalam prosesnya. Karena tidak adil bagi saya untuk mencapai sesuatu yang begitu terbatas, namun pencapaian saya itu malah memperburuk kondisi orang lain. (Karen Lebacqz, 1986 : 98).

Konsepsi mengenai pencapaian orisinal seperti ini, kata Nozick, terapkan secara luas sebagai 'pemindahan' (*transfer*) dan 'pembelian' (*purchase*). Tidak adil bag! Saya untuk memindahkan atau membeli sesuatu yang begitu terbatas sehingga terjadi pemusatan di tangan seseorang dan ketiadaan barang di tangan orang lain karena akan menyakiti kondisi mereka." "Setiap hak pemilik atas miliknya mencakup bayang-bayang historis ketentuan Lockean mengenai pemaksaan. Singkatnya, di akar sistem ini terdapat sebuah larangan untuk melukai orang lain yang mengacu kepada hak-hak (Kantian) sebagai manusia. Siapa pun memang memiliki hak untuk memiliki apa pun, tapi hak itu akan hilang jika kepemilikannya telah melukai orang lain. Namun Nozick memberikan sejumlah pelintiran yang menarik terhadap 'ketentuan Lockean' ini. Contohnya, meskipun tetap bersikukuh dengan konsep bahwa siapapun tidak diperbolehkan untuk begitu dibatasi

dalam memiliki barang, namun dia menyatakan bahwa kepemilikan diperbolehkan selama memberikan kompensasi bagi orang lain sehingga situasi mereka tidak jadi lebih buruk. (Karen Lebacqz, 1986 : 99).

Secara lebih tepat, ada tiga prinsip utama dalam 'entitlement: theory' yang digariskan Robert Nozick.

- d. Prinsip transfer (*principle of transfer*)-apa pun yang diperoleh secara adil dapat ditransfer secara bebas.
- e. Prinsip perolehan awal yang adil (*principle of just initial acquisition*)-penilaian tentang bagaimana orang pada awalnya sampai memiliki sesuatu yang dapat ditransfer menurut prinsip pertama.
- f. Prinsip pembetulan ketidakadilan (*principle of rectification of injustice*)-bagaimana berhubungan dengan pemilikan (*holdings*) jika hal ini diperoleh atau ditransfer melalui cara yang tidak adil. (Will Kymlicka, 1990 : 130).

Jika saya memiliki sebidang tanah, maka prinsip (a) mengatakan: bahwa saya bebas terlibat dalam transfer apa pun yang ingin saya lakukan dengan tanah itu. Prinsip (b) mengatakan bagaimana awalnya tanah itu dimiliki. Prinsip (c) mengatakan apa yang harus dilakukan jika prinsip a & b dilanggar, Secara bersama ketiga prinsip tersebut mengimplikasikan bahwa jika apa yang sekarang ada pada orang diperoleh dengan cara yang adil, maka rumus distribusi yang adil adalah 'setiap orang memberikan sesuai dengan pilihannya, dan setiap orang menerima sesuai dengan apa yang dipilihnya' (*from each as they choose: to each as they are chosen*) (Nozick 1974:160).

Kesimpulan dari teori hak-pemilikan legal (*entitlement theory*: Nozick adalah bahwa 'negara minimal' (*minimal state*), yang dibatasi: pada fungsi-fungsi yang lebih sempit atas perlindungan terhadap pemaksaan, pencurian, penipuan dan pelaksanaan kontrak, dan sebagainya, dibenarkan: negara yang lebih luas lagi akan melanggar hak-hak orang yang seharusnya tidak dipaksa melakukan sesuatu, dan tidak dibenarkan (Nozick 1974:ix).Maka, tidak ada pendidikan publik, tidak ada pelayanan kesehatan publik, transportasi, jalan atau taman umum. Semua ini melibatkan pajak yang dipaksakan atas beberapa orang yang bertertangan dengan kemauannya, dan merusak prinsip 'setiap orang

memberikan sesuai dengan pilihannya, dan setiap orang menerima sesuai dengan apa yang dipilihnya'. (Will Kymlicka, 1990 : 130).

Agus Surono dalam tulisannya mengenai fungsi sosial tanah menyatakan bahwa pelaksanaan konsep fungsi sosial hak atas tanah tidak lepas dengan adanya pelaksanaan konsep negara kesejahteraan (*welfare state*). Menurut konsep Negara kesejahteraan, tujuan negara adalah untuk kesejahteraan umum. Negara dipandang hanya alat untuk mencapai tujuan bersama kemakmuran dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat negara tersebut). Sehubungan dengan konsep negara kesejahteraan tersebut, maka negara yang menganut konsep negara kesejahteraan dapat mengemban empat fungsi yaitu: (Agus Surono, 2013:6).

5. *The State as provider* (negara sebagai pelayan);
6. *The State as regulator* (negara sebagai pengatur);
7. *The State as entrepreneur* (negara sebagai wirausaha);
8. *The State as umpire* (negara sebagai wasit).

Merujuk pada fungsi negara yang menganut konsep negara kesejahteraan sebagaimana telah dikemukakan diatas, menyebabkan negara memegang peranan penting. Guna memenuhi fungsinya sebagai pelayan dan sebagai regulator, maka negara terlibat dan diberi kewenangan untuk membuat peraturan dalam kaitannya dengan fungsi sosial tanah. Negara mempunyai peran penting dalam mengatur penguasaan, penggunaan, pemilikan dan pemanfaatan tanah dalam menyelenggarakan fungsi regulasi termasuk dalam bidang agraria khususnya terhadap tanah adalah undang-undang, dan ini merupakan aplikasi dari asas legalitas dalam konsep negara berdasar atas hukum (Agus Surono, 2013:6).

Berdasarkan paham negara kesejahteraan yang dianut Negara Indonesia, dalam pembuatan rangkaian perjanjian dalam rangka pemberian HGB atau Hak Pakai di atas Hak Milik seharusnya Badan Pertanahan Nasional, PPAT menggunakan pendekatan Persamaan Liberal atau Komunitarianisme. Dalam persamaan liberal, "keadilan sebagai kesetaraan" berakar di dua tempat: teori kontrak sosial Locke dan Rousseau, dan deontology Kant. Ide dasarnya sangat sederhana, meski cara kerja teorinya sangat kompleks. Tujuan Rawls adalah menggunakan konsep kontrak sosial untuk memberikan interpretasi prosedural

bagi konsep Kant mengenai pilihan otonom sebagai basis prinsip etika. Prinsip-prinsip bagi keadilan (dan filsafat moral umumnya) adalah hasil dari pilihan-pilihan rasional." Pada hakikatnya pendekatan Rawls sebagai berikut: bayangkan sekelompok orang sedang memilih prinsip-prinsip untuk mengevaluasi keadilan struktur dasar masyarakatnya. Yang jelas, jika prinsip tersebut harus adil, mereka harus dipilih di suatu situasi yang dalam dirinya adil. Artinya, tak seorangpun diperbolehkan mendominasi pilihan atau memanfaatkan kesempatan yang tidak adil seperti kelebihan dari anugerah alamiah atau posisi sosialnya.' Karena itu, prinsip keadilan merupakan hasil dari pilihan yang setara "keadilan sebagai kesetaraan." (Karen Lebacqz, 1986 : 50).

Ada dua prinsip keadilan. Pertama, mereka akan berfokus untuk mengamankan kebebasan mereka agar tetap setara sehingga akan memilih suatu prinsip guna mengantisipasinya. Setiap pribadi memiliki hak yang setara terhadap sistem total yang paling luas bagi kebebasan-kebebasan dasar yang mirip dengan sistem kebebasan serupa bagi semuanya. Artinya, mereka akan memisahkan kebebasan manusiawi dasar kita dan melindunginya terhadap pembagian apa pun yang tidak setara. Rawls juga yakin bahwa, kecuali dalam kondisi yang sangat mendesak, pihak-pihak di posisi awal tidak akan mengizinkan pengkompromian apa pun kebebasan-kebebasan dasarnya demi keuntungan sosial atau ekonomi. Kalau begitu, bukan hanya kebebasan setara yang menjadi prinsip pertama, namun juga bahwa kebebasan ini berdiri di dalam tatanan yang berangkaian ('tatanan leksikal'), sehingga kebebasan hanya bisa dibatasi demi kebebasan itu sendiri, bukannya demi kepentingan perolehan ekonomi atau sosial lainnya. (Karen Lebacqz, 1986 : 53).

Prinsip kedua Rawls mengenai keadilan, yaitu ketidak-setaraan sosial dan ekonomi disusun sedemikian rupa agar mereka dapat: (a) memberi keuntungan terbesar bagi pihak yang kurang beruntung, sesuai prinsip penghematan yang adil, dan (b) dilekatkan pada jawatan dan jabatan pemerintahan yang terbuka bagi semua orang berdasarkan kondisi kesetaraan yang adil terhadap kesempatan." (Karen Lebacqz, 1986 : 57).

Konsep umumnya adalah nilai-nilai sosial "didistribusikan dengan setara

kecuali distribusi tidak setara dari salah satu atau semua nilai ini membawa keuntungan bagi semua orang." Bertentangan dengan kriteria 'kebaikan terbesar' para pendukung utilitarian, konsep Rawls mensyaratkan *setiap orang* harus dapat mengambil manfaat dari ketidak-setaraan sosial apa pun." Persyaratan "*setiap orang* harus dapat mengambil manfaat" ini lalu mendasari persyaratan "setiap orang yang kurang beruntung harus dapat mengambil manfaat" menurut prinsip maksimin dalam posisi awalnya. (Karen Lebacqz, 1986 : 58).

Seluruh teori Rawls ini, kalau begitu, mengambil bentuk pengafirmasian yang fundamental terhadap kebebasan dan membatasi penerimaan ketidak-setaraan tertentu, yang dinilai berdasarkan pengaruh mereka terhadap posisi pihak-pihak yang kurang beruntung. Prinsip-prinsip ini berkecenderungan besar dipilih oleh individu-individu otonom yang disituasikan di sebuah tatanan yang 'adil'. Prinsip-prinsip ini, kalau begitu, menurut Rawls, merupakan "imperatif-imperatif kategoris" yang mengekspresikan otonomi "mahluk-mahluk rasional yang bebas dan setara." (Karen Lebacqz, 1986 : 58). Jika Rawls benar, dan keadilan mensyaratkan bahwa struktur dasar masyarakat disusun sedemikian rupa agar memberikan keuntungan bagi pihak-pihak yang kurang beruntung, maka sebuah negara yang kuat akan dibutuhkan untuk memenuhi tujuan ini. Dengan kata lain, jenis negara kesejahteraan demokratis modernlah yang tampaknya harus kita impikan. (Karen Lebacqz, 1986 : 89).

Kaum komunitarian menolak negara netral. Mereka percaya bahwa negara netral seharusnya ditinggalkan demi 'politik kebaikan bersama' (*the political of common good*). Perbedaan antara 'politik netral' dan 'politik kebaikan bersama' dari komunitarianisme ini dapat menyesatkan. Ada 'kebaikan bersama' yang juga nampak dalam politik liberal, karena berbagai kebijaksanaan negara liberal ditujukan untuk mempromosikan kepentingan-kepentingan berbagai anggota masyarakat. Proses-proses politik dan ekonomi yang dengan ini berbagai preferensi individu dipadukan dalam sebuah fungsi pilihan sosial merupakan cara kaum liberal menentukan kebaikan bersama. Karena itu, menegaskan netralitas negara bukanlah menolak gagasan tentang kebaikan bersama, melainkan memberikan sebuah

interpretasi mengenai. Dalam sebuah masyarakat liberal, kebaikan bersama merupakan hasil dari sebuah proses merendukan berbagai preferensi, yang semuanya dihitung secara sama (jika konsisten dengan prinsip-prinsip keadilan). Semua preferensi memiliki bobot pengaruh yang sama 'bukan dalam arti bahwa terdapat sebuah ukuran yang disepakati publik atas nilai intrinsik yang membuat semua konsepsi ini menjadi sama, melainkan dalam arti bahwa berbagai preferensi itu sama sekali tidak dievaluasi dari sudut pandang publik. Seperti yang sudah kita saksikan, penegasan anti-perfeksionis terhadap netralitas negara ini mencerminkan kepercayaan bahwa kepentingan orang dalam membawakan sebuah kehidupan yang baik tidak meningkat ketika masyarakat melakukan diskriminasi terhadap proyek-proyek yang mereka percayai sebagai paling berharga bagi mereka. Maka, kebaikan bersama dalam sebuah masyarakat liberal diatur agar sesuai dengan pola berbagai preferensi dan konsepsi tentang kebaikan yang dipegang oleh individu. (Will Kymlicka, 1990 : 275-276).

Dalam sebuah masyarakat komunitarian, kebaikan bersama diterima sebagai sebuah konsepsi mendasar tentang kehidupan yang baik yang menentukan 'pandangan hidup' komunitas. Kebaikan bersama ini, alih-alih menyesuaikan dirinya sendiri pada pola preferensi orang, menyediakan ukuran untuk mengevaluasi berbagai preferensi itu. Pandangan hidup masyarakat membentuk dasar bagi tata jenjang (ranking) publik mengenai berbagai konsepsi tentang yang baik, dan bobot yang diberikan pada preferensi individu bergantung pada seberapa besar ia menyesuaikan dengan dan memberikan sumbangan pada kebaikan bersama ini. Pencarian publik akan tujuan-tujuan yang dirasakan bersama yang menentukan pandangan hidup komunitas, karena itu, tidak terhambat oleh persyaratan netralitas. Ia berada mendahului klaim individu-individu terhadap sumberdaya dan kebebasan diperlukan untuk mengejar konsepsi-konsepsi mereka sendiri akan kebaikan. Sebuah negara komunitarian dapat dan seharusnya mendorong orang untuk menerima konsepsi-konsepsi tentang kebaikan yang sesuai dengan pandangan hidup masyarakat, sementara mencegah berbagai konsepsi tentang kebaikan yang bertentangan dengan pandangan hidup komunitas ini. Sebuah negara komunitarian, karena itu,

merupakan negara profeksionis, karena melibatkan penjenjangan nilai public dari berbagai pandangan hidup yang berbeda. Namun, walaupun perfeksionis Marxis merangking pandangan hidup menurut penilaian transhistoris atas kebaikan manusia, komunitarianisme merangking pandangan hidup itu menurut kesesuaiannya dengan praktek-praktek yang ada. (Will Kymlicka, 1990 : 276-277).

Dengan demikian rangkaian perjanjian dalam pemberian HGB di atas HM menunjukkan negara belum melaksanakan amanah Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 dan UUPA, bahwa pemanfaatan lahan harus dapat memberikan keuntungan yang seimbang bagi pemegang HGB dan pemegang HM. Agus Surono dalam tulisannya mengenai fungsi sosial tanah menyatakan bahwa pelaksanaan konsep fungsi sosial hak atas tanah tidak lepas dengan adanya pelaksanaan konsep negara kesejahteraan (*welfare state*). Menurut konsep Negara kesejahteraan, tujuan negara adalah untuk kesejahteraan umum. Negara dipandang hanya alat untuk mencapai tujuan bersama kemakmuran dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat negara tersebut). Sehubungan dengan konsep negara kesejahteraan tersebut, maka negara yang menganut konsep negara kesejahteraan dapat mengemban empat fungsi yaitu: (Agus Surono, 2013:6).

9. *The State as provider* (negara sebagai pelayan);
10. *The State as regulator* (negara sebagai pengatur);
11. *The State as entrepreneur* (negara sebagai wirausaha);
12. *The State as umpire* (negara sebagai wasit).

Merujuk pada fungsi negara yang menganut konsep negara kesejahteraan sebagaimana telah dikemukakan diatas, menyebabkan negara memegang peranan penting. Guna memenuhi fungsinya sebagai pelayan dan sebagai regulator, maka negara terlibat dan diberi kewenangan untuk membuat peraturan dalam kaitannya dengan fungsi sosial tanah. Negara mempunyai peran penting dalam mengatur penguasaan, penggunaan, pemilikan dan pemanfaatan tanah dalam menyelenggarakan fungsi regulasi termasuk dalam bidang agraria khususnya terhadap tanah adalah undang-undang, dan ini merupakan aplikasi dari asas legalitas dalam konsep negara berdasar atas hukum (Agus Surono, 2013:6).

BAB VI

KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

1. Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 8 Tahun 2012 menyerahkan sepenuhnya kepada para pihak, pemegang HGB dan HM, untuk menentukan isi perjanjian tersebut. Sehingga dalam pembuatan empat akta yang menjadi dasar hukum hubungan antara pemegang HGB dan HM (akta sewa menyewa tanah, Akta Perjanjian Pendahuluan Pemberian GB di atas Tanah HM, akta kuasa, dan akta Pemberian GB di atas Tanah HM) tidak ada kewajiban bagi investor selaku pemegang HGB dan notaris-PPAT untuk menjelaskan potensi keuntungan yang akan diperoleh dari investasi akomodasi pariwisata tersebut. Tidak adanya penjelasan dalam proses sewa menyewa lahan terkait dengan potensi keuntungan usaha pariwisata tersebut membuktikan tidak adanya itikad baik pra-kontraktual dari pemegang HGB, yang menyebabkan ketidakadilan bagi pemegang HM dalam pemberian HGB di atas HM.
2. Terdapat ketidakadilan bagi pemegang hak milik dalam hubungan hukum dengan pemegang Hak Guna Bangunan. Pada tahun ke-10 investor selaku pemegang HGB sudah balik modal dan menikmati keuntungan yang besar dalam 20 tahun terakhir pemanfaatan tanah HGB tersebut. Pemberian HGB di atas HM pada dasarnya merupakan perjanjian pemanfaatan lahan, sehingga dalam pembuatan rangkaian perjanjian tersebut juga harus berpedoman pada asas fungsi sosial hak atas tanah yang memberi amanah agar pengaturan hubungan hukum mengenai pemanfaatan tanah harus memberi keuntungan yang seimbang bagi investor sebagai pemegang HGB dan penduduk Bali sebagai pemegang HM.

B. Saran

1. Berdasarkan paham negara kesejahteraan yang dianut Negara Indonesia, seharusnya Badan Pertanahan Nasional dan PPAT menggunakan pendekatan Persamaan Liberal atau Komunitarianisme dalam pembuatan rangkaian perjanjian dalam rangka pemberian HGB atau Hak Pakai di atas Hak Milik.
2. Seyogyanya segera diterbitkan Peraturan Presiden yang mengatur pemberian HGB pemberian HGB atau Hak Pakai di atas Hak Milik yang bisa mewujudkan hubungan hukum pemanfaatan lahan yang berkeadilan.

DAFTAR PUSTAKA

- A.A Raka Yadnya. 2003. *Pembebanan Hak Guna Bangunan Atau Hak Pakai Di atas Hak Milik*. Makalah KAKANWIL BPN Propinsi Bali dalam KONFERDA Ikatan Notaris Indonesia (INI) Daerah Bali-Nusa Tenggara Timur.
- Achmad Rubaie, 2007, *Hukum Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*, Malang : Bayumedia Publishing.
- Agus Surono, 2013, *Fungsi Sosial Tanah* , Jakarta: Penerbit Fakultas Hukum Universitas Al-Azhar.
- Ahmad Sodiki, 2013, *Politik Hukum Agraria*, Jakarta : Penerbit Konstitusi Press.
- Arie Sukanthi Hutagalung, Markus Gunawan, 2008. *Kewenangan Pemerintah di Bidang Pertanahan*. Jakarta : PT Raja Grafindo Persada.
- Aslan Noor. 2006. *Konsep Hak Milik Atas Tanah bagi bangsa Indonesia ditinjau dari Ajaran Hak Asasi Manusia*. Bandung : Mandar Maju.
- Bernard Arief Sidharta, 2009, *Penelitian Hukum Normatif : Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal*, Dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta (Editor), *Metode Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia.
- Boedi Harsono, 2003, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi Dan Pelaksanaanya Jilid 1 Hukum Tanah Nasional*. Jakarta: Penerbit Djambatan.
- Collin Mac Andrews, 1986, *Land Policy in Modern Indonesia*. Boston: Oelgeschlager, Gunn & Haim Publishers Inc.
- Gunawan Wiradi, 1996. *Jangan Perlakukan Tanah Sebagai Komoditi*. *Jurnal Analisis Sosial*. Vol 3/Juli.
- Hans Kelsen. 1971. *General Theory of Law and State*. New York : Russel and Russel. Terj. Raisul Muttaqien. 2006. *Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*. Bandung : Nusamedia dan Nuansa.
- Karen Lebacqz, 1986, *Six Theories of Justice*, Indianapolis : Augbung Publishing House, Terjemahan Yudi Santoso, *Teori-Teori Keadilan*, Bandung : Nusa Media.
- Kristen A. Carpenter; Sonia K. Katyal; Angela R. Riley. 2009. "In Defense Of Property". *Yale Law Journal*. 118 Yale L.J. 1022 .
- M.C.Mirrow, *Origins Of The Social Function Of Property In Chile*, Fordham Law Review, Vol.80 Issues 3 2011.
- Muchtar Wahid. 2008. *Memaknai Kepastian Hukum Hak Milik Atas Tanah*, Jakarta : Republika.
- Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana.

- Ridwan Khairandy, 2014, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Perspektif Perbandingan (Bagian Pertama)*, Yogyakarta : FH UII Press.
- Roy M. Robbins. 1969. "History of Public Land Law Development". *The Journal of American History*. Vol. 56, No. 2 (Sep., 1969), pp. 360-362.
- Rusmadi Murad. 2013. *Administrasi Pertanahan*. Bandung : Mandar Maju.
- Salim H.S. 2005. *Hukum Kontrak Teori dan Tehnik Penyusunan Kontrak*. Mataram: Sinar Grafika.
- Sarjita, *Kajian Yuridis Penertiban dan Pendayagunaan Tanah Terlantar Serta Pengean Jenis dan Tarif PNBPN Yang Berlaku Pada BPN Dalam Upaya Pelaksanaan Kewenangan Daerah Di Bidang Pertanahan*. Makalah dalam Diskusi Implementasi PP Nomor 11 dan PP Nomor 13 Tahun 2010 di Kabupaten Sleman.
- Satjipto Rahardjo. 2000. *Ilmu Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Suraya Afiff, 2005, "Tinjauan atas Konsep Tenure Security Dengan Beberapa Rujukan Pada Kasus-Kasus Di Indonesia", dalam *Wacana* Edisi 20 Tahun VI.
- Sutan Remy Sjahdeini, 2009, *Kebebasan Berperjanjian dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta : PT.Pustaka Utama Grafiti.
- Urip Santoso, 2005, *Hukum Agraria dan Hak- Hak Atas Tanah* , Jakarta, Prenada Media
- Will Kymlica, 1990, *Contemporary Political Philosophy : an Introduction*, New York : Oxford University Press Inc, Terjemahan Agus Wahyudi, 2011, *Pengantar Filsafat Politik Kontemporer Kajian Khusus Teori-Teori Keadilan*, Yogyakarta : Pustaka Pelajar.
- Winahyu Erwiningsih, *Pelaksanaan Pengaturan Hak Menguasai Negara atas Tanah Menurut UUD 1945*, Jurnal Hukum (*Ius Quia Iustum*) Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, Edisi Khusus Vol. 16 Oktober 2009.