

# PARADIGMA TEOTERIS *THE LIVING CONSTITUTION* DAN PENGAKUAN HAK KONSTITUSIONAL MASYARAKAT HUKUM ADAT DI INDONESIA

**Windi Hikma Ardiani**

Notaris Kabupaten Kendal  
windi.ardiani@yahoo.com

## **Abstract**

*This article illustrates that in a pluralistic country like Indonesia, the constitution should reflect the character and social practices that respect diversity in society. The inclusion of conditionalities in the recognition of indigenous people against the original intent of the Founding Fathers, as it should be abolished. Main problem is the existence of indigenous people, indigenous rights, and constitutional position of indigenous people themselves. Protection of the rights of indigenous people is not limited to the formulation of a precise definition of what and who's indigenous people, but rather to formulate more clearly the position of political subdivisions in the life of the nation as a whole.*

**Key Words:** *Constitutional Rights, Indigenous People*

## **Abstrak**

Artikel ini mengkaji watak dan praktik konstitusi Indonesia sebagai negara kepulauan yang terdiri lebih dari 17.000 pulau dan 1.128 etnis. Pemerintah melalui Kantor Direktorat Jenderal Komunitas Adat Terpencil [KAT] secara resmi mengakui 365 kelompok etnik dan sub-etnik dengan jumlah populasi 1,192,164 jiwa. Pencantuman conditionalities dalam pengakuan terhadap masyarakat hukum adat bertentangan dengan original intent para Pendiri Negara. Pokok masalah masyarakat hukum adat adalah eksistensi, hak tradisional, dan posisi ketatanegaraan masyarakat hukum adat itu sendiri. Komunitas masyarakat Adat Sedulur Sikep di Jawa Tengah, dan Baduy di Banten telah memiliki sistem pengendalian sosial secara turun temurun. Hal ini harus dipahami sebagai bangunan elemen sistem hukum nasional. Perbaikan aspek substansi hukum (legal substance), proses pembentukan hukum (law making process), dan implementasi penegakan hukum negara (law implementation and enforcement) wajib merespon dan mengakomodasi hukum yang hidup (living law) sebagai ekspresi nilai-nilai, norma, institusi dan tradisi hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat yang bernuansa multikultural. Dengan demikian, reorientasi paradigma living constitution, harus mengedepankan hukum yang memberi pengakuan dan perlindungan yang utuh dan hakiki, baik hukum negara, hukum adat dan hukum agama, termasuk mekanisme-mekanisme pengaturan lokal (inner order mechanism) yang secara empirik eksis dan hidup, serta dioperasikan dalam masyarakat.

Kata Kunci : Pengakuan Hak Konstitusional, Masyarakat Hukum Adat.

## **A. Pendahuluan**

Masalah eksistensi dan pengakuan konstitusional masyarakat adat<sup>1</sup> merupakan fenomena yang bersifat global.<sup>2</sup> Pelopor

1 Pengakuan negara terhadap masyarakat hukum adat ('*volksgemeenschappen*') di dalam Undang-Undang Dasar 1945 disebutkan sebagai 'masyarakat hukum adat' atau 'masyarakat tradisional'

2 Sampai sekarang masih tetap belum ada suatu definisi tentang disepakati bersama tentang

perlindungan terhadap eksistensi dan hak

'masyarakat hukum adat', yang dalam bahasa asing bisa disebut sebagai *indigenous peoples, tribal groups, ethnic minorities, aborigines, first peoples*, dan lain sebagainya. Secara historis, lazimnya yang dimaksud dengan istilah ini adalah seluruh penduduk yang mendiami suatu daerah pada saat kedatangan orang Eropa ke daerah yang bersangkutan. Sehubungan dengan belum adanya kesepakatan tersebut di atas, Perserikatan Bangsa Bangsa mempergunakan tolok ukur

tradisional masyarakat hukum adat dipelopori oleh *The International Labour Organization (ILO)* dalam berbagai konvensinya, antara lain atau terutama *Convention 169/1989 on the [Rights of the Indigenous Peoples and Tribal Groups in Independent Countries]*.

Masyarakat hukum adat adalah entitas antropologis yang tumbuh secara alamiah pada suatu bagian muka bumi tertentu, dan terdiri dari berbagai komunitas *primordial* berukuran kecil yang warganya mempunyai hubungan darah satu sama lainnya. Kata-kata kunci untuk memahami masyarakat hukum adat adalah *kekeluargaan* dan *kebersamaan*. Sedangkan *imperium* dan *negara nasional* adalah entitas-entitas politik baru yang bersifat *artifisial*, yang dirancang untuk menguasai seluruh penduduk yang mendiami suatu daerah yang lebih luas, yang lazimnya mempunyai sumber daya alam yang kaya. Kata-kata kunci untuk memahami imperium dan negara nasional ini adalah *kedaulatan* dan *kekuasaan*. Oleh karena kedua entitas ini meliputi warga yang sama dan hidup di atas muka bumi yang sama, maka cepat atau lambat, secara tertutup atau secara terbuka, akan timbul suatu *competing claims* yang tidak seimbang terhadap manusia, terhadap wilayah, serta terhadap sumber daya alam yang sama.

Pada awalnya, perhatian terhadap masalah *etnik* atau *suku-bangsa*, sebagai suatu entitas antropologis yang lebih besar ini terbatas pada artian simbolik belaka, dalam hubungan dengan sesanti *Bhinneka Tunggal Ika* yang sejak tahun 1951 tercantum dalam Lambang Negara. Namun secara perlahan, eksistensi etnik dalam bangsa yang bermasyarakat majemuk ini mempunyai dimensi politik, sehingga pada tahun 2000 Pemerintah menyelenggarakan Sensus Penduduk yang mencantumkan variabel etnik ini dalam pertanyaannya. Dari sensus penduduk tersebut sekarang diketahui adanya 1.072 etnik di Indonesia, 11 buah di antaranya mempunyai warga di atas satu juta jiwa.<sup>3</sup>

Secara teoretikal dapat dipertanyakan, apakah *etnik* atau suku bangsa tersebut juga memperoleh perlindungan konstitusional yang sama seperti halnya dengan masyarakat hukum adat. Dalam pasal-pasal Undang-Undang Dasar 1945 sama sekali tidak terdapat istilah *etnik* atau *suku bangsa* ini. Hanya secara tersirat hal itu bisa disimpulkan dari kalimat yang tercantum dalam Pasal 36A Undang-Undang Dasar 1945, yang menyatakan: "*Lambang Negara adalah Garuda Pancasila dengan semboyan Bhinneka Tunggal Ika*". Sudah merupakan kelaziman dalam kehidupan berbangsa dan bernegara bahwa istilah *Bhinneka Tunggal Ika* subyektif, yaitu mereka yang merasa dirinya sebagai *the indigenous peoples* (Sidang Umum PBB tanggal 13 September 2007, telah mensahkan *The U.N. Declaration on the Rights of the Indigenous Peoples*).

3 Leo Suryadinata et al., *Indonesia's Population: Ethnicity and Religion in a Changing Political Landscape*, (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2003), hlm. 37.  
terkait dengan kemajemukan masyarakat Indonesia dari segi ras, etnik, dan agama.

Berbeda dengan belum jelasnya posisi yuridis dari *etnik* atau *suku bangsa*, sejak tahun 2001 pembentuk undang-undang secara eksplisit mengakui eksistensi *ras* (*ras Papua*) dalam UU No. 21 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Papua.<sup>4</sup> Melalui

4 Sesungguhnya, pengakuan secara eksplisit terhadap suatu ras dalam kehidupan berbangsa dan bernegara dapat menimbulkan masalah jika ditinjau dari perspektif hak asasi manusia serta dari paham nasionalisme, oleh karena pengakuan eksplisit terhadap suatu ras bias ditafsirkan sebagai suatu diskriminasi terhadap ras-ras lainnya. Walaupun demikian, pengakuan secara eksplisit terhadap ras Papua ini juga bisa ditafsirkan secara positif sebagai *affirmative action*, yaitu sebagai suatu

penafsiran sistematis rasanya tidak akan terlalu salah jika disimpulkan bahwa Negara juga mengakui ras-rasanya, seperti ras Melayu, dengan segala bentuk *varian*-nya, yang tersebar di berbagai daerah di Indonesia.

Dari uraian di atas, dapat digambarkan bahwa sesungguhnya secara *de jure* keberadaan masyarakat hukum adat, tetapi diakui dan dihormati sebagaimana layaknya warga negara lainnya. Tetapi masalahnya dalam perkembangan pergaulan dunia global saat ini, dimana lahan-lahan sebagai sumber kehidupan semakin dirasakan sempit

kebijakan khusus untuk memperbaiki kesenjangan yang selama ini berlangsung terhadap ras Papua tersebut.

tidak dapat memenuhi kebutuhan hidup, dengan maraknya penanaman modal dalam menambang kekayaan alam, maka mau tidak mau memaksa masyarakat hukum adat menjadi terdesak bahkan tidak jarang mereka tergusur.

Menjelang dikembangkannya rujukan hukum yang lebih mengikat, sejak tahun 2005 Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) mengadakan serangkaian seminar dan lokakarya untuk membahas masalah ini dan menyimpulkan adanya hubungan konseptual antara ketiga kategori komunitas primordial ini yang pada dasarnya adalah: masyarakat hukum adat adalah bagian dari suatu etnik, sedangkan etnik adalah bagian dari ras.<sup>5</sup>

Oleh karena belum adanya definisi serta belum adanya undang-undang tentang perlindungan hak masyarakat hukum adat, terdapat kesulitan menetapkan *legal standing* dari masyarakat hukum adat yang ingin untuk menguji undang-undang yang dirasakannya melanggar hak konstitusionalnya.

Tulisan ini akan mencoba menelaah persoalan bagaimanakah hubungan konstitusional antara masyarakat hukum adat, etnik, dan ras ini, khususnya dalam hubungan dengan penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersifat kolektif, sesuai dengan berbagai instrumen hukum internasional hak asasi manusia.

## B. Pembahasan

### 1. Pengakuan Konstitusional Masyarakat Hukum Adat di Indonesia

Karakteristik dan identitas suatu bangsa sangat menentukan dasar-dasar kebangsaan dan kenegaraan di dalam konstitusi. Hal itu dapat dilihat dari salah satu konsensus dasar yang termaktub dalam konstitusi, yaitu kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama (*the general goals of society or general acceptance of the same philosophy of*

*government*).<sup>6</sup> Hal itu memiliki konsekuensi bahwa konstitusi selalu dibuat dan berlaku untuk suatu negara tertentu. Konstitusi dibuat berdasarkan pengalaman dan akar sejarah suatu bangsa, kondisi yang sedang dialami, serta cita-cita yang hendak dicapai.

Setiap bangsa dan peradaban memiliki karakter yang unik. Bahkan setiap bangsa memiliki karakter dan kualitas tersendiri yang secara intrinsik tidak ada yang bersifat superior satu diantara yang lainnya. Dalam hubungannya dengan pembentukan sistem hukum, von Savigny menyatakan bahwa suatu sistem hukum adalah bagian dari budaya masyarakat. Hukum tidak lahir dari suatu tindakan bebas (*arbitrary act of a legislator*), tetapi dibangun dan dapat ditemukan di dalam jiwa masyarakat. Hukum secara hipotetis dapat dikatakan berasal dari kebiasaan dan selanjutnya dibuat melalui suatu aktivitas hukum (*juristic activity*).<sup>7</sup>

Dengan demikian akar hukum dan ketatanegaraan suatu bangsa yang diatur dalam konstitusi dapat dilacak dari sejarah bangsa itu sendiri. Dalam konteks Indonesia, akar ketatanegaraan Indonesia modern dapat dilacak dari Hukum Tata Negara Adat yang pernah berlaku di kerajaan-kerajaan atau kesultanan-kesultanan yang pernah hidup di wilayah nusantara. Bahkan hukum tata negara adat juga masih dapat dijumpai hidup dan berlaku dalam lingkup masyarakat hukum adat. Dengan demikian konstitusi memiliki akar dan benar-benar menjadi bagian dari sistem hidup masyarakat, dipraktikkan dan berkembang seiring dengan perkembangan masyarakat (*the living constitution*).

Kehidupan bersuku bangsa ada terlebih dahulu daripada bangsa, dan akan selalu ada dalam kehidupan

5 The Republic of Indonesia, *Indigenous Peoples: The Structural Relationship among Tribal Groups, Nations and the State, From A Human Rights Perspective*. (Jakarta, The Indonesian National Commission of Human Rights, 2006), hlm 22.

6 William G. Andrews, *Constitutions and Constitutionalism*, 3<sup>rd</sup> edition, (New Jersey: Van Nostrand Company, 1968), hlm.12-13.

7 M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Juricprudence*, 7<sup>th</sup> Edition, (London: Sweet & Maxweel Ltd, 2001), hlm. 904-905.

berbangsa, sehingga dengan demikian perlu dikembangkan adanya suatu paradigma kehidupan berbangsa dan bernegara yang bersifat pluralisme.<sup>8</sup>

Secara historis, Penjelasan<sup>9</sup> Pasal 18 memberikan contoh-contoh tentang satuan-satuan masyarakat hukum adat seperti *desa* di Jawa, dan *nagari* di Minangkabau, yang dinyatakan mempunyai *hak asal usul* yang harus dihormati negara. Dalam literatur *adat recht* yang dikembangkan oleh Universitas Leiden, dengan istilah *adat rechtgemeenschappen* memang dimaksudkan desa atau satuan masyarakat yang setingkat. Seluruh masyarakat hukum adat ini dikelompokkan dalam 18 *adat rechtskringen*. Namun, walaupun hanya tercantum dalam Penjelasan Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945, sikap para Pendiri Negara tersebut merupakan *original intent* yang harus dirujuk dalam melakukan tafsiran historis (*historische interpretatie*) terhadap norma hukum positif yang terkait dengan eksistensi dan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat ini, paling sedikit selama kita masih mempergunakan Undang-Undang Dasar 1945.

Berbeda dengan kecenderungan umum pemerintahan kolonial zaman itu yang hendak meniadakan eksistensi masyarakat hukum adat, dua orang terpelajar Belanda, Cornelis van Vollenhoven dan B. Ter Haar Bzn, dari

Universitas Leiden justru memperjuangkan pengakuan terhadap eksistensi, hak tradisional, dan posisi ketatanegaraan dari masyarakat hukum adat, yang disebut mereka sebagai *dorps republiek*. Perjuangan mereka berhasil baik dengan keluarnya dua produk legislatif: (1) *Inlandsch Gemeente Ordonnatie (I.G.O)* untuk pulau Jawa dan Madura; dan (2) *Inlandsch Gemeente Ordonnantie Buitengewesten (I.G.O.B)*. untuk luar pulau Jawa dan Madura.<sup>10</sup>

Pada zaman Republik Indonesia, Prof. Mr. Dr Soepomo, seorang ahli hukum adat lulusan Universitas Leiden, yang menjadi perancang Undang-Undang Dasar 1945, memasukkan pengakuan terhadap eksistensi, hak tradisional serta posisi ketatanegaraan masyarakat hukum adat dalam Penjelasan Pasal 18 Undang-Undang dasar 1945, *tanpa persyaratan sama sekali*. Penjelasan Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945 tersebut dapat dipandang sebagai *original intent* dari para Pendiri Negara, yang secara hukum mengikat sesuai dengan asas *pacta sunt servanda*. Setidaknya-tidaknya sampai tahun 1960, bukan saja pengakuan terhadap masyarakat hukum adat tersebut tidak pernah dipersoalkan, tetapi juga tidak pernah ada pelanggaran. Semenjak tahun 1960, bermula dengan UU No. 5 Tahun 1960 Tentang Pokok-pokok Agraria, baru ada seperangkat *conditionalities* terhadap eksistensi, hak tradisional, serta posisi ketatanegaraan masyarakat hukum adat ini, antara lain dengan anak kalimat: ‘sepanjang masih ada’, ‘sesuai dengan kemajuan zaman’, ‘sesuai dengan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia’ dan yang sejenis dengan itu.<sup>11</sup>

8 Lihat “Pendahuluan” yang ditulis oleh Prof Soetandyo Wignyosoebroto, *Masyarakat Hukum Adat: Hubungan Struktural dengan Suku Bangsa dan Negara*, (Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2006), hlm. xv-xxii.

9 Pada angka II Penjelasan Pasal 18 tersebut termaktub kalimat ini : “*Dalam terittoir Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 “Zelfbesturende Landschappen” dan “Volksgmeenschappen” seperti desa di Jawa dan Bali, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli, dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Negara Republik Indonesia memghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan Negara yang mengenai daerah itu akan mengingati hak-hak asal-usul daerah itu*”.

10 Tim Penyusun, *Masyarakat Hukum Adat: Inventarisasi dan Perlindungan*, (Jakarta: Komnas HAM- Mahkamah Konstitusi-Departemen Dalam Negeri, 2005), hlm. 11-13.

11 Saafoedin Bahar, *Mengapa Demikian Sulit Mencapai Kesepakatan Tentang Definisi Masyarakat Hukum Adat? Sebuah Tinjauan dari Perspektif Hak Asasi Manusia*, Paper dalam Diskusi Akademik

Adalah jelas bahwa sesungguhnya pemberian *conditionalities* dalam sebuah undang-undang organik, yang tidak terdapat bahkan bertentangan dengan *unconditional recognition* dalam *Penjelasan* Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945 sebagai *original intent* dari para Pendiri Negara, adalah batal demi hukum (*van rechtswege nietig*) dan sekarang seharusnya juga *nietig verklaard*. Pemberian *conditionalities* dalam undang-undang tersebut berlanjut secara terus-menerus sejak tahun 1960 dan meningkat secara luar biasa sejak tahun 1970 sampai sekarang.

Penegasan pengakuan terhadap masyarakat hukum adat dan hukum ketatanegaraan adat dilakukan dengan mengangkat hal-hal yang bersifat normatif dalam penjelasan UUD 1945 menjadi bagian dari pasal-pasal. Hal itu dimaksudkan untuk menegaskan dan memperkuat ketentuan tersebut agar dilaksanakan dalam praktik kehidupan berbangsa dan bernegara. Ketentuan tentang pemerintahan daerah yang semula hanya 1 ayat dalam 1 pasal, berkembang menjadi 3 pasal yang berisi 11 ayat ketentuan.

Berbicara mengenai masyarakat hukum adat, sudah sewajarnya kita harus melihat pada dasar Konstitusi kita yang menjamin eksistensinya. Pasal 18B ayat (1) dan (2) UUD 1945 mengamanatkan sebagai berikut: Terkait dengan masyarakat hukum adat dan hukum tata negara adat diatur dalam Pasal 18B<sup>12</sup>, sebagai berikut.

(1) *Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa yang diatur dengan UU.*

(2) *Negara mengakui dan*

*menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.*

Pengakuan dan penghormatan terhadap satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa adalah meliputi pengakuan terhadap berlakunya hukum tata negara adat sesuai dengan struktur masyarakat setempat. Hal itu meliputi baik aspek struktur pemerintahan daerah maupun pembentukannya. Masyarakat yang memiliki struktur yang khusus dan istimewa tentu tidak dapat dipaksakan menjalankan ketentuan yang kurang sesuai. Hal itu misalnya dapat dilihat pada kasus pemilihan Gubernur Jogjakarta di mana struktur dan budaya masyarakatnya memiliki kekhususan dan keistimewaan sehingga belum dapat menerima pemilihan kepala daerah secara langsung.

Demikian pula halnya dengan pengakuan dan penghormatan kesatuan masyarakat hukum adat, tentu dimaksudkan juga meliputi hukum tata negara adat, baik pada tingkat desa dan nagari, marga, atau tingkatan yang lebih luas lagi. Namun demikian, pengakuan tersebut adalah terhadap kesatuan masyarakat hukum adat yang memang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat serta prinsip negara kesatuan. Oleh karena itu, tidak pada tempatnya untuk memaksakan hukum tata negara adat yang sesungguhnya sudah tidak hidup dalam masyarakatnya, untuk diberlakukan kembali pada masyarakat setempat yang sudah jauh berbeda struktur dan budayanya.

Adanya ketentuan Pasal 18B UUD 1945 merupakan landasan pluralisme hukum, terutama dalam hal

---

"Mendefinisikan Masyarakat Hukum Adat" yang diselenggarakan Laboratorium Konstitusi Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, tanggal 12 Juli 2008 di Hotel Madani, Medan.

12 Hasil Perubahan Kedua UUD 1945.

tata pemerintahan daerah sesuai dengan hukum tata negara adat masing-masing. Di dalam sistem hukum nasional terdapat beberapa sistem hukum yang lebih kecil dan terbatas, yang saling terkait dan tertata dalam kesatuan sistem hukum nasional.<sup>13</sup>

Paradigma kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia terdiri dari empat lapis, yaitu:

- § Lapisan 1: masyarakat hukum adat, menurut konsep C. van Vollenhoven dan ter Haar, sebagai lapisan yang paling dasar dan bersifat asli, mempunyai hak atas tanah ulayat dan di luar Jawa dan Madura umumnya mempunyai keterkaitan teritorial serta genealogis.
- § Lapisan 2: suku bangsa (etnik), sebagai konsep antropologi yang terkait dengan hubungan sejarah dan kultural dari para warganya, biasanya tidak mempunyai wilayah tertentu.
- § Lapisan 3: bangsa, sebagai konsep politik menurut Ernest Renan dan Benedict R.O.G Anderson.
- § Lapisan 4: negara-bangsa sebagai subyek utama hukum internasional menurut Konvensi Montevideo 1933, yang terdiri dari kesatuan tiga komponen, yaitu rakyat yang tetap, wilayah yang jelas batas-batasnya, dan pemerintah yang mampu menunaikan kewajiban internasionalnya.<sup>14</sup>

Paradigma kehidupan berbangsa dan bernegara yang terdiri dari empat lapis tersebut terasa bisa menerangkan mengapa terjadi *competing claims* terhadap kekayaan sumber daya alam yang ada pada suatu ulayat yang dimiliki oleh masyarakat hukum adat. Penyelesaian terhadap *competing claims* tersebut harus merujuk pada empat tugas Pemerintah yang tercantum dalam alinea keempat Pembukaan

Undang-Undang Dasar 1945, yaitu: (1) Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh Tumpah darah Indonesia; (2) Memajukan kesejahteraan umum; (3) Mencerdaskan kehidupan bangsa; & (4) Ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.<sup>15</sup>

Hal-hal yang harus diperhatikan oleh pemerintah adalah:

- § Menyusun Rancangan Undang-undang Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat dan atau ratifikasi instrumen hukum internasional masyarakat hukum adat;
- § Bekerjasama dengan seluruh elemen bangsa, dan dengan lembaga-lembaga Perserikatan Bangsa-Bangsa yang terkait dalam upaya melindungi, memulihkan, memajukan, serta memenuhi hak masyarakat hukum adat;
- § Melakukan rangkaian harmonisasi peraturan perundang-undangan nasional yang bertentangan atau tidak sesuai dengan jaminan hak konstitusional masyarakat hukum adat;
- § Menginventarisasikan secara bertahap masyarakat hukum adat yang mempunyai status hukum yang kuat sesuai dengan peraturan perundangan yang berlaku, sehingga dapat mempergunakan hak konstitusionalnya sebagai Pemohon pada Mahkamah Konstitusi RI;
- § Memulihkan secara terencana, adil, dan melembaga hak konstitusional masyarakat hukum adat yang telah dilanggar oleh pihak ketiga, terutama hak atas tanah ulayat;
- § Memfasilitasi program pendidikan dan pelatihan kader-kader masyarakat hukum adat;
- § Memelihara kesatuan dan persatuan bangsa dalam wadah Negara Kesatuan Republik Indonesia

13 M.D.A. Freeman, *Op.Cit.*, hlm. 919.

14 Tim Penyusun, *Masyarakat Hukum Adat...Op.Cit.*, hlm. 71.

15 *Ibid.*, hlm. 72.

berdasarkan wawasan Bhinneka Tunggal Ika yang tercantum dalam Pasal 36 A Undang-Undang Dasar 1945.<sup>16</sup>

Dewasa ini timbul suatu masalah teoretikal yang lumayan mendasar, yaitu bahwa *conditionalities* terhadap masyarakat hukum adat yang bermula pada undang-undang organik tersebut bukannya dikoreksi, tapi malah 'diangkat ke atas' dalam Pasal 18 B Undang-Undang Dasar 1945, yang berarti bahwa baik anggota Majelis Permusyawaratan Rakyat RI maupun Undang-Undang Dasar 1945 pasca Amandemen telah melanggar *original intent* dari apa Pendiri Negara. Patut layak diduga, bahwa latar belakang pemberian *conditionalities* tersebut di atas bukanlah karena pembentuk undang-undang dengan sengaja hendak meniadakan pengakuan terhadap eksistensi, hak tradisional, dan posisi ketatanegaraan masyarakat hukum adat, tetapi lebih merupakan suatu **entry point** dari suatu **hidden agenda**, yaitu kebutuhan dan kepentingan Pemerintah untuk menguasai sumber daya alam yang berada di tanah ulayat milik masyarakat hukum adat.

Kebijakan pemerintah yang cenderung kepada *neo liberalisme* telah menyebabkan sebagian besar sumber daya alam yang berada di atas tanah ulayat telah dikonsesikan kepada perusahaan-perusahaan swasta yang selain tidak cermat dalam melaksanakan tanggung jawabnya juga tidak terawasi dengan baik, sehingga selain telah menghancurkan hutan serta lingkungan dalam areal yang luas di pulau Sumatera, Kalimantan, Sulawesi, Maluku, Nusa Tenggara Barat dan Timur, serta Papua juga telah menimbulkan konflik dengan warga masyarakat hukum adat setempat.<sup>17</sup>

Sebagaimana para ahli hukum Barat dan pemerintah kolonial Hindia Belanda mengeluarkan berbagai teori

untuk membenarkan penguasaan terhadap kawasan milik penduduk pribumi, Negara Kesatuan Republik Indonesia cq. Badan Pertanahan Nasional (BPN) juga mengeluarkan *teorinya* sendiri, yang disebut sebagai **hak penguasaan Negara**, versi Indonesia masa kini dari *domein verklaring*.<sup>18</sup>

Berbagai pelanggaran terhadap hak masyarakat hukum adat telah terjadi hampir di seluruh Indonesia, sebagian di antaranya mempunyai indikasi pelanggaran hak manusia yang berat menurut UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

## 2. Mahkamah Konstitusi & Masyarakat Hukum Adat

Ada perbedaan antara 'masyarakat hukum adat' dengan 'kesatuan masyarakat hukum adat'. Dalam hubungan ini, Mahfud, MD.<sup>19</sup> menyatakan:

*"Masyarakat adalah sekumpulan individu yang hidup dalam lingkungan pergaulan bersama sebagai suatu 'community' atau 'society', sedangkan kesatuan masyarakat menunjuk kepada pengertian masyarakat organic, yang tersusun dalam kerangka kehidupan berorganisasi dengan saling mengikatkan diri untuk kepentingan mencapai tujuan bersama. Dengan perkataan lain, kesatuan masyarakat hukum adat sebagai unit organisasi masyarakat hukum adat itu haruslah dibedakan dari masyarakat hukum adatnya*

18 Lihat Muhammad Bakri, *Hak Menguasai Tanah oleh Negara: Paradigma Baru Untuk Reformasi Agraria*, (Yogyakarta: PT Citra Media, 2007).

19 Mahfud, MD, "Perindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat dalam Konstitusi", Paper, Keynote Speaker pada Lokakarya Nasional "Perindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat", yang diselenggarakan Komnas HAM & MK, tanggal 10 Desember 2007 di Gedung MK Jakarta, hlm. 6.

16 *Ibid*

17 *Ibid.*, hlm. 37

*sendiri sebagai isi dari kesatuan organisasinya itu”.*

Oleh karena keberadaan masyarakat hukum adat ini dapat dinilai sangat strategis, maka perlu diadakan inventarisasi secara nasional. Sehubungan dengan *conditionalities* yang ada, Mahfud, MD. (Ketua Mahkamah Konstitusi) menengarai ada delapan kategori, yang dapat dikelompokkan dalam tiga kelompok, yaitu:<sup>20</sup>

- a. Kesatuan masyarakat hukum adat yang sudah mati sama sekali;
- b. Kesatuan masyarakat hukum adat yang sudah tidak hidup dalam praktek tetapi belum mati sama sekali, sehingga masih dapat diberi pupuk agar dapat hidup subur;
- c. Kesatuan masyarakat hukum adat yang memang masih hidup.

Prof Natabaya mengajukan pengertian masyarakat hukum adat sebagai *“kesatuan-kesatuan kemasyarakatan yang mempunyai kelengkapan-kelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri, yaitu mempunyai kesatuan hukum, kesatuan penguasa dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan air bagi semua anggotanya.”*<sup>21</sup>

Pengertian ‘masyarakat hukum adat’, atau istilah sejenis seperti ‘masyarakat adat’, ‘masyarakat tradisional’ atau *the indigenous peoples* adalah suatu komunitas antropologis yang bersifat homogen dan secara berkelanjutan mendiami suatu wilayah tertentu,

20 *Ibid*, hlm. 8

21 Pendapat tersebut mengacu pada terminologi yang diajukan oleh Prof. Mr. Hazairin. Sedangkan Surojo Wignjodipuro menyebut masyarakat hukum adat sebagai persekutuan yang *“merupakan kesatuan-kesatuan yang mempunyai tata susunan yang teratur dan kekal, memiliki pengurus sendiri dan kekayaan sendiri, baik kekayaan materil maupun kekayaan immaterial”*. Lihat dalam Prof. H. Ahmad Syarifudin Natabaya S.H., LL.M “Masyarakat Hukum Adat dalam Perspektif Konstitusi”. Paper dalam Diskusi Akademik “Mendefinisikan Masyarakat Hukum Adat” yang diselenggarakan Laboratorium Konstitusi Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, tanggal 12 Juli 2008 di Hotel Madani, Medan, hlm. 2.

mempunyai hubungan historis dan mistis dengan sejarah masa lampau mereka, merasa dirinya dan dipandang oleh pihak luar sebagai berasal dari satu nenek moyang yang sama, dan mempunyai identitas dan budaya yang khas yang ingin mereka pelihara dan lestarikan untuk kurun sejarah selanjutnya, serta tidak mempunyai posisi yang dominan dalam struktur dan sistem politik yang ada. Hak masyarakat hukum adat terdiri dari tiga unsur, yaitu: (a) Hak perseorangan sebagai warganegara; (b) Hak kolektif sebagai masyarakat hukum adat; dan (c) Hak atas pembangunan.<sup>22</sup>

Dari materi muatan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, pada umumnya para sarjana hukum secara normatif memencar seperangkat *conditionalities* terhadap pengakuan masyarakat hukum adat menjadi 4 (empat) unsur yang harus diperhatikan sebagai “syarat” eksistensi masyarakat hukum adat di Indonesia.

- a. *Syarat Pertama*; “Sepanjang masih hidup”

Ada di kalangan mereka yang tidak mampu mempertahankan kehidupannya, sebagai akibat dari keterpurukan hidup, yang mencari kehidupan di tempat-tempat/ lingkungan daerah lain, sehingga ia sebagai individu dengan yang lain tidak mempunyai pertalian darah. Akibatnya, kekuatan hukum adat yang menjadi dasar kehidupannya selama ini, lama kelamaan menjadi pudar, akhirnya hilang sama sekali. Sedangkan daerah atau teritorial yang menjadi salah satu syarat adanya “hukum adat” bagi suatu masyarakat, tidak mungkin mengikuti migrasi anggotanya setiap kali dalam rangka mencari kehidupan yang lebih baik.

Kenyataan saat ini, masih banyak juga yang sanggup mempertahankan eksistensi mereka sebagai suatu

22 Tim Penyusun, *Masyarakat Hukum Adat: Hubungan Struktural dengan Suku Bangsa, Bangsa, dan Negara*, (Jakarta: Komnas HAM, 2006), hlm. 5.

masyarakat yang hidup dalam persekutuan hukum adat dalam satu wilayah tertentu, di mana para anggotanya tetap diikat dengan pertalian darah yang kuat. Contohnya di daerah Banten, adanya masyarakat hukum adat Badui (Badui dalam).<sup>23</sup>

b. *Syarat Kedua*: “Sesuai dengan perkembangan masyarakat”

Ciri persyaratan ini, tentunya mengandung arti bahwa hal-hal yang menjadi ketentuan-ketentuan tradisionalnya, tidak boleh bertentangan dengan kemajuan masyarakat dewasa ini yang tidak dapat menghindarkan dirinya dari pengaruh global. Maksud penulis adalah semacam pengaruh isu Hak Asasi Manusia yang bersifat universal, misalnya penghormatan terhadap hak-hak perempuan. Ada kalanya terdapat hukum tradisional (adat) yang sesungguhnya dilihat dari sudut martabat perempuan, sangat melecehkan. Misalnya, kebiasaan memperistri banyak orang yang malah menjadikan kebanggaan status sosialnya. Seharusnya dalam rangka penghormatan martabat perempuan yang memiliki hak asasi (Deklarasi Wina Tahun 1993) memperoleh kedudukan sedemikian rupa sesuai dengan harkat martabatnya sebagai manusia, jangan diperlakukan sebagai kekayaan *property* yang dapat untuk mendongkrak kedudukan sosialnya.

c. *Syarat Ketiga*: “Prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia”

Syarat ini, sudah selayaknya dan harus dimiliki setiap masyarakat hukum adat. Hukum yang diberlakukan dalam masyarakat tersebut, benar-benar murni suatu

23 H.M. Laica Marzuki, “Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Konstitusi” Paper, pada Lokakarya Nasional “Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat”, yang diselenggarakan Komnas HAM & MK, tanggal 10 Desember 2007 di Gedung MK Jakarta, hlm. 6.

perwujudan dari ketentuan-ketentuan/kebiasaan-kebiasaan tradisional yang telah secara turun-temurun dilaksanakan. Jadi jangan sampai mewujudkan ketentuan modern yang terkontaminasi kehidupan politik modern. Jadi singkatnya, hukum yang berlaku dalam komunitas masyarakat tersebut, tidak bertentangan dengan hukum yang diberlakukan bagi seluruh wilayah Indonesia.

d. *Syarat Keempat*: “Yang Diatur dalam Undang-Undang”

Selain diamanatkan oleh UUD 1945 (Pasal 18B), yang selanjutnya sudah dijabarkan dalam peraturan perundang-undangan yang lain. Seperti dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dalam ketentuan UU tersebut, antara lain diatur bahwa masyarakat hukum adat sebagai satu kesatuan merupakan salah satu pihak yang dapat menjadi pemohon dalam persidangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat (1) huruf b UU No 24 Tahun 2003. Demikian pula dalam UU No 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, Pasal 67 ayat (1), yang berbunyi:

*“Masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, berhak:*

- (1) melakukan pemungutan hasil hutan untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari dari masyarakat adat yang bersangkutan;*
- (2) melakukan kegiatan pengelolaan hutan berdasarkan hukum adat yang berlaku dan tidak bertentangan dengan UU, dan*
- (3) mendapatkan pemberdayaan dalam rangka meningkatkan kesejahteraannya.”*

Di dalam penjelasan Pasal 67 UU No 24 Tahun 2003 tentang Kehutanan, menyatakan bahwa

ebagai masyarakat hukum adat, diakui keberadaannya jika menurut kenyataannya memenuhi unsur, antara lain: (1) masyarakatnya masih dalam bentuk paguyuban (*rechsgemeenschap*); (2) ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adatnya; (3) ada wilayah hukum adat yang jelas; (4) ada pranata dan perangkat hukum, khususnya peradilan adat yang masih ditaati; dan (5) masih mengadakan pemungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari. Bahkan, penjelasan Pasal 67 ayat (2), memberikan kesempatan pada pertimbangan hasil penelitian para pakar hukum adat, aspirasi masyarakat setempat dan Tokoh masyarakat adat di tempat.

Keempat syarat-syarat yuridis di atas, saat ini belum ada penjelasan resmi dan lengkap tentang arti keempat persyaratan tersebut. Akibatnya, belum dapat diadakan inventarisasi resmi terhadap masyarakat hukum adat yang memenuhi empat persyaratan tersebut, berupa nama masyarakat hukum adat, peraturan daerah yang menjadi dasar hukum eksistensi masyarakat hukum adat, lokasi, dan batas-batas wilayahnya, lembaga kepemimpinan, serta alamat pucuk pimpinan masyarakat hukum adat.

Terhadap *conditionalities* ini, Prof Natabaya<sup>24</sup> menjelaskan pendapat Mahkamah Konstitusi pada tahun 2007 sebagai berikut.

- (1) Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa suatu kesatuan masyarakat hukum adat untuk dapat dikatakan secara *de facto* masih hidup (*actual existence*) baik yang bersifat *territorial*, *genealogis*, maupun yang bersifat setidaknya-tidaknya mengandung unsur: (i) adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*); (ii) adanya pranata pemerintahan adat; (iii) adanya harta kekayaan dan/ atau benda-benda adat; dan (iv) adanya perangkat norma hukum adat. Khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat territorial juga terdapat unsur (v) adanya wilayah tertentu.
- (2) Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dipandang sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila masyarakat hukum adat tersebut keberadaannya diakui sebagai pencerminan perkembangan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik dalam undang-undang yang bersifat umum maupun bersifat sektoral, seperti bidang agrarian, kehutanan, perikanan, dan lain-lain maupun dalam peraturan daerah, serta substansi hak-hak tradisional tersebut diakui oleh warga masyarakat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak asasi manusia.
- (3) Mahkamah juga berpendapat bahwa satu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut tidak mengganggu eksistensi Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai kesatuan politik dan kesatuan hukum yaitu keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia dan substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

## C. Penutup

### 1. Kesimpulan

Di satu sisi telah ada pengakuan konstitusional secara formal terhadap masyarakat hukum adat, seperti tercantum dalam Pasal 18 B ayat (2) dan Pasal 28 I ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 serta Pasal 6 Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia; tetapi di sisi yang lain, pengakuan tersebut selain masih *digondeli* dengan

24 Ahmad Syarifudin Natabaya, "Masyarakat Hukum Adat.. *Op.Cit.*", hlm 5.

berbagai persyaratan yang menyebabkan pengakuan terhadap masyarakat hukum adat tersebut hampir tidak ada artinya, juga oleh karena masih berlakunya sebagai hukum positif berbagai undang-undang organik yang melanggar hak masyarakat hukum adat tersebut, dan belum adanya rancangan undang-undang yang disiapkan secara sungguh-sungguh untuk melindungi eksistensi, hak tradisional serta posisi ketatanegaraan masyarakat hukum adat ini.

Dari literatur hukum adat (*adat recht*), risalah sidang-sidang BPUPKI dan PPKI serta Penjelasan Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945 dapat disimpulkan bahwa *masyarakat hukum adat* adalah desa atau yang setingkat dengan desa dengan seluruh hukum, harta komunal serta perangkat-perangkatnya, yang sudah ada sebelum terbentuknya Republik Indonesia. Pencantuman *conditionalities* dalam pengakuan terhadap masyarakat hukum adat bertentangan dengan *original intent* para Pendiri Negara, karena itu harus ditiadakan.

## 2. Saran

Dari uraian tersebut di atas beberapa terdapat beberapa agenda yang harus dipertimbangkan:

a. Upaya perlindungan, pengakuan, dan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat perlu dilakukan pada tataran nasional dan pada tataran internasional. Oleh

karena perlindungan, pengakuan, dan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat tidaklah berlangsung secara otomatis, maka diperlukan upaya terencana dan terorganisasi oleh jajaran masyarakat hukum adat sendiri, yang pada saat ini sudah mempunyai dua organisasi berskala nasional, yang bergerak pada tataran kebijakan.

- b. Sebelum adanya undang-undang mengenai perlindungan hak masyarakat hukum ada, perlu diadakan inventarisasi sementara terhadap masyarakat hukum adat yang ada.
- c. Dewan Perwakilan Daerah R.I. bekerjasama dengan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia bersama Sekretariat Nasional Masyarakat Hukum Adat diharapkan mengambil prakarsa untuk menggunakan hak inisiatif menyusun rancangan undang-undang tentang perlindungan hak masyarakat hukum adat. Dalam penyusunan rancangan undang-undang tersebut perlu diberikan perhatian khusus terhadap pelanggaran hak masyarakat hukum adat yang terdapat berbagai undang-undang sektoral.
- d. Dalam rangka politik hukum harus dilakukan pencabutan *conditionalities* terhadap masyarakat hukum adat yang terdapat dalam Pasal 18B Undang-Undang Dasar 1945 karena bertentangan dengan *original intent* para Pendiri Negara.

## Daftar Pustaka

- Andrews, William G., 1968. *Constitutions and Constitutionalism*, 3<sup>rd</sup> edition, Van Nostrand Company, New Jersey.
- Bahar, Safroedin, 2008. "Mengapa Demikian Sulit Mencapai Kesepakatan Tentang Definisi Masyarakat Hukum Adat? Sebuah Tinjauan dari Perspektif Hak Asasi Manusia", Paper dalam Diskusi Akademik "Mendefinisikan Masyarakat Hukum Adat", Medan: Laboratorium Konstitusi Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, 12 Juli 2008.
- Bakri, Muhammad, 2007. *Hak Menguasai Tanah oleh Negara: Paradigma Baru Untuk Reformasi*

- Agraria*, PT Citra Media, Yogyakarta.
- Freeman, M.D.A., 2001. *Lloyd's Introduction to Juricprudence*, 7<sup>th</sup> Edition, Sweet & Maxweel Ltd., London.
- MaHFud, MD, Moh., 2007. "*Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat dalam Konstitusi*", Paper Keynote Speaker pada Lokakarya Nasional "Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat", Jakarta: Komnas HAM & MK, 10 Desember 2007.
- Marzuki, H.M. Laica, "*Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Konstitusi*" Paper, pada Lokakarya Nasional "Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat", Jakarta: Komnas HAM & MK, 10 Desember 2007.
- Natabaya, Ahmad Syarifudin, 2008. "*Masyarakat Hukum Adat dalam Perspektif Konstitusi*", Paper dalam Diskusi Akademik "Mendefinisikan Masyarakat Hukum Adat", Medan: Laboratorium Konstitusi Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, 12 Juli 2008.
- Prof Soetandyo Wignyosoebroto, 2006. *Masyarakat Hukum Adat: Hubungan Struktural dengan Suku Bangsa dan Negara*, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Jakarta.
- Suryadinata, Leo, *et.al.*, 2003. *Indonesia's Population: Ethnicity and Religion in a Changing Political Landscape*, Institute of Southeast Asian Studies, Singapore.
- The Republic of Indonesia, 2006. *Indigenous Peoples: The Structural Relationship among Tribal Groups, Nations and the State, From A Human Rights Perspective*, The Indonesian National Commission of Human Rights, Jakarta.
- Tim Penyusun, 2005. *Masyarakat Hukum Adat: Inventarisasi dan Perlindungan*, Komnas HAM-Mahkamah Konstitusi-Departemen Dalam Negeri, Jakarta.
- Tim Penyusun, 2006. *Masyarakat Hukum Adat: Hubungan Struktural dengan Suku Bangsa, Bangsa, dan Negara*, Komnas HAM, Jakarta.