



KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

AKTUALISASI MASYARAKAT HUKUM ADAT (MHA):
Prespektif Hukum dan Keadilan terkait
dengan Status MHA dan Hak-Hak Konstitusionalnya

PUSAT PENELITIAN DAN PENGKAJIAN PERKARA,
PENGELOLAAN TEKNOLOGI INFORMASI DAN KOMUNIKASI
KEPANITERAAN DAN SEKRETARIAT JENDERAL
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

2012

**AKTUALISASI MASYARAKAT HUKUM ADAT (MHA):
Perspektif Hukum dan Keadilan Terkait
Dengan Status MHA dan Hak-hak Konstitusionalnya**

**Jawahir Thontowi, Irfan Nur Rachman,
Nuzul Qur'aini Mardiya, Titis Anindyajati**

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi
dan Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta
E-mail: puslitka@mahkamahkonstitusi.go.id

bekerjasama dengan
Centre for Local Law Development Studies (CLDS)
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jalan Taman Siswa No. 158. PO Box 1133 Yogyakarta 55151.
Gedung Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Lt. 3.Sayap Timur

PENDAHULUAN

A. Rasionalisasi Penelitian

Sejak tahun 2007, Presiden Soesilo Bambang Yoedhoyono telah memerintahkan stafnya untuk menindaklanjuti peraturan perundang-undangan tentang perlindungan masyarakat hukum adat (MHA). Janji tersebut sedikit terobati ketika DPR RI di Komisi II telah memasukkan ke dalam Program Legislasi Nasional. Namun, hingga kini, apakah RUU MHA tersebut mengakomodir persekutuan masyarakat adat versi Van Vollen Hoven, ataukah pula PMA sebagaimana tertera dalam penjelasan UUD 1945. Ketidakjelasan rujukan penggunaan konsep juga

menjadi permasalahan tersendiri. Agak sulit kiranya bagi masyarakat, khususnya masyarakat adat dapat memulihkan kepercayaannya pada pemerintah sekiranya janji tersebut ditepati. Begitu banyak janji-janji dan jaminan perlindungan terhadap "pengakuan dan penghormatan kepada masyarakat hukum adat" begitu banyak jumlahnya tetapi belum terpenuhi, baik dalam wujud UU maupun dalam tingkat implementasinya.

Keberadaan pasal 18 B ayat (2) dan 23 I (3) dan juga dalam Undang-Undang (UU) sektoral (UU Nomor 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria; UU Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan, Mineral dan Batubara; UU Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air; dan UU terkait lainnya) telah berupaya memberikan pengakuan dan penghormatan terhadap Kesatuan Masyarakat Hukum Adat (KMA). Secara *das sollen* pemerintah pusat berkewajiban untuk menyelenggarakan sistem pemerintahan yang mensejahterakan dengan memperjuangkan tercapainya pemenuhan hak-hak konstitusional¹ dan hak-hak tradisional.² Dengan harapan dapat memenuhi kebutuhan dasar masyarakat baik secara materiel maupun secara imateriel

Akan tetapi, kewajiban yuridis konstitusional terkait pengakuan dan penghormatan terhadap MHA yang dilakukan oleh pemerintah pusat dan daerah masih menjumpai berbagai kendala. Kebijakan negara terkait pelayanan publik yang belum menyentuh nasib masyarakat hukum adat semakin menunjukan bukti

¹ Hak-hak Konstitusional adalah Hak-hak dasar dan Hak kebebasan dasar setiap warga negara, terkait dengan pendidikan, pekerjaan, kesetaraan didepan hukum, hak sosial ekonomi, kebebasan berpendapat, hak untuk hidup dan bertempat tinggal yang dijamin oleh UUD.

² Hak-hak Tradisional yaitu Hak-hak khusus atau istimewa yang melekat dan dimiliki oleh suatu komunitas masyarakat atas adanya kesamaan asal-usul (geneologis), kesamaan wilayah, dan obyek-obyek adat lainnya, hak atas tanah ulayat, sungai, hutan dan dipraktikkan dalam masyarakatnya.

keberadaan mereka sebagai kelompok minoritas yang acapkali diperlakukan diskriminatif. Pemenuhan hak-hak konstitusional dan tradisional mereka, sampai saat ini, merupakan ancaman bagi NKRI, oleh karena belum terpenuhi. Para pengamat menyetujui bahwa kebangkitan gerakan adat pada masa transisi demokratis Indonesia secara terselubung mengandung bahaya”. Sebagaimana pengakuan Tim Komnas HAM bahwa situasi memanas di Papua, khususnya di kabupaten Mimika, timbul bermula dari perlawanan yang dilakukan gerakan adat sebagai bentuk ketidakpuasan mereka terhadap pengakuan hak-hak tradisional.³

Atas dasar fenomena MHA yang terpinggirkan itulah penelitian ini penting dilakukan. Pertama, realitas timpang antara *das sollen* dan *das sein* terkait pengakuan dan penghormatan MHA dan hak-hak tradisional cukup nyata. Di satu pihak, Pasal 18B ayat (2), menyatakan bahwa MHA dan Hak-hak tradisionalnya diakui dan dihormati negara sepanjang masih ada, berkesesuaian dengan kehidupan modern dan tidak bertentangan dengan NKRI dan diatur oleh undang-undang. Suatu norma yang lahir setelah amandemen mustahil dirumuskan tanpa kepentingan politis tertentu.

Jaminan konstitusional tersebut terbukti tidak efektif. Ancaman bahaya terselubung gerakan masyarakat adat tidak dapat dihindarkan ketika nasib mereka tak beranjak dari keterbelakangan. Tidak efektifitasnya instrumen hukum terkait dengan pengakuan dan penghormatan masyarakat hukum adat, dibuktikan melalui ketidakpastian status masyarakat hukum adat sebagai subjek hukum (*legal standing*)

³ Lihat Jamie S Davidson, David Henley dan Sandra Moniaga. Adat dalam Politik Indonesia. Yayasan Pustaka Obor Indonesia. Jakarta, KITLV. 2010. hal: ix. Lihat juga “Masalah Papua” *KOMPAS*. Senin 31. Oktober 2011. Hal: 2.

atau pemangku hak, kewenangan bertindak, dan dapat dibebani kewajiban-kewajiban hukum. Para hakim Mahkamah Konstitusi mengakui bahwa untuk menentukan status hukum, MHA sebagai subyek hukum tidak mudah. Mengingat keanekaragaman hukum adat di Indonesia begitu kompleks. Menentukan parameter masyarakat hukum adat bagi suatu tempat belum tentu cocok bagi kesatuan masyarakat hukum adat lainnya. Karena itu, tidak mengherankan jika penentuan syarat-syarat formal masyarakat hukum adat perlu hati-hati. Kasus uji materiil oleh MHA di MK RI tidak pernah terkabulkan menjadi persoalan mendasar yang perlu dicari jawabannya. Kesulitan mencari jawaban tersebut bukan sekedar asal-usul historis lahirnya ilmu hukum adat, yang tak lepas dari politik etis pada masa penjajahan Belanda. Akan tetapi, juga disebabkan karena posisi MHA dalam UUD 1945, sebelum dan sesudah amandemen memiliki status yang kurang jelas dalam keadilan sosial dan politik Indonesia.

Kedua, dari banyak kasus di berbagai pengadilan ketidakpastian MHA dapat dibuktikan. Mereka mengalami nasib sama yaitu, umumnya tuntutan masyarakat hukum adat tidak ada yang dikabulkan. Dari lima kasus gugatan MHA nyaris tidak satupun ada yang dikabulkan. Terkecuali ada kasus di Papua yang dikabulkan, tetapi hal itu lebih dikarenakan adanya penggantian *legal standing* dari MHA menjadi perseorangan. Situasi ini telah memperparah hubungan antara pemerintah pusat dan masyarakat hukum adat jika tidak memiliki kepastian hukum. Meski tidak mudah, upaya hukum adat bisa menjadi hukum positif di Indonesia, dengan mengakomodir

nilai-nilainya menjadi sumber material hukum di Indonesia memperlihatkan interaksi hukum adat dengan hukum nasional masih berlangsung⁴.

Dalam kasus konflik pertanahan, dari 1400 kasus sengketa agraria di Pengadilan Sumatera Barat tak satupun pihak masyarakat adat dimenangkan. Sama halnya tanah Hak Ulayat Nagari sekitar 100 ha telah berpindah menjadi tanah Kementerian Kehutanan⁵. Di masyarakat Kalimantan Barat, khususnya di Sambas, hak tanah adat *tembawang* tidak dapat diklaim masyarakat adat karena letaknya berada dalam posisi hutan lindung⁶. Situasi MHA yang termarginalkan tersebut tentu saja mustahil tanpa sebab. Di satu pihak, sifat hukum adat lebih mengutamakan unsur magis, kontan, kongkrit dan fleksibilitas yang dapat berfungsi efektif ketika nilai kejujuran, kebersamaan, gorong royong, masih dilembagakan. Dan di pihak lain, negara sebagai kuasa dan juga pengusaha lebih mendasarkan klaimnya atas hak-hak di dominasi oleh peraturan hukum. Dan bukti yang formal dan tertulis. Terhadap perbedaan karakter masyarakat dan hukumnya, MHA dan masyarakat secara umum tidak pernah, ada kebijakan yang dapat mencari jalan keluar

Kecuali itu, bilamana memperhatikan jaminan konstitusional, Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, dan UU sektoral, terkait pengakuan dan penghormatan MHA tampak satu sama lainnya saling menguatkan. Namun, sesungguhnya justru Pasal 18B ayat

⁴ Lihat Ketua, Mahfud MD dengan Hakim Mahkamah Konsitusi, Hamdan Zoelva, dalam suatu Seminar Nasional, Hukum dan Hukum Adat di Dalam Sistem Ketatanegaraan RI. Kencana Suluh. Senin 01 Maret 2010. Hal 3.

⁵ Lihat Emil Kleden, *Kompas*, 10 Agustus 2007, dan hasil penelitian Asep Yunan Firdaus 2007 hal 8 .

⁶ Lihat hasil Penelitian *Antropologi Budaya tentang Pengembangan SDM di Pusat Pengembangan Perbatasan di Sajingan Besar*, dilaksanakan oleh CLDS FH UII bekerjasama dengan Bappeda, Pemerintah Kabupaten Sambas, Provinsi Kalimantan Barat. 2008.

(2) dan Pasal 28 I ayat (3) merupakan konstruksi norma hukum yang sangat berat (rigid) dan pengakuan serta penghormatan dalam UU Sektorl sebagian menegaskan, khususnya terkait hak-hak tradisional. Tetapi, mengapa status MHA dan hak-hak tradisionalnya tidak berubah. Timbul ketidakpastian hukum salah satu sebabnya adalah konstruksi norma imperatif tidak memiliki daya paksa yang kuat. Sifat norma yang terkonstruksi dalam Pasal 18B ayat (2) dan 23I ayat (3) lebih bersifat fakultatif bukan norma imperatif.⁷ Akibatnya, kewajiban negara untuk mengakui dan menghormati masyarakat hukum adat tidak memiliki daya ikat kuat, sehingga tidak mudah untuk dijadikan pedoman, prosedur dan mekanisme yang lebih konkrit. Gregory Acciaioli menyebutkan bahwa ketentuan peraturan hukum tersebut sifatnya sangat *ambiguous* atau tidak jelas isi perintah yang harus dilakukan. Terjadinya tumpang tindih antara peraturan hukum yang satu dengan lainnya sering terjadi dan berakibat hak-hak tradisional masyarakat adat terkalahkan.

Pada umumnya, konsep dan pemaknaan MHA termasuk hak-hak tradisionalnya cukup jelas terlindungi dalam berbagai peraturan hukum, tetapi dalam implementasinya tidak mudah diterapkan. Kecenderungan muatan materi demikian jelas tidak dapat memberikan kepastian hukum malah sebaliknya dapat menegaskan MHA. Dengan adanya empat syarat kumulatif yaitu, MHA sebagai subyek hak jika masih ada, berkesesuaian dengan kondisi masyarakat tidak bertentangan dengan

⁷ Norma imperatif adalah norma perintah dan larangan yang dapat memaksa selain implementasinya. Sedangkan norma fakultatif norma yang sifatnya pelengkap yang sifat pemberlakuannya menggantungkan pada adanya syarat-syarat yang lain.

NKRI dan diatur oleh UU.⁸ Suatu persyaratan yang sampai kapanpun tidak akan pernah terpenuhi oleh MHA,

Reaksi negara abai terhadap MHA sudah tampak jelas ketika Kongres Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) I tahun 2005, dengan tegas menyatakan "Kalau Negara tidak mengakui kami, kami pun tidak akan mengakui negara." hal ini telah menjadi pemicu dan motif utama lahirnya gerakan masyarakat adat. Tema Kongres AMAN II sudah tampak lebih mengkerucut oleh karena semboyannya adalah "memperkuat posisi dan peranan masyarakat adat untuk mewujudkan keadilan dan demokrasi kerakyatan di era otonomi daerah".⁹ Secara umum kurangnya kinerja kepemimpinan yang tegas dan produktif, serta terjadinya ketimpangan ekonomi mengakibatkan bersemainya bibit ketidakpuasan yang berujung pada keinginan untuk memisahkan diri.¹⁰ Suatu kasus Aceh Nangroe Darussalam dan Papua, yang terlibat konflik dengan NKRI MHA salah satu unsur pemicunya.

Ketiga, tak kalah pentingnya penelitian diperlukan karena lemahnya upaya pemerintah pusat ini tidak dapat dipungkiri oleh karena beberapa kekuatan usulan dari AMAN, masyarakat sipil lainnya dan DPD RI terkait dengan RUU Perlindungan Masyarakat Hukum Adat tidak pernah direspon secara positif dari Pemerintah dan DPR RI. Konsekuensinya, berbagai Perda Adat sejak tahun 1999 hingga 2009

⁸ Lihat Tata Bahasa Konstitusi yang lebih luas, tegas, Marsveen Ann & Robert Seidman. "*Legislative Drafting for Democratic Social Change*", London, The Hague Boston Kleumer International. Hal. 227

⁹ Lihat Greg Acciaioli. "Dari Pengakuan menuju pelaksanaan kedaulatan adat: Konseptualisasi ulang ruang lingkup dan signifikansi masyarakat adat dalam Indonesia kontemporer

¹⁰ Hasil Jajak Pendapat "Kompas", Ketimpangan Ekonomi Berubah Tuntutan Pemisahan Diri. "KOMPAS". Senin 31 Oktober 2011. Hal:4.

bermunculan di berbagai daerah, dengan spektrum yang berbeda-beda sebagai akibat absennya pedoman substantif terkadang tak luput dari kecurigaan. Jimly Asshiddiqie, mengemukakan bahwa pemberian kewenangan kepada Bupati dan Walikota untuk memberikan pengakuan dan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat melalui peraturan daerah adalah sangat tidak tepat. Jika mati hidupnya suatu masyarakat hukum adat sepenuhnya diserahkan kepada kewenangan regulasi di tingkat kabupaten dan kota tanpa rambu-rambu yang jelas, tentulah cukup besar risikonya.¹¹ Dugaan tersebut memang tepat. Beberapa keputusan bupati yang diterbitkan dan itu pun bukan terkait dengan penentuan status hukum MHA tidak efektif. Perda Kabupaten Lebak, terkait desa Kenees yang menjadi wilayah masyarakat Badui salah satu bentuk pengakuan MHA di tingkat Kabupaten, melalui Perda. Begitu banyak suku yang mungkin juga MHA antara lain suku Anak Dalam di Jambi, suku Sakai di Pekanbaru, masyarakat nelayan Saka, Amatoa di Bulukumba, Sulawesi Selatan, suku Tengger di Jawa Timur

Berdasarkan latar belakang di atas, maka penelitian berjudul **AKTUALISASI MASYARAKAT HUKUM ADAT (MHA): Perspektif Hukum dan Keadilan Terkait Dengan Status MHA dan Hak-hak Konstitusionalnya** adalah penting dan sangat strategis untuk dilakukan.

Pertama, penelitian ini menekankan pada pentingnya aktualisasi masyarakat hukum adat, yaitu upaya untuk memelihara kembali nilai-nilai budaya yang hampir

¹¹ Lihat Jimly Asshiddiqie, Menuju Negara Hukum yang Demokratis. Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI. 2008 hal: 821.

musnah tetapi begitu ada reformasi semangat untuk dibangkitkan mulai muncul.¹² Aktualisasi bukan sekedar membangkitkan sesuatu nilai atau norma adat yang sudah usang dan kuno, tapi lebih merupakan upaya untuk menyegarkan kembali peran dan fungsi MHA ke dalam jati dirinya, sekaligus mencegah kepunahan nilai-nilai adat melalui upaya formalisasi ke dalam peraturan hukum tertulis, melalui UU maupun perda.¹³ Bentuk pengakuan yang diberikan Pemerintah Pusat secara konkrit terkait dengan konsistensi dan komitmen untuk menindak lanjuti teks yuridis ke dalam upaya mengakomodir kepentingan atau manfaat negara terhadap masyarakat hukum adat sesungguhnya merupakan basis lahirnya negara-bangsa Indonesia. Sehingga bentuk penghormatan terhadap masyarakat hukum adat, wajib memperlakukan tidak diskriminatif.

Alasan *kedua* penelitian ini memiliki nilai strategis mengingat pembangunan global masyarakat dunia, melalui berbagai konvensi-konvensi seperti ILO 1982, dan Konvensi *Indigenous People* berpengaruh terhadap nasib MHA di berbagai belahan negara-negara yang bernasib terbelakang (*marginalized society*). Upaya untuk mengembalikan dan memperbaiki nasib masyarakat asli dan/atau masyarakat adat, sebagaimana terjadi di Indonesia, juga tidak sepenuhnya dapat diserahkan kepada peran dominan negara. Justru, MHA harus menempatkan posisi sebagai bagian dari kekuatan *civil society* yang berdaya. Secara langsung penelitian ini memiliki kontribusi terhadap dengan keberadaan MK RI sebagai *a guardian of constitution*.

¹² Greg Acciaioli, *Revitalisasi Seni Adat di To Toa. Sulawesi Tengah*.

¹³ Minako Sakai, *Regional Responses to Resurgence of Adat Movements in Indonesia. In Beyond Jakarta : Regional Autonomy and Local Societies in Indonesia*

Bagaimana hak-hak konstitusional MHA benar-benar menjadi subyek hak yang legitimit dengan hadirnya MK. Tidak sekedar MHA di atur dalam Pasal 51 ayat (1) UU No. 27 Tahun 2002 tentang Mahkamah Konstitusi, tetapi MK seharusnya dapat membuat putusan penting terkait status MHA dan hak-hak tradisional. Untuk memberdayakan MHA, tidak lain harus dilakukan identifikasi terhadap berbagai faktor filosofis, sosiologis, historis, politis, dan juga juridis untuk menetapkan MHA sebagai subyek hukum (*legal standing*) yang dapat menguasai dan melakukan tindakan hukum di beberapa forum pengadilan, termasuk beracara di MK RI.

Dukungan masyarakat internasional melalui kebijakan meratifikasi Konvensi internasional ke dalam sistem hukum nasionalnya sangat diperlukan. Sehingga negara melalui UU diwajibkan mengakomodir perlindungan hak-hak masyarakat adat. Tanah Hak Ulayat Nagari di Minangkabau, dan sejenisnya di tempat lain.¹⁴ Hal ini terjadi bukan saja karena ketidakpastian hukum peraturan perundang-undangan di tingkat pusat, akibat pengakuan dan penghormatan terhadap MHA, melainkan karena dalam tingkat UU Sektoral lainnya yang menegaskan MHA. Meskipun demikian, hadirnya nilai-nilai demokrasi dalam masyarakat lokal memerlukan adanya *rule of law* di tingkat daerah. Jika lahirnya perda-perda adat sebagai pengganti kekosongan hukum di tingkat pusat menjadi sangat wajar jika menimbulkan masalah baru.¹⁵ Hak

¹⁴ Lihat hasil penelitian Akmal. Eksistensi, Hak dan Dasar Hukum Masyarakat Hukum Adat Provinsi Sumatra Barat., dalam *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia (Kajian Multi-Perspektif)*. Kata Pengantar Artidjo Alkostar. Penerbit Pusham UII. Yogyakarta. 2007. hal: 446

¹⁵ Penelitian komprehensif tentang Perda-Perda Bermasalah, baik karena kaburnya muatan materinya Perda atau karena persoalan prosedur dan mekanisme yang tidak dipatuhi secara tepat dan benar telah dilakukan oleh Siti Zuhroh dan Eko Prasjojo. *Kisruh Peraturan Daerah: Pengurai Masalah dan Solusinya*. The Habibie Center dan Penerbit Ombak. Jakarta. 2010.

partisipasi masyarakat secara umum dan MHA secara khusus dapat ambil bagian dalam pembentukan kebijakan publik termasuk dalam perencanaan dan pembentukan Peraturan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, jelas menyediakan ruang partisipasi publik

Alasan *ketiga*, bahwa upaya-upaya yang secara langsung terkait dengan prosedur dan mekanisme pengakuan dan penghormatan MHA, belum terformulasikan ke dalam peraturan hukum yang mengandung kepastian hukum. Meskipun gubernur, bupati dan walikota memiliki kewenangan untuk mengeluarkan status hukum MHA, kenyataan jarang sekali dilakukan. Adanya konflik kepentingan (*conflict of interest*) yaitu bupati dan walikota, yang dalam faktanya termasuk pejabat yang berwenang mengeluarkan izin usaha pertambangan (IUP) sebagai salah satu penyebabnya. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi atas lahirnya kebijakan terkait prosedur dan mekanisme pengakuan dan penghormatan MHA baik untuk pemerintah pusat, DPR, DPD, serta DPRD di seluruh Indonesia. Hal ini utamanya, terjadi ketika analisa perbandingan dilakukan pada suku Sami, dan Aborigin dimana hukum dasar, UU, dan putusan Mahkamah Agung saling memberikan dukungan.

B. Permasalahan

Penelitian ini dilakukan untuk memberikan jawaban atas tiga lingkup masalah. Pertama, apa dan siapa yang dimaksudkan sebagai masyarakat persekutuan adat di MHA. Kedua, bagaimana konsistensi Pasal 18B ayat (2) dan 28I ayat (3) dan 32 UUD 1945 (diakui sepanjang (1) masih ada, (2) sesuai dengan perkembangan

masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia (3) yang diatur dengan undang-undang) dengan UU Sektoral apa lainnya?

Ketiga, bagaimana hak-hak konstitusional dan peran MK dalam memahami dan menyelesaikan gugatan MHA dan hak-hak tradisionalnya?

Dari ketiga masalah tersebut kemudian dirumuskan jawabannya sebagai berikut. Pertama, mengumpulkan berbagai bahan dan keterangan komprehensif terkait kepastian hukum dan konsistensi pengakuan dan penghormatan MHA diatur dengan UUD 1945 (Pasal 18 B ayat (2) dan 28 I ayat (3)) dengan penjabarannya secara konsisten dalam UU Sektoral, utamanya terkait dengan prosedur dan mekanisme perolehan status MHA sebagai subyek hukum, sehingga mereka sebagai minoritas, selain dapat menuntut perlakuan sederajat di depan hukum (*equality before the law*) juga dapat menuntut hak-hak khusus dan istimewa bersifat tradisional dari kekuasaan negara.

Kedua, mengetahui secara komprehensif dan mendalam baik secara yuridis formal maupun non-yuridis sehingga dapat diketahui keberadaan MHA di berbagai daerah menjadi potensi strategis untuk dapat mengidentifikasi MHA yang legitimit dan memenuhi syarat, dan juga MHA yang belum memenuhi syarat yuridis?

Ketiga, memperoleh bahan dan data lapangan yang lengkap, baik bahan-bahan primer berbentuk peraturan hukum maupun non-hukum, data lapangan yang dapat digunakan sebagai masukan-masukan konstruktif dalam penyiapan kebijakan, sehingga dapat diketahui indikator-indikator status MHA yang dapat diterima secara nasional.

Penelitian ini memberikan manfaat dan hasil guna baik secara akademis dan kebijakan pemerintah terhaap pengakuan status MHA dan hak-hak tradisionalnya. Secara akademis penelitian ini telah mengembangkan upaya memberikan kontribusi signifikan terhadap penguatan tegaknya dasar-dasar demokrasi konstitusional dan pemahaman komprehensif terhadap MHA yang selama ini terpinggirkan menjadi lebih terjamin hak-hak konstitusionalnya. Tersusunnya pokok-pokok pikiran terdiri dari nilai-nilai luhur, dan asas-asas dan norma-norma yang berlaku pada umumnya di MHA di Indonesia, sebagai bahan untuk memberikan pemaknaan lebih komprehensif tentang pengakuan dan penghormatan, serta adanya indikator-indikator utama dalam penentuan layakannya tidak suatu MHA sebagai subjek hukum (*legal personalitiy atau legal standing*) yang dapat dibebani hak-hak dan kewajiban hukum. Kajian tentang pengakuan MHA dan hak-hak tradisionalnya sebagaimana berlaku di berbagai suku di negara lain. Antara lain New Zealand, Selandia Baru, serta Afrika. Tidak kalah pentingnya hak-hak konstitusional yang diajukan oleh MHA ke MK yang dalam putusan-putusannya bukan saja di satu pihak memperkuat (rigiditas) Pasal 18B (2) dan memarjinalkan MHA untuk selama-lamanya

Secara konseptual terdapat indikator-indikator MHA sebagai subjek hukum yang secara konstitusional dapat mensejahterakan masyarakat adat di daerah dan tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum ketatanegaraan RI.

C. Kajian dan Konsep

Beberapa penelitian sebelumnya telah dilakukan secara komprehensif dan sampai pada temuan dan kesimpulan yang sistematis dan obyektif. Martua Sirait dan

kawan-kawan, dalam penelitian berjudul Bagaimana Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat dalam Mengelola Sumber Daya Alam diatur. Penggolongan wilayah hukum adat sebagaimana dilakukan Van Vollenhoven ke dalam 19 wilayah hukum adat, seperti Aceh, Gayo, Batak Nias, Sulawesi Selatan, Maluku, Irian Barat, dan Solo dan Yogyakarta dan sebagainya, masih bersifat umum. Sebab, dalam penjelasan Bab VI UUD 1945, bahwa teritori Indonesia terdapat lebih kurang 250 *zelfbestuurende landschappen* dan *volkgemennschappen*, seperti desa di Jawa dan Bali. Selain itu, pengelompokan 19 wilayah hukum adat tersebut menjadi semakin kurang relevan ketika di Provinsi Lampung saja ditemukan 76 kesatuan masyarakat hukum adat.¹⁶

Dalam kesimpulannya, dikemukakan bahwa sepanjang Perundang-undangan yang mengatur tentang masyarakat hukum adat belum ada ataupun belum jelas diatur dalam UUD, maka perlu disiapkan peraturan daerah yang dapat menyelesaikan permasalahan Hak-hak Masyarakat Adat di wilayahnya secara sementara. Adapun peraturan daerah yang harus dipersiapkan bersifat pengakuan, membenaran atau penerimaan sehingga peran yang selama ini dijalankan oleh Departemen Kehutanan harus dikosongkan dari wilayah dimana ada masyarakat adat. Terakhir dan penting dijadikan catatan bahwa Peraturan Provinsi dan Kabupaten tersebut harus dapat tetap memberikan hak pemajuaan kepada masyarakat adat sehingga masyarakat tidak

¹⁶ . Kajian komprehensif telah dilakukan oleh Martua Sirait, Chip Fay, dan A Kusworo. "Bagaimana Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat Dalam Mengelola Sumber Daya Alam Diatur?". Makalah disampaikan dalam Acara Seminar Perencanaan Tata Ruang Secara Patisipatif oleh WATALA dan BAPPEDA, 11 Oktober di Bandar Lampung.

”dikonservasikan”, tetapi tetap diterima sebagai masyarakat adat yang mempunyai hak untuk menentukan arah pemajuan hidupnya secara dinamis.

Hampir seiring dengan hasil penelitian di atas, Asep Yunan Firdaus, justru pesimis untuk melihat keberadaan masyarakat hukum adat. Dalam karyanya ‘Masih Eksis kah Hukum Masyarakat (Hukum) Adat di Indonesia?’. Di satu pihak, bahwa pemerintah telah mengeluarkan berbagai peraturan perundang-undangan yang mengakui keberadaan masyarakat hukum adat dan hutan adat, tapi tidak merumuskan syarat dan tata cara yang singkat dan sederhana untuk keperluan pengakuan keberadaan hak masyarakat lokal. Di pihak lain, pengakuan keberadaan hutan adat oleh Departemen Kehutanan selalu berdalih bahwa proses harus didahului oleh pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat oleh Pemda. Asep ”melihat model pengaturan dalam perundang-undangan dalam dampak-dampak penerapan peraturan pada sektor kehutanan, nampak jelas bahwa sebenarnya keberadaan masyarakat (hukum) adat serta hak ulayat yang dimilikinya sudah dikebiri.¹⁷

Senada dengan itu, hasil kajian Gregory Acciaolli dengan judul *From Acknowledgment to Operationalization of Indigenous Sovereignty*: mengajukan beberapa kesimpulan bahwa klaim kedaulatan masyarakat hukum adat tidak diterapkan, meskipun instrumen hukum nasional dan internasional telah mendukungnya. (1) ketidak jelasan istilah kedaulatan bagi masyarakat adat untuk dapat diimplementasikan dalam kaitannya dengan hak-hak adat terhadap wilayah

¹⁷ . Lihat tulisan Asep Yunan Firdaus. ‘*Hak-Hak Masyarakat Adat (Indigenous People’s Rights)*’ Bagi Dosen Pengajar HAM di Indonesia. PUSHAM UII, kerjasama dengan Norsk Senter for Menneskerettighetet Norwegian Centre for Human Rights. Yogyakarta, 21-24 Agustus 2007.

adat, sebagaimana halnya perbedaan penggunaan konsep pemukiman kembali pada masyarakat adat yang tinggal di wilayah komunitas adatnya. (2) faktor eksternal terkait gerakan kemandirian masyarakat itu sendiri, yakni terkait dengan kelangsungan pengawasan tanah agraria. Pengakuan pemerintah terhadap prinsip-prinsip adat dengan penolakan terhadap sebagian khusus klaim adat, bukan sekedar cerita semata. Dalam beberapa hal, reformasi otonomi daerah pemerintah pusat yang turun ke pemerintah provinsi dan tingkat kabupaten, berakibat timbulnya tingkat penekanan pendapatan daerah yang kebanyakan ditentang karena secara langsung bersinggungan dengan hak-hak masyarakat adat.¹⁸ Kewajiban tersebut merupakan konsekuensi dari Konvensi Internasional tentang ILO (*International Labour Organization*) 1982 dan *International Convention Indigenous People Rights*. Banyak pakar Indonesia yang menyamakan *indigenous people's rights* sebagai masyarakat hukum adat (MHA).

Dari studi lintas budaya, yaitu pengalaman di dua Negara seperti suku Maori di New Zealand dan suku Aborigin di Australia. Erich Kolig, dalam karyanya menyebutkan bahwa kebijakan pengakuan dan pemajuan terhadap hak-hak adat baik Aborigin di Australia dan suku Maori di New Zailand pertama dengan mengakui kemitraan suku dan budaya secara sederajat (*recognition of an ethnic and cultural partnership of equal*), dan pengakuan terhadap hukum kebiasaan sekitar penguasaan

¹⁸ Lihat Gregory Acciaioli. "From Acknowledgment to Oprationalization of Indegeneous Sovereignty: Reconceptualizaing the scope and significance of masyarakat adat in contemporary Indonesia.

atas tanah dan hak-hak di atasnya didasarkan kepada suatu perjanjian masa lalu, seperti *Treaty of Waitangi*).

Adapun bentuk pengakuan terhadap hukum adat dan kepercayaan mereka antara lain diwujudkan dalam sistem hukum atau peraturan per-undang-undangan. Misalnya, di New Zealand, pengakuan tersebut diatur dalam Undang-Undang Hak-Hak Dasar (*Bill Rights Act* (1990)), dan Undang Undang Hak-Hak Asasi Manusia (*Human Rights Act* (1993)). Lembaga-lembaga publik mengembangkannya ke dalam peraturan-peraturan khusus sesuai kebutuhan-kebutuhan dan ciri-ciri budaya. Untuk mencegah pro-kontra pengakuan atas hak-hak masyarakat adat tersebut, apa yang secara kultural dipandang sebagai ciri keaslian (*authentic*) harus dilindungi sebagai obyek dari hak-hak masyarakat hukum adat tersebut. Sementara itu, di Australia agak berbeda mengingat pengakuan masyarakat hukum adat Aborigin dan Imigran diposisikan sebagai kelompok minoritas. Di Australia memang tidak ada Hak-Hak Dasar dan UU Hak Asasi Manusia baik dalam maupun luar konstitusi, tetapi Australia tergolong negara penanda tangan kelima perjanjian internasional. Karena itu, kebijakan pemerintah Australia yang dibuat lebih mengarahkan agar masyarakat hukum adat dan imigran dapat melakukan asimilasi untuk kebijakan multikulturalisme, dengan mengupayakan masyarakat hukum adat dan imigran untuk menerima nilai utama Australia (*Australian core value*).¹⁹

¹⁹ Erich Kolig. *Romancing Culture: policies of recognition and indigeneous people in Australia and New Zealand*. 50th Anniversary Symposium, Perth, December 2006. hal: 17

Dari kajian pustaka tersebut di atas, terdapat beberapa konsep atau definisi operasional yang dipergunakan dalam penelitian ini.

1. Peraturan Hukum secara universal adalah hal-hal yang dibuat oleh suatu badan atau lembaga Pemerintah yang berisikan norma-norma dalam masyarakat dimana bertujuan untuk mengatur tata kehidupan manusia dalam suatu negara.²⁰ Keadilan adalah kondisi kebenaran ideal secara moral mengenai sesuatu hal, baik menyangkut benda atau orang.²¹ Berbicara hukum adat tidak terlepas dari konsep hukum yang hidup (*Living Law*) dalam Masyarakat. Tergolong hukum yang paling tua yang pernah dipergunakan masyarakat Indonesia, selain terdapat hukum Islam dan hukum warisan kolonial. Karena itu, *Living law* pengertiannya identik dengan hukum adat menurut Prof. Mr. Cornelis Van Vollenhoven yaitu keseluruhan aturan tingkah laku positif yang disatu pihak mempunyai sanksi (hukum) dan dipihak lain dalam keadaan tidak dikodifikasi (adat). Tingkah laku positif memiliki makna hukum yang dinyatakan berlaku disini dan sekarang. Sedangkan sanksi yang dimaksud adalah reaksi (konsekuensi) dari pihak lain atas suatu pelanggaran terhadap norma (hukum).²²
2. Konstitusi yang hidup (*living constitution*) dalam masyarakat, hukum dasar yang benar-benar hidup dalam masyarakat tidak hanya terdiri dari naskah yang tertulis saja, akan tetapi juga meliputi konvensi-konvensi. Undang-undang Dasar 1945

²⁰ Lihat <http://miftachr.blog.uns.ac.id/2009/10/arti-peraturan-hukum/>

²¹ Lihat <http://id.wikipedia.org/wiki/Keadilan>

²² Lihat http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_adat

menganut paham ini²³, dan selalu dapat mengikuti perkembangan zaman karena UUD tersebut selain dapat dilakukan perubahan, revisi juga penyempurnaan sebagaimana kedudukan hukum adat dengan jelas diakui keberadaan dalam Hukum Dasar di Indonesia sejak amandemen dilakukan oleh MPR RI tahun 2002 sampai dengan 2004.

3. Keanekaragaman hukum (*legal pluralism*), secara substantif diistilahkan pluralisme hukum dan secara umum didefinisikan sebagai suatu situasi di mana dua atau lebih sistem hukum bekerja secara berdampingan dalam suatu bidang kehidupan sosial yang sama, atau untuk menjelaskan keberadaan dua atau lebih sistem pengendalian sosial dalam satu bidang kehidupan sosial (Griffiths, 1986:1), atau menerangkan suatu situasi di mana dua atau lebih sistem hukum berinteraksi dalam satu kehidupan sosial (Hooker, 1975:3), atau suatu kondisi di mana lebih dari satu sistem hukum atau institusi bekerja secara berdampingan dalam aktivitas-aktivitas dan hubungan-hubungan dalam satu kelompok masyarakat (F.von Benda-Beckmann, 1999:6)²⁴
4. Aktualisasi bagi kebangkitan masyarakat hukum adat, dimaksudkan sebagai proses, cara, perbuatan mengaktualisasikan kembali; penyegaran dan pembaruan nilai-nilai kehidupan masyarakat ke dalam kehidupan sehari-hari, dengan berupaya untuk melakukan penyusunan, pengumpulan secara umum mencakup berbagai unsur dalam hukum adat dan masyarakat hukum adat, sebagai pedoman

²³ Lihat http://amisiregar.multiply.com/journal/item/29/Politik_Hukum

²⁴ Lihat <http://www.gudangmateri.com/2011/06/pluralisme-hukum-dalam-pandangan.html>

yang dapat mengarahkan lahirnya berbagai peraturan hukum adat yang selaras dengan kepentingan hukum dan nasional.²⁵

5. Keanekaragaman hukum (*legal pluralism*), secara substantif diistilahkan pluralisme hukum dan secara umum didefinisikan sebagai suatu situasi di mana dua atau lebih sistem hukum bekerja secara berdampingan dalam suatu bidang kehidupan sosial yang sama, atau untuk menjelaskan keberadaan dua atau lebih sistem pengendalian sosial dalam satu bidang kehidupan sosial (Griffiths, 1986:1), atau menerangkan suatu situasi di mana dua atau lebih sistem hukum berinteraksi dalam satu kehidupan sosial (Hooker, 1975:3), atau suatu kondisi di mana lebih dari satu sistem hukum atau institusi bekerja secara berdampingan dalam aktivitas-aktivitas dan hubungan-hubungan dalam satu kelompok masyarakat (F. Von Benda-Beckmann, 1999:6)²⁶
6. Aktualisasi bagi kebangkitan masyarakat hukum adat, dimaksudkan sebagai proses, cara, perbuatan mengaktualisasikan kembali; penyegaran dan pembaruan nilai-nilai kehidupan masyarakat ke dalam kehidupan sehari-hari, dengan berupaya untuk melakukan penyusunan, pengumpulan secara umum mencakup berbagai unsur dalam hukum adat dan masyarakat hukum adat, sebagai pedoman yang dapat mengarahkan lahirnya berbagai peraturan hukum adat yang selaras dengan kepentingan hukum dan nasional.²⁷

²⁵ Lihat <http://www.artikata.com/arti-347188-reaktualisasi.html>

²⁶ Lihat <http://www.gudangmateri.com/2011/06/pluralisme-hukum-dalam-pandangan.html>

²⁷ Lihat <http://www.artikata.com/arti-347188-reaktualisasi.html>

Penelitian ini dilakukan dengan menggunakan bahan-bahan hukum dengan pendekatan hukum doktrinal (normatif), utamanya digunakan penelusuran terhadap berbagai Peraturan Perundang-undangan, UUD, UU, PP, Keppres/Repres, dan Perda-Perda (Bahan Primer). Tidak kurang dari tiga puluh dua (32) peraturan perundang-undangan dan tiga puluh tujuh (37) peraturan pemerintah dan puluhan perda.

Bahan hukum primer antara lain: dokumen tertulis berupa Undang-undang No. 32 Tentang Pemerintah Daerah, Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, Undang-Undang No 5 Tahun 1960 Tentang Pokok-Pokok Agraria, Undang-Undang No 11 Tahun 1974 Tentang Pengairan, Undang-Undang No 5 Tahun 1990 Tentang Konservasi Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya, Undang-Undang No 24 Tahun 1992 Tentang Penataan Ruang, Undang-Undang No 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang No 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan, Undang-Undang No 22 Tahun 2001 Tentang Minyak dan Gas Bumi, Undang-Undang No 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup. Selain itu terdapat peraturan pemerintah yang terdiri dari 39 perda-perda adat lainnya.

Selain itu, diperlukan bahan-bahan sekunder yang relevan dengan judul tersebut di atas, dengan menelusuri bahan-bahan seperti Jurnal Ilmiah, teksbook, tesis/disertasi, majalah, koran, arsip-arsip, serta berbagai referensi yang relevan dengan persoalan hukum lokal,

Adapun analisis telah dilakukan melalui tiga tahapan. Pertama, analisis Normatif dilakukan dengan cara melakukan tinjauan atas Pasal 18B ayat (2), dan

Pasal 28I ayat (3) dan latar belakang lahirnya rumusan pasal tersebut dalam amandemen III. Kemudian peraturan hukum berbentuk undang-undang, terkait dengan pemaknaan secara yuridis tentang pengakuan dan penghormatan masyarakat hukum adat. Kedua, analisis dilakukan terhadap muatan materi dalam pasal-pasal dari berbagai sumber hukum formil dengan membedakan antara muatan materi yang bersifat norma imperatif (*primary rule*) dengan norma fakultatif (*secondary rules*) dengan maksud untuk membedakan pasal-pasal mana yang mendukung dan menegaskan status MHA dan hak-haknya. Ketiga, analisis dilakukan pada kasus-kasus yang muncul di MK RI, dengan melihat ada tidaknya nilai-nilai keadilan pada putusan MK, utamanya melalui analisis isi (*content analysis*) terhadap argementasi yuridis maupun akademis baik suatu yurisprudensi yang menolak ataupun yurisprudensi yang mengabulkan.

PEMBAHASAN

Model Perlindungan Mha Di Indonesia Dan Negara-Negara Lain

Dalam membahas Masyarakat Hukum Adat (MHA) dibedakan antara pengakuan di Indonesia dan Negara-negara lain. Bagian pertama dalam bab ini, dikemukakan tentang status MHA dalam UUD 1945. Selanjutnya, dibahas tentang pengakuan MHA dan hak-haknya dalam UU yang sekaligus memperlihatkan ketidakpastian hukum akibat norma-norma yang disusun ada yang bersifat imperatif (*imperative norm*) atau peraturan hukum utama (*primary rule*) dan ada yang bersifat fakultatif, (*facultative norm*) atau peraturan hukum sekunder (*secondary rule*)²⁸.

Peraturan utama yaitu kewajiban-kewajiban yang memerintahkan orang untuk melakukan sesuatu, dan larangan-larangan yang mencegah orang-orang untuk tidak melakukan sesuatu dengan daya paksa (*coercive*) dan sanksi yang dapat dijatuhkan jika tidak mematuhi, melanggar sesuatu yang tidak diperbolehkan. Norma imperatif umumnya digunakan terhadap penjelasan apa dan siapa MHA dan kewenangan-kewenangannya.

Sedangkan peraturan bersifat sekunder adalah peraturan-peraturan yang lebih bersifat prosedural, yang sifatnya melengkapi adanya aturan hukum primer, tetapi konstruksi normanya justru bertentangan dengan substansinya. Norma seperti ini umumnya digunakan disatu pihak memperkuat kepentingan nasional, dan dipihak lain melemahkan kepentingan adat.

A. MHA dalam UUD 1945

²⁸ Konsep *primary rule* dan *secondary rule* semula digunakan oleh Herbert Lionel Adolphus Hart dalam menjelaskan kedua sifat hukum yang memiliki daya ikat berbeda. H. L. A. Hart, 1982, *The Concept of Law*, Oxford University Press, lihat juga Soedikno Mertokusumo *Norma Imperatif dan Norma Fakultatif*, 1996, dalam *Mengenal Hukum : Suatu Pengantar*,

Pada sidang kedua Badan Penyelidik Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan (BPUPK), tanggal 10-17 Juli 1945, mengagendakan pembahasan tentang Rancangan Undang-Undang Dasar. Diskusi seputar pengakuan terhadap daerah-daerah adat di Indonesia telah mengemuka. Gagasan pemikiran pertama dilontarkan oleh Muhammad Yamin pada 11 Juli 1945. Salah satu materi yang diusulkan Yamin adalah mengenai susunan pemerintahan dalam sebuah negara yang dibayangkan berbentuk republik. Menurutnya, susunan pemerintahan republik Indonesia akan tertata atas pemerintahan bawahan, pemerintahan tengahan, dan pemerintahan atasan.

Pemerintah bawahan adalah badan-badan masyarakat seperti desa, nagari, negeri dan marga. Pemerintahan tengahan adalah pemerintah daerah. Selanjutnya, pemerintah atasan adalah pemerintah pusat yang terletak di ibu kota negara. Yamin mengusulkan agar UUD mengubah sifat pemerintahan bawahan sesuai dengan perkembangan zaman²⁹.

Senada dengan M. Yamin, Pada rapat BPUPK tanggal 15 Juli 1945, Soepomo mengusulkan bahwa pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang dengan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara dan hak-hak asal usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa. Daerah yang bersifat istimewa, yaitu, *pertama*, daerah kerajaan (*kooti*) atau dikenal *zelfbesturende landschappen*, baik di Jawa maupun di luar Jawa. *Kedua*, daerah-daerah kecil yang mempunyai susunan asli dikenal dengan *dorfgemeinschaften* atau *volksgemeinshaftern*, yaitu desa di Jawa, Nagari di

²⁹ Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum Terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, (UNDP,2006), hlm. 45.

Minangkabau, dusun dan marga di Palembang, Huta dan Kuria di Tapanuli.³⁰ Inti gagasan dari konseptor negara integralistik ini bahwa sebagai negara kesatuan maka tidak boleh ada negara bawahan (*onderstaat*) di negara Indonesia, melainkan hanya daerah-daerah pemerintahan.

Namun, negara harus menghormati hak-hak asal usul daerah yang bersifat istimewa.³¹ Dalam konteks sejarah dan politik, pada kenyataannya masyarakat hukum adat telah ada lebih dahulu dari negara Indonesia. Oleh karena itu, gagasan pemikiran kedua pendiri bangsa ini tentang pengakuan dan penghormatan terhadap daerah yang bersifat istimewa dimasukkan ke dalam Undang-Undang Dasar 1945 sebelum perubahan yang mengatur perlunya memasukan unsur pengakuan dan penghormatan terhadap eksistensi kesatuan masyarakat hukum adat yang selanjutnya diatur dalam Pasal 18 dan penjelasannya, sebagai berikut:

Pasal 18

Pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil, dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang, dengan memandang dan mengingati dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara, dan hak-hak asal-usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa.

Penjelasan Pasal 18

“Dalam territoir Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 zelfbesturende landchappen dan volksgemeenschappen, seperti desa di Jawa dan Bali, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu

³⁰ RM. A.B. Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hlm.363.

³¹ Rikardo Simarmata....Op.Cit,hlm.46.

mempunyai susunan asli, dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa.

Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingati hak-hak asal-usul daerah tersebut.”

Baik *zelfbesturende landchappen* (daerah swaparaja) maupun *volksgemeenschappen* (daerah masyarakat hukum adat) merupakan daerah yang bersifat istimewa yang keberadaan dan eksistensinya diakui secara otomatis dalam UUD 1945 sebelum perubahan, tanpa adanya persyaratan konstitusional tertentu. Sekiranya rumusan Pasal 18 UUD 1945 terkait dengan pengakuan MHA yang tanpa syarat-syarat konstitusional itu benar, itu berarti originalitas pembuat UUD sebelum reformasi menunjukkan adanya konsistensi yang benar.

Namun, dengan tidak dijelaskan bentuk pengakuan dan penghormatan Negara terhadap kesatuan masyarakat hukum adat, tetap menunjukkan kelemahan tersendiri dalam UUD 1945. Sejak Orde Baru justru proses peminggiran MHA tampak semakin kuat. Jika kemudian pengaturan lebih rinci tentang pengakuan dan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat diatur dalam UUPA yang dipersiapkan sejak tahun 1948, tetap saja tidak menolong nasib MHA. Kondisi sentralistik politik dan Pemerintahan Orde Baru semakin menunjukkan bukti-bukti yang tidak dapat dieliminir.

Pertama, ketidakmengertian Pemerintahan Pusat tentang kemajemukan kultural masyarakat Indonesia serta implikasinya, sebagai akibat Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa yang

menyamarkan pemerintahan desa menurut model pemerintahan desa di pulau Jawa. Tentu saja sangat masuk akal jika pemerintahan Orde Baru sengaja melemahkan MHA, termasuk hukum adatnya. Sebab paksa hukum seperti Mochtar Kusumaatmadja membenarkan pembangunan hukum Indonesia menggunakan teori hukum Roscoe Pound yaitu *law is a tool of social engineering*. Namun, penggunaan teori tersebut tidak sepenuhnya tepat. Di sisi lain penerapan teori itu mendorong pembangunan hukum melalui rekayasa perundang-undangan. dan di pihak lain, teori tersebut mengakui berbagai model penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Mengingat suatu peraturan hukum yang dibuat wajib memberi kepuasan pada sebagian masyarakat.

Kedua, faktor kebutuhan investor terhadap tanah sejak tahun 1967, khususnya dalam bidang pertambangan, perkebunan, dan kehutanan, yang menyebabkan Pemerintah bersama dengan DPR mengeluarkan Undang-Undang yang secara *inconcreto* menafikan hak masyarakat hukum adat atas tanah ulayat. Baik langsung maupun secara tidak langsung. Seluruh Undang-undang tentang investasi sejak tahun 1967 telah menghidupkan doktrin *res nullius* dan asas *regalia* yang bersifat imperialistik, yang merupakan warisan abad ke-16 tersebut. Selain itu juga, melaksanakan konsep neoliberalisme model *the Washington Consensus* yang hendak mencabut fungsi kesejahteraan Negara dan menyerahkannya kepada kekuatan pasar. Negara kita belum mempunyai data mengenai jumlah, lokasi, serta luasnya tanah ulayat yang dimiliki masyarakat hukum adat ini.

Ketiga, tumbuhnya kecenderungan sentralisasi pemerintahan yang sangat kuat. Kemunduran studi hukum adat dan masyarakat hukum adat, antara lain oleh karena anggapan bahwa hukum adat dan masyarakat hukum adat ini *inkompatibel* dengan semangat kebangsaan dan bahwa masalah hukum adat ini dipandang sebagai bagian dari masalah SARA (suku, agama, ras dan antargolongan) yang merupakan ancaman bagi ketahanan nasional.³² Tentu saja pandangan tersebut digunakan oleh pemerintah Orde Baru sekedar untuk menjustifikasi sistem politik yang sentralistik. Kekhawatiran MHA di beri jaminan dan perlindungan hukum yang pasti justru akan kontra produktif bagi kekuatan politik sentralistik di era Orde Baru.

Ketiga sebab ini yang mengakibatkan kesatuan masyarakat hukum adat dari masa ke masa semakin termajinalisasi. Hilangnya kesatuan masyarakat hukum adat sebagai suatu entitas sistem yang khas, seperti Nagari di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang, Huta dan Kuria di Tapanuli, Gompong di Aceh dan sebagainya. Ada dua ciri fundamental yang dihilangkan oleh UU Pemdes, yaitu, *pertama*, desa bukan lagi daerah yang bersifat istimewa yang memiliki susunan asli dan hak asal usul³³. *Kedua*, desa bukanlah suatu masyarakat hukum melainkan hanya suatu wilayah yang ditempati oleh sejumlah penduduk dan mempunyai organisasi pemerintahan

³² Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Mewujudkan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat, (Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2006), hlm. 14-15.

³³ Istilah susunan asli bisa dianggap menunjuk pada aspek kelembagaan dan organisasi masyarakat hukum adat untuk : (i) menentukan kelembagaan dan organisasi; (ii) menentukan prosedur pengangkatan dan pemberhentian pimpinan atau pengurus; (iii) menyelenggarakan urusan pemerintahan terutama yang berhubungan dengan pelayanan umum dan pengenaan beban kepada anggota persekutuan.

terendah langsung di bawah camat sebagaimana diatur dalam Pasal 1 huruf a UU Pemdes yang menyatakan sebagai berikut.

“Desa adalah suatu wilayah yang ditempati oleh sejumlah penduduk sebagai kesatuan masyarakat termasuk di dalamnya kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai organisasi pemerintahan terendah langsung dibawah Camat dan berhak menyelenggarakan rumah tangganya sendiri dalam ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia”;

Desa bukanlah suatu kesatuan masyarakat hukum, melainkan kesatuan organisasi pemerintahan terendah yang berada langsung di bawah camat. Pergeseran konsep kesatuan masyarakat hukum adat sebagai satuan pemerintahan terendah oleh UU Pemdes dengan menggantinya dengan konsep “desa” yang dipimpin oleh camat sebagai satuan pemerintahan yang terendah, telah mendegradasi eksistensi kesatuan masyarakat hukum adat sebagai daerah istimewa yang disebut dalam UUD 1945 sebelum perubahan. Daerah kesatuan masyarakat hukum adat terpinggirkan dari rumpun daerah yang bersifat istimewa, sehingga meskipun eksistensinya tetap diakui secara eksplisit berdasar UUD 1945 setelah perubahan, namun daerah kesatuan masyarakat hukum adat bukan lagi “daerah yang bersifat istimewa”.

Hal ini tentunya mempunyai implikasi hukum pada pengakuan, penghormatan, dan perlindungan kesatuan masyarakat hukum adat. Kesatuan masyarakat hukum adat yang masih ada, tetapi dapat diakui sebagai kesatuan masyarakat hukum adat bilamana telah memenuhi persyaratan konstitusional tertentu yang diatur dalam UUD 1945 pasca perubahan. Jelas mengandung motif sarat dengan politik setengah hati.

Pengakuan dan penghormatan bersyarat ini dituangkan dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan, “*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". Dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, pengakuan dan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat juga diatur dalam Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan, " *Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban*". Bilamana mengacu pada kerangka teoritik hukum, maka tampak jelas bahwa rumusan Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) tidak pernah akan mengikat. Di satu pihak, Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) merupakan norma hukum yang membebankan syarat-syarat yang berat. Di pihak lain, pasal ini juga mengandung spirit politik setengah hati terkait pergulatan antara melanggengkan sistem pemerintahan sentralistik, dengan mengebiri hak-hak masyarakat adat. Hal ini dapat dipahami mengingat MHA sebagai cikal bakal bangsa yang memiliki tanah sebagai tempat kekuasaan.

Walaupun eksistensi dan hak-hak masyarakat hukum adat secara formal diakui dalam UUD 1945, terutama terkait dengan hak atas tanah ulayat, namun dalam kenyataannya hak-hak tersebut secara berkelanjutan telah dilanggar baik oleh Pemerintah maupun pihak non-Pemerintah. Pelanggaran-pelanggaran ini meliputi pelanggaran terhadap hak ekonomi, sosial dan budaya yang berujung pada pelanggaran hak sipil dan politik. Pelanggaran hak-hak secara berkelanjutan tersebut merupakan salah satu

faktor terjadinya konflik horizontal dan atau konflik vertikal yang tidak jarang memakan korban jiwa dan harta.³⁴

Oleh karena itu, agar kesatuan masyarakat hukum adat dapat mempertahankan hak konstitusionalnya, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UUMK) secara khusus memberikan perlindungan hukum kepada kesatuan masyarakat hukum adat untuk menjadi pemohon di Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian undang-undang manakala ada hak konstitusionalnya dirugikan dengan berlakunya sebuah undang-undang. Hal ini diatur dalam Pasal 51 ayat 1 huruf (b) yang menyatakan:

“Ayat (1) : Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

- a. *...dst;*
- b. *kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*
- c. *...dst;*
- d. *...dst.”*

Namun, berdasarkan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, pengakuan dan penghormatan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya harus didasarkan pada syarat-syarat sebagai berikut:

1. Sepanjang masih hidup;
2. Sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia;
3. diatur dalam undang-undang.

³⁴ *Ibid*, hlm. 16.

Senada dengan konstitusi, UU 24/2003 tentang Mahkamah Konstitusi pun menetapkan syarat yang sama bagi kesatuan masyarakat hukum adat untuk menjadi pemohon di Mahkamah Konstitusi. Baik UUD 1945 maupun UU 24/2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo. UU 8/2011 tentang perubahan UU 24/2003 mengatur syarat-syarat tertentu bagi kesatuan masyarakat hukum adat agar memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk dapat berperkara di Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian, negara telah menjamin pengakuan dan perlindungan hukum bagi kesatuan masyarakat hukum adat, meskipun ada syarat konstitusional yang harus dipenuhi.

Tidak terlalu muskil jika lahirnya Pasal 18B ayat (2) terkait dengan pengakuan dan penghormatan terhadap MHA tidak mudah diimplementasikan mengingat dua sebab. Pertama, Pasal 18B ayat (2) lahir merupakan derivasi dari Pasal 18 UUD 1945. Pada pokoknya selain negara mengakui adanya susunan dan bentuk pemerintahan yang besar dan kecil, juga mengakui adanya model pemerintahan yang khusus dan istimewa. Selain itu juga, diperlukan adanya masyarakat hukum adat yang mengakomodir bentuk pemerintahan terbawah seperti Nagari, dusun, Marga, dan Hata atau Kora di Sumatera Selatan.

Sayang pada masa pemerintahan Orde Baru keanekaragaman susunan pemerintah adat tidak diakomodir mengingat kuatnya sistem pemerintahan yang sentralistik. Kontribusi UU No 5 Tahun 1979 tentang pemerintahan desa telah menggerus eksistensi masyarakat hukum adat. Reformasi 1998, dipandang sebagai peluang emas oleh sebagian besar masyarakat di berbagai daerah untuk mengembalikan kesatuan masyarakat hukum adat sesuai dengan

aslinya. Akan tetapi, niat baik tersebut tidak sepenuhnya terkabul karena proses amandemen UUD 1945 yang telah dilaksanakan tidak luput dari tarik ulur rezim Orde Baru dan juga Orde Reformasi.

Bagi sebagian elit Orde Baru yang masih bercokol di MPR, tentu saja tidak semua gagasan amandemen harus dikabulkan. Sebagaimana kelompok reformasi sangat kencang bukan saja mengamandemen, tetapi mereka mengusulkan adanya UUD 1945 yang bisa lebih baik dan sempurna. Tarik menarik inilah yang kemudian menimbulkan rumusan pasal perubahan dalam Pasal 18B ayat (2) menjadi tidak jelas (*ambivalent*). Disatu pihak, negara menghormati dan mengakui MHA dengan hak-hak tradisionalnya. Tetapi, dipihak lain dibebani oleh syarat-syarat yang sangat berat dan dalam implementasinya harus kumulatif. Hal ini muncul tidak luput dari kekhawatiran sebagian kelompok yang tidak setuju menghidupkan kembali MHA yang mengandung nilai-nilai feodal.

Sebab, menurut pandangan mereka eksistensi MHA juga dapat menjadi tantangan berat dalam kaitannya dengan proses demokrasi lokal, dimana pemanfaatan tanah-tanah untuk pembangunan dipastikan akan bersinggungan dengan hak-hak tanah adat, yang tentunya dikuasai oleh tokoh-tokoh adat yang belum tentu berkesesuaian dengan pembangunan otonomi daerah yang rasional.

Konstruksi pasal konstitusi yang ambigu, terkait pengakuan dan penghormatan tersebut tidak luput dari konsensus atau jalan tengah yang hanya memberikan kepuasan politis belaka. Nyatanya, Mahkamah Konstitusi

sebagai pelindung konstitusi juga tidak mampu membuat tafsiran yang menguntungkan MHA.

Alasan lain, mengapa Pasal 18B ayat (2) tersebut tidak mudah diimplementasikan, karena persoalan rumusan bahasa yang tidak lazim digunakan dalam bahasa Hukum Dasar. Konstruksi Pasal 18B ayat (2) telah menjadi penyebab utama tidak dapat diterapkannya perintah UUD. Disatu pihak, konstruksi bahasa pasal bersyarat (*clause conditional*) yang dalam bahasa hukum mengindikasikan sifat norma yang sangat sulit diterapkan. Hal ini bertentangan dengan kaidah bahasa UUD yang harus dibuat jelas (*obvious*), obyektif (*objective*), tidak mengandung multi tafsir (*non-multi interpretation*), dan harus dapat diterapkan (*applicable*), serta tidak boleh membuat kelompok tertentu menjadi susah atau tidak beruntung³⁵.

Apakah asumsi dasar bahwa Pasal 18B ayat (2) terkait pengakuan MHA menjadi penyebab awal tidak efektif mendapatkan dukungan teoritis dan juridis. Pertama, tidak dapat dipungkiri bahwa Pasal 18B ayat (2) tidak dapat diterapkan dan dibuktikan melalui kenyataan bahwa selama ini MK tidak pernah dapat mengabulkan usulan MHA di MK, dikarenakan MHA belum merupakan *legal standing* yang lejitimit. Keempat syarat yaitu, *sepanjang masih hidup, sesuai perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, dan diatur dalam Undang-undang* suatu persyaratan yang sangat berat. Apalagi penerapannya dilakukan secara kumulatif tidaklah mungkin mudah MHA memperoleh status *legal standing*, termasuk memperoleh hak-hak tradisionalnya.

³⁵ Lihat tulisan Ann dan Robert Sidman, 2001, *Legal Drafting in Democratic Countries*.

Sebaliknya, pasal UUD yang mengandung syarat-syarat kondisional juga dapat dijadikan argumentasi oleh pihak yang kuat, penguasa ataupun pengusaha untuk menutup pintu rapat-rapat agar MHA tidak mudah memperoleh hak-hak adatnya. Penolakan hak-hak adat tersebut dapat dikaitkan dengan begitu banyaknya pengakuan dan penghormatan pada MHA dalam berbagai UU sektoral, tetapi substansi dan prosedurnya bersandarkan pada norma fakultatif atau *conditional clause*. Adapun ciri-ciri dari pasal yang bermuatan bersyarat itu, selain struktur kalimat, juga kata-katanya sangat longgar. Misalnya, penggunaan kata dapat, sepanjang, dengan memperhatikan, dalam struktur kalimat umumnya dimaknai sebagai pasal-pasal yang berserangkai kurang mengandung kepastian hukum.

B. Fungsi MHA dan Hak-haknya dalam UU Sektoral

1. Status dan Fungsi MHA

Secara yuridis formal, konsep MHA memang lejitim dan memperlihatkan kepastian hukum. Tidak saja timbul dalam konstruksi normatif yang bersifat imperatif (*primary rules*), tetapi juga unsur-unsur substansifnya sangat jelas dan pasti.

Dalam penjelasan Pasal 9 ayat (3) UU No 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan, MHA yaitu Masyarakat masih dalam bentuk paguyuban (*rechtsgemeinschaft*). Dalam bentuk perangkat penguasa adat, ada wilayah hukum adat yang jelas, ada pranata dan perangkat hukum, khususnya

peradilan adat yang masih ditaati, dan ada pengukuhan dengan peraturan daerah³⁶.

Dari unsur-unsur tersebut, MHA memiliki kejelasan konsep meskipun orang-orang dapat mengklaim tokoh adat melalui keputusan Bupati, dengan cara-cara transaksional. Meski ada pandangan yang tidak merekomendasikan dengan model yang diusulkan dalam butir (e), status MHA tetap dipandang ada dan masih diakui dalam masyarakat.

Senada dengan definisi diatas, Pasal 1 angka (31) dalam UU tentang Perlindungan Lingkungan Hidup, Masyarakat Hukum Adat adalah kelompok masyarakat yang secara turun temurun, bermukim di wilayah geografis tertentu, karena adanya ikatan pada asal usul leluhur, adanya hubungan yang kuat dengan lingkungan hidup, serta adanya sistem nilai yang menentukan pranata ekonomi, politik, sosial, dan hukum³⁷.

Kepastian hukum MHA sangat jelas berbeda dengan pemerintahan desa. Pasal 1 angka (12) UU No 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, menegaskan bahwa desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas-batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia³⁸. Dengan kata lain

³⁶ UU No 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan.

³⁷ UU No 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

³⁸ Menurut UU No 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa, Desa adalah persekutuan hukum yang dikoordinasikan secara seragam (*uniformatif*) dibawah koordinasi pemerintahan kecamatan, kecenderungan pemerintah desa untuk menjadi mandiri sangat sulit. Desa kedepan, selain

MHA jauh lebih dari pemerintahan desa, sebab bisa saja dalam MHA mencakup beberapa desa.

Secara lebih khusus, MHA juga mencakup masyarakat yang tinggal di wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil sebagaimana diakui dalam Pasal 1 angka (33) UU No 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil. Menurut UU tersebut, Masyarakat Adat adalah kelompok masyarakat pesisir yang secara turun temurun bermukim di wilayah geografis tertentu karena adanya ikatan pada asal-usul leluhur, adanya hubungan yang kuat dengan sumber daya pesisir dan pulau-pulau kecil, serta adanya sistem nilai yang menentukan pranata ekonomi, politik, sosial, dan hukum.

Senada dengan itu, wilayah masyarakat hukum adat dapat disebut sebagai daerah khusus mengingat mereka tinggal terpencil di wilayah perbatasan dengan negara lain. Pengertian daerah khusus adalah daerah yang terpencil atau terbelakang, daerah dengan kondisi masyarakat adat yang terpencil, daerah perbatasan dengan negara lain; daerah yang mengalami bencana alam, bencana sosial, atau daerah yang berada dalam keadaan darurat lain³⁹.

Ada juga rumusan yang memadukan antara MHA dengan desa. Di sebut masyarakat adat setempat adalah masyarakat yang tata kehidupannya berdasarkan atas kebiasaan dan keagamaan, termasuk juga lembaga-lembaga masyarakat yang bersifat sosial religius⁴⁰. Dalam beberapa

dapat menyelenggarakan pelayanan publik juga dapat mandiri (*self-reliance*) dalam hal penentuan nasib.

³⁹ Pasal 1 angka (17) UU No 14 Tahun 2005 tentang Guru dan Dosen.

⁴⁰ Penjelasan Pasal 3 ayat (3) UU No 11 Tahun 1974 tentang Pengairan.

peraturan perundangan, wilayah MHA dimasukan dalam pengertian desa seperti pengaturan berikut ini :

- a. Desa dapat dibentuk, dihapus dan/atau digabung dengan memperhatikan asal-usulnya atas prakarsa masyarakat⁴¹.
- b. Desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut Desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat yang diakui dalam sistem pemerintahan nasional dan berada di daerah Kabupaten⁴².
- c. Desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut Desa adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat yang diakui dalam sistem Pemerintahan Nasional dan berada di Daerah Kabupaten⁴³.

2. MHA Dalam Kebijakan Pemerintah atau PP

Seperti halnya MHA di wilayah pesisir, bentuk kehidupan adat dalam masyarakat Bali diakui dengan adanya Subak. Dalam PP No 23 Tahun 1982 tentang Irigasi, salahsatunya yang menyamai MHA adalah Subak di Bali. Subak adalah masyarakat hukum adat yang bersifat sosio-agraris religius, yang secara historis tumbuh dan berkembang sebagai organisasi di bidang tata guna air di tingkat usaha pertanian. MHA yang mewujud dengan nama Subak telah diperkuat dalam Peraturan Daerah Provinsi DATI I Bali No 6 Tahun 1986. Palemahan Desa Adat merupakan wilayah kesatuan Masyarakat Hukum Adat yang mempunyai batas-batas tertentu. Batas Palemahan Desa Adat merupakan batas-batas yang

⁴¹ Pasal 93 ayat (1) UU No 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah. Dalam penjelasannya dikatakan bahwa istilah desa disesuaikan dengan kondisi sosial budaya masyarakat setempat seperti nagari, huta, bori, dan marga.

⁴² Pasal 1 ayat (4) PP No 106 Tahun 2000 tentang Pengelolaan dan Pertanggungjawaban Keuangan dalam Pelaksanaan Dekonsentrasi dan Tugas Pembantuan.

⁴³ Pasal 1 angka (8) PP No 52 Tahun 2001 tentang Penyelenggaraan Tugas Pembantuan.

ditetapkan oleh masing-masing Desa Adat atas permufakatan Desa Adat yang berbatasan. Selain itu, Desa adat di Provinsi Bali berfungsi untuk menjaga, memelihara dan memanfaatkan kekayaan Desa Adat untuk kesejahteraan masyarakat Desa Adat⁴⁴. Namun, di Bali juga di kenal desa Pakraman, yang strukturnya dan kewenangannya tidak sama dengan desa adat. Sebab, desa Pakraman lebih berorientasi pada aktifitas wilayah keagamaan.

Sedangkan dengan dasar hukum Peraturan Daerah Provinsi Sumatera Barat No 13 Tahun 1983 tentang Nagari Sebagai Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Propinsi Daerah Tingkat I Sumatera Barat, mengakui wilayah adat, kelembagaan adat dan juga harta kekayaan dan pendapatan nagari. Mengenai batasan wilayah adat, dalam Pasal 12 ayat (2) dikatakan bahwa batas wilayah Nagari adalah batas-batas yang telah ada sebelum dilaksanakannya pembentukan Desa dan atau Kelurahan menurut Undang-Undang No 5 tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa.

Secara lebih khusus bahwa MHA diakui sebagai sebuah persekutuan jika memenuhi syarat-syarat tertentu. Pasal 22 ayat (1) butir (a), (b) dan (c) PP No 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum. MHA setidaknya harus memenuhi adanya:

- a. terdapat sekelompok orang yang masih terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum adat

⁴⁴ Pasal 2 dan Pasal 6 ayat (1) huruf (e) Peraturan Daerah Propinsi DATI I Bali No 6 Tahun 1986.

- tertentu, yang mengakui dan menerapkan ketentuan persekutuan tersebut dalam kehidupannya sehari-hari;
- b. terdapat tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum adat tersebut dan tempatnya mengambil keperluan hidupnya sehari-hari;
 - c. terdapat tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan dan penggunaan tanah ulayat yang berlaku dan ditaati oleh para warga persekutuan hukum adat tersebut.

Pasal 8 Peraturan Menteri Dalam Negeri No 3 Tahun 1997 tentang Pemberdayaan dan Pelestarian serta Pengembangan Adat Istiadat, Kebiasaan-kebiasaan Masyarakat, dan Lembaga Adat di Daerah. Pengaturan mengenai Lembaga adat berkedudukan sebagai wadah organisasi permusyawaratan/permufakatan kepal adat/pemangku adat/tetua adat dan pemimpin/pemuka -pemuka adat lainnya yang berada di luar susunan organisasi pemerintah di Propinsi Daerah TK I, Kabupaten/Kotamadya Daerah Tingkat II, Kecamatan dan/atau Desa/Kelurahan.

3. Fungsi dan Kewenangan MHA

Terkait dengan hak dan wewenang lembaga adat sesuai dalam pengaturan Pasal 9, lembaga adat memiliki hak dan wewenang (a) mewakili masyarakat adat keluar, yakni dalam hal-hal yang menyangkut dan mempengaruhi adat, (b) mengelola hak-hak adat dan/atau harta kekayaan adat untuk meningkatkan kemajuan dan taraf hidup

masyarakat ke arah yang lebih baik, dan (c) menyelesaikan perselisihan yang menyangkut perkara-perkara adat.

Di Aceh, lembaga adat dibentuk sebagai wadah penyelesaian masalah sosial kemasyarakatan meliputi :

- a. Majelis Adat Aceh;
- b. Imeum mukim atau nama lain;
- c. Imeum chik atau nama lain;
- d. Keuchik atau nama lain;
- e. Tuha peut atau nama lain;
- f. Tuha lapan atau nama lain;
- g. Imeum meunasah atau nama lain;
- h. Keujreun blang atau nama lain;
- i. Panglima laot atau nama lain;
- j. Pawang glee atau nama lain;
- k. Peutua seuneubok atau nama lain;
- l. Haria peukan atau nama lain; dan
- m. Syahbanda atau nama lain⁴⁵.

MHA sebagai persekutuan hukum diakui dan dihormati bukan saja statusnya, tetapi lebih ditentukan oleh hak-hak dan kewenangannya. Pengaturan terkait fungsi dan peran lembaga adat di Aceh, diatur dengan UU No 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh. Pasal 98 ayat (1) menegaskan bahwa lembaga adat berfungsi dan berperan sebagai wahana partisipasi masyarakat dalam penyelenggaraan Pemerintahan Aceh dan pemerintahan kabupaten/kota di bidang keamanan, ketentraman, kerukunan, dan ketertiban masyarakat. Dalam ayat (2), lembaga adat dipergunakan sebagai tempat penyelesaian masalah sosial kemasyarakatan secara adat.

Sama halnya dengan penjabaran penjelasan butir (f) UU No 26 Tahun 2007 tentang Penataan Ruang. Bahwa hak, kewajiban, dan peran

⁴⁵ Pasal 98 ayat (3) UU No 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh.

masyarakat dalam penyelenggaraan penataan ruang untuk menjamin keterlibatan masyarakat, termasuk masyarakat adat dalam setiap proses penyelenggaraan penataan ruang. Bahkan MHA juga memiliki hak yang dikecualikan dalam pembayaran pajak. Pasal 48 ayat (2) PP No 65 Tahun 2001 tentang Pajak Daerah memberikan pengaturan hak bahwa tidak termasuk objek pajak hiburan adalah penyelenggaraan hiburan yang tidak dipungut bayaran, seperti hiburan yang diselenggarakan dalam rangka pernikahan, upacara adat, kegiatan keagamaan. Bentuk pengakuan lainnya terkait dengan hak atas hutan adat adalah dalam obyek hak dan kewenangan MHA salah satunya adalah Hutan adat. Dimaksudkan dalam Pasal 1 angka (6) PP No 44 Tahun 2004 tentang Perencanaan Kehutanan bahwa Hutan adat adalah hutan negara yang berada dalam wilayah masyarakat hukum adat. Terkait pemanfaatan hutan, diterbitkan pula PP No 45 Tahun 2004 tentang Perlindungan Hutan.

Sesungguhnya kedudukan MHA sungguh kuat karena dapat membentuk satuan keamanan hutan. Disebutkan bahwa Satuan Pengamanan Hutan adalah pegawai organik yang diangkat oleh pimpinan perusahaan pemegang izin usaha pemanfaatan hutan atau petugas yang dibentuk oleh masyarakat hukum adat untuk melaksanakan tugas pengamanan di areal hutan yang menjadi tanggung jawabnya. Ketentuan tambahan dalam PP tersebut juga mengatur Perlindungan hutan atas kawasan hutan yang pengelolaannya diserahkan kepada masyarakat hukum adat, dilaksanakan dan menjadi tanggung jawab masyarakat hukum adat⁴⁶.

⁴⁶ Pasal 1 angka (4) dan Pasal 8 ayat (1) PP No 45 Tahun 2004 tentang Perlindungan Hutan.

MHA memiliki hak untuk menyediakan SDM dalam pengakuan dan perlindungan hutan adat.

Hal yang sama juga diatur tentang hak MHA untuk memungut hasil hutan. Hal ini diatur dalam Keputusan Menteri Kehutanan No 251/Kpts-II/1993 tentang Ketentuan Hak Pemungutan Hasil Hutan oleh Masyarakat Hukum Adat atau anggotanya di dalam Areal HPH. Dalam Keputusan ini yang dimaksud dengan Hak Masyarakat Hukum Adat adalah hak sekelompok masyarakat hukum adat tertentu yang masih ada untuk memungut hasil hutan baik kayu maupun non kayu dari areal Hak Pengusahaan Hutan.

MHA memiliki hak penguasaan tanah pembentukan sawah. Dalam Keputusan Presiden No 54 Tahun 1980 tentang Kebijakan mengenai Pencetakan Sawah. Pasal 8 butir (a) dan (b) mengatur dalam hal tanah yang ditetapkan sebagai lokasi pencetakan sawah berstatus sebagai tanah Ulayat, maka hubungan hukum antara pemegang hak dengan penggarap ditentukan sebagai berikut : (a) Apabila Penguasa adat setempat tetap mempertahankan status tanahnya sebagai tanah Ulayat, maka hubungan antara masyarakat hukum adat dengan penggarap ialah sebagai penggarap yang bersifat turun-temurun; (b) Apabila Penguasa adat setempat dapat menyetujui, maka tanah Ulayat dimaksud diberikan kepada penggarap dengan hak milik menurut ketentuan peraturan perundang-undangan Agraria yang berlaku. Sebagaimana telah dijelaskan di atas bahwa status dan fungsi MHA telah jelas dan pasti. Namun dalam prosedur dan pelaksanaan pemberian hak tidak cukup kuat salahsatu sebabnya adalah

karena antara peraturan pelaksanaan kontradiksi dengan peraturan yang lebih atas. Pengaturan hak dan wewenang MHA antara lain sebagai berikut

:

- a. Hutan adat adalah hutan negara yang berada di wilayah masyarakat hukum adat.
- b. Hutan negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf (a), dapat berupa hutan adat.
- c. Pembentukan wilayah pengelolaan hutan tingkat unit pengelolaan dilaksanakan dengan mempertimbangkan karakteristik lahan, tipe hutan, fungsi hutan, kondisi daerah aliran sungai, sosial budaya, ekonomi, kelembagaan masyarakat setempat termasuk masyarakat hukum adat dan batas administrasi Pemerintahan.
- d. Memberikan kesempatan kepada masyarakat setempat (termasuk masyarakat adat) untuk melakukan kegiatan pemanfaatan hutan melalui wadah koperasi secara lestari sesuai dengan fungsi kawasan hutannya. Bentuk pola pengelolaan, wilayah serta kelembagaan yang ditawarkan dalam SK ini lebih cocok diterapkan oleh masyarakat umum yang berkeinginan dan tidak mengelola wilayah tersebut secara turun-temurun seperti apa yang dilakukan oleh masyarakat adat.

Adapun pengaturan pelaksanaan yang kontradiksi itu antara lainn sebagai berikut. Pertama, aturan pelaksanaan terkait hak-hak MHA tidak efektif mengingat norma yang dibuat seringkali bersifat kondisional dan lebih memihak pada kepentingan pemerintah pusat. Hal ini timbul utamanya karena setia pemberian hak-hak untuk MHA umumnya dinegasikan dengan kalimat ---- sepanjang menurut kenyataannya--- masih ada--- dan sebagainya ⁴⁷

47

- a. Pelaksanaan hak-hak masyarakat adat, hukum adat dan anggota-anggotanya serta hak-hak perseorangan untuk mendapatkan manfaat dari hutan, baik langsung maupun tidak langsung yang didasarkan atas sesuatu peraturan hukum, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, tidak boleh mengganggu tercapainya tujuan-tujuan yang dimaksud dalam Undang-Undang ini. (Pasal 17 UU No 5 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Kehutanan).
- b. Penguasaan hutan oleh Negara tetap memperhatikan hak masyarakat hukum adat, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, serta tidak bertentangan

MHA juga memiliki hak pemanfaatan tanah, pemanfaatan air, penyelenggaraan kehidupan adat, hak milik, dan pengelolaan wilayah pesisir. Namun, pengaturan dalam perundang-undangan tampak memperkecil hak-hak adat tersebut. Sebab jika MHA dapat menguasai, maka syarat-syaratnya cukup hak berat. Dalam UUPA hak menguasai negara dapat dikuasakan MHA sekedar diperlukan dengan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional menurut Kepala Daerah----- ketentuan pemerintah....⁴⁸

-
- dengan kepentingan nasional. (Pasal 4 ayat (3) UU No 5 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Kehutanan)
- c. Pemerintah menetapkan status hutan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2); dan hutan adat ditetapkan sepanjang menurut kenyataannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan masih ada dan diakui keberadaannya. (Pasal 5 ayat (3) UU No 5 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Kehutanan)
 - d. Apabila dalam perkembangannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan tidak ada lagi, maka hak pengelolaan hutan adat kembali kepada Pemerintah. (Pasal 5 ayat (4). UU No 5 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Kehutanan).
 - e. Pemanfaatan hutan adat dilakukan oleh masyarakat hukum adat yang bersangkutan, sesuai dengan fungsinya. (Pasal 37 ayat (1) UU No 5 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Kehutanan).
 - f. Pemanfaatan hutan adat yang berfungsi lindung dan konservasi dapat dilakukan sepanjang tidak mengganggu fungsinya. (Pasal 37 ayat (2). UU No 5 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Kehutanan).
 - g. Masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya berhak: (a) melakukan pemungutan hasil hutan untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari masyarakat adat yang bersangkutan; (b) melakukan kegiatan pengelolaan hutan berdasarkan hukum adat yang berlaku dan tidak bertentangan dengan undang-undang; (c) mendapatkan pemberdayaan dalam rangka meningkatkan kesejahteraannya. (Pasal 67 ayat (1) huruf (a, b, dan c) UU No 5 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Kehutanan).
 - h. Perlindungan hutan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) yang diserahkan kepada masyarakat hukum adat, dilaksanakan berdasarkan kearifan tradisional yang berlaku dalam masyarakat hukum adat yang bersangkutan dengan pendampingan dari Pemerintah, pemerintah provinsi dan atau pemerintah kabupaten/kota. Pasal 9 ayat (2) PP No 45 Tahun 2004 tentang Perlindungan Hutan.

48

- a. Hak menguasai dari Negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan Peraturan

-
- Pemerintah (Pasal 2 ayat (4) UU No 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria)
- b. Hak ulayat masyarakat hukum adat atas sumber daya air sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tetap diakui sepanjang kenyataannya masih ada dan telah dikukuhkan dengan peraturan daerah setempat (Pasal 6 ayat (3) UU No 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.)
 - c. Tanah bekas penguasaan masyarakat Hukum Adat, dinyatakan sebagai tanah-tanah dibawah penguasaan Pemerintah Daerah cq. Gubernur Kepala Daerah. (Pasal 2 ayat (1) Peraturan Daerah Provinsi Nusa Tenggara No 8 Tahun 1974.)
 - d. Setiap pemilikan/penguasaan tanah memerlukan bukti hak tertulis yang dijamin Pemerintah akan kepastian Haknya . Surat keputusan pemberian /Penegasan Hak Tanah yang kemudian diganti dengan “Sertifikat Hak Tanah” berlaku sebagai alat pembuktian hak yang kuat sesuai dengan ketentuan pasal 19 UUPA. (Penjelasan Pasal 2 Peraturan Daerah Provinsi Nusa Tenggara No 8 Tahun 1974.)
 - e. Pemilihan kepala desa dalam kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan yang diakui keberadaannya berlaku ketentuan hukum adat setempat yang ditetapkan dalam Perda dengan berpedoman pada Peraturan Pemerintah
 - f. Kepala Desa atau yang disebut dengan nama lain adalah Kepala kesatuan masyarakat hukum yang memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat yang diakui dalam sistem Pemerintahan Nasional dan berada di Daerah Kabupaten Pasal 1 angka (10) PP No 52 Tahun 2001 tentang Penyelenggaraan Tugas Pembantuan.
 - g. Selama Undang-undang mengenai hak milik sebagai tersebut dalam pasal 50 ayat (1) belum terbentuk, maka yang berlaku adalah ketentuan-ketentuan hukum adat setempat dan peraturan-peraturan lainnya mengenai hak-hak atas tanah yang memberi wewenang sebagaimana atau mirip dengan yang dimaksud dalam pasal 20, sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan-ketentuan Undang-undang ini. (Pasal 56 UU No 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria)
 - h. Penguasaan sumber daya air sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diselenggarakan oleh Pemerintah dan/atau pemerintah daerah dengan tetap mengakui hak ulayat masyarakat hukum adat setempat dan hak yang serupa dengan itu, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan peraturan perundang-undangan. (Pasal 6 ayat (2) UU No 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air)
 - i. Penggunaan dan penyediaan air untuk keperluan pokok kehidupan sehari-hari sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 Peraturan Pemerintah ini, baik oleh perorangan maupun oleh sekelompok masyarakat, dilakukan sesuai dengan adat kebiasaan setempat dan persyaratan yang bersangkutan dengan teknik penyehatan dan kesehatan lingkungan (Pasal 17 PP No 22 Tahun 1982 tentang Tata Pengaturan Air).
 - j. Pemerintah atau pemerintah daerah sesuai kewenangannya dalam mengelola kawasan konservasi perairan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 ayat (1) dapat melibatkan masyarakat melalui kemitraan antara unit organisasi pengelola dengan kelompok masyarakat dan/atau masyarakat adat, lembaga swadaya masyarakat, korporasi, lembaga penelitian, maupun perguruan tinggi. (Pasal 18 ayat (1) PP No 60 Tahun 2007 tentang Konservasi Sumber Daya Ikan).
 - k. Dalam Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil, Masyarakat mempunyai hak untuk: (c) melakukan kegiatan pengelolaan Sumber Daya Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil berdasarkan hukum adat yang berlaku dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. (Pasal 60 ayat (1) huruf (c). PP No 60 Tahun 2007 tentang Konservasi Sumber Daya Ikan).

Dengan demikian mekanisme pemberian hak-hak kepada MHA baik dalam bentuk perlindungan maupun penjaminan hukum selalu tidak mudah diimplementasikan. Selain posisi MHA dapat menjadi alasan untuk menjadikan bahan pertimbangan, namun sebagian besar norma kondisionalnya tidak memberikan kemudahan. Sebaliknya justru kata-kata yang dibuat dengan istilah sepanjang tidak bertentangan dan sebagainya menegaskan hak-hak MHA tersebut.

4. Mekanisme Pengakuan MHA

Ada beberapa cara model pengakuan dan penghormatan terhadap MHA yang dilakukan oleh pemerintah provinsi, dan dilaksanakan oleh pemerintah di tingkat kabupaten. Dalam beberapa perundang-undangan telah dipaparkan pengaturannya. Pasal 63 ayat (1) UU No 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup mengatur bahwa dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, Pemerintah bertugas dan berwenang dalam menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup.

Pengaturan tambahan dalam UU tersebut disebutkan dalam Pasal 63 ayat (2) huruf (n) dan huruf (k), yaitu dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, pemerintah provinsi bertugas dan

berwenang: (n) menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat provinsi; dan (k) melaksanakan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat kabupaten/kota.

Sekiranya MHA tidak memiliki bukti-bukti formal, maka bukti-bukti fisik dan juga kesaksian masyarakat dapat digunakan. Dalam Pasal 24 ayat (2) huruf (b) PP No 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. Disebutkan bahwa dalam hal tidak atau tidak lagi tersedia secara lengkap alat-alat pembuktian, pembuktian hak dapat dilakukan berdasarkan kenyataan penguasaan fisik bidang tanah yang bersangkutan selama 20 (dua puluh) tahun atau lebih secara berturut-turut oleh pemohon pendaftaran dan pendahuluan-pendahulunya, dengan syarat bahwa penguasaan tersebut baik sebelum maupun selama pengumuman tidak dipermasalahkan oleh masyarakat hukum adat atau desa/kelurahan yang bersangkutan ataupun pihak lainnya.

Hal ini menjadi lebih kuat ketika terdapatnya akta jual beli atas hak milik adat pembuktian kepemilikan tanah adat, dalam PP No 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum Pasal 22 ayat (1) huruf (b), diterangkan bahwa dasar penguasaan atas tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibuktikan

dengan alat bukti penguasaan, berupa: Akta jual beli atas hak milik adat yang belum diterbitkan sertifikatnya.

Dalam pemanfaatannya bersama pihak lain, MHA diberikan pengakuan sebagaimana dijabarkan dalam Pasal 26 huruf (p) dan Pasal 63 ayat (3) PP No 35 Tahun 2004 tentang Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi. MHA disebutkan dalam pasal dengan bunyi : Kontrak Kerja Sama wajib memuat paling sedikit ketentuan-ketentuan pokok pengembangan masyarakat sekitarnya dan jaminan hak-hak masyarakat adat. Dalam hal tanah yang bersangkutan adalah tanah ulayat masyarakat hukum adat, tata cara musyawarah dan mufakat harus memperhatikan tata cara pengambilan keputusan masyarakat hukum adat setempat⁴⁹.

Sebagai upaya mengatasi persengketaan tanah adat antara pemerintah dengan masyarakat hukum adat, hak dan wewenang MHA ditegaskan dalam SK Bupati Kepala Daerah TK II Sarolangun Bangko No 225 Tahun 1993 tentang Penetapan Lokasi Hutan Adat Desa Pangkalan Jambu Sungai Manau. Menerbitkan keputusan yang menetapkan bahwa lokasi Hutan Adat Desadi Desa Baru Pangkalan Jambu, Kecamatan Sungai Manau, Kabupaten Daerah TK II Sarolangun Bangko sebagai Kawasan Hutan Adat Desa Pangkalan Jambu. Selain itu, pengakuan juga diberikan melalui SK Bupati Kepala Daerah TK II Kerinci No 96 Tahun 1994, yang muatan hukumnya Menunjuk, menetapkan dan mengukuhkan kawasan Hutan Milik Desa dan atau Hutan Adat Desa di dalam Daerah Hutan Hulu Air Lempur yang dikelola oleh perwalian masyarakat adat desa Lembaga

⁴⁹ Dalam beberapa kasus, seringkali MHA dan rakyatnya menolak pihak investor, ketika klaim MHA tidak direspon oleh karena sertifikat atau surat izin jauh lebih kuat dari statusnya.

Kerja Tetap Dearah Hulu Air Lempur meliputi; Desa Lempur Hilir, Desa Lenmpur Mudik, Desa Dusun Baru Lempur dan Kelurahan Lempur Tengah.

Mekanisme untuk menentukan tanah adat di atur pula dalam Surat Keputusan Kepala Kantor Wilayah Kehutanan Kalimantan Timur No 4653/KWL/RRL-1/19934 tentang Masalah Tanah dan Hak Adat. SK ini memberikan panduan survey tanah dan hak-hak adat, penggunaan areal dan hak adat oleh pihak perusahaan harus atas persetujuan dan musyawarah masyarakat adat serta pembentukan *task force* untuk melakukan survey sosial.

Pengakuan secara substantif, dapat dikomparasikan pada beberapa pasal perundang-undangan dan keputusan hukum terkait pengakuan MHA⁵⁰

50

- a. Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang. Pasal 18B ayat (1) UUD NRI 1945.
- b. 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 (Pasal 18B ayat (2) UUD NRI 1945)
- c. Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu: (b) kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang (Pasal 51 ayat (1) huruf (b) UU No 11 Tahun 1974 tentang Pengairan)
- d. Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia (Pasal 2 ayat (9) UU No 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah)
- e. Masyarakat Hukum Adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya berdasarkan Peraturan Pemerintah ini diberikan hak memungut hasil hutan untuk memenuhi keperluan hidup sehari-hari (Pasal 27 ayat (1) PP No 6 Tahun 1999 tentang Pengusahaan Hutan dan Pemungutan Hasil Hutan pada Hutan Produksi)

Mengakui keberadaan masyarakat adat Desa Katu dan Masyarakat adat Robo Behoa Desa Doda melestarikan dan melangsungkan upaya peningkatan keamanan dan kesejahteraan hidupnya di dalam dan diluar Taman Nasional Lore Lindu pada lokasi sesuai dengan hasil pemetaan partisipasi mereka lebih kurang masing-masing 1.178 Ha dan 5.481 Ha, dan merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dari sistem pengelolaan Taman Nasional Lore Lindu berdasarkan pengembangan paham ekologi kerakyatan (*Eco-Populism*) (Surat Pernyataan Kepala Balai Taman Nasional Lore Lindu No 35/VIBTNLL.1/1999.). Sebagai contoh pemberian hak masyarakat adat desa Katu jelas dan pasti yang didasarkan pada surat pernyataan Kepala Balai Taman Nasional.

5. Hak Ganti Rugi (Kompensasi)

Persoalan yang melibatkan MHA terkadang melibatkan pihak lain, sehingga pertikaian tak luput untuk diidentifikasi. Karena itu, seberapa jauh proses dan mekanisme pemberian ganti rugi tersebut digunakan untuk mencegah timbulnya konflik. Sengketa dalam kepemilikan masyarakat hukum adat dapat menimbulkan persoalan. Dalam mengantisipasinya, beberapa peraturan perundangan mengatur dan menjelaskan mengenai pemberian ganti rugi atau peralihan hak tersebut.

MHA memiliki hak ganti rugi dalam proses peralihan hak terkait dengan hal kepentingan umum (*public interest*). Pembangunan dan kepentingan umum telah diatur dalam PP No. 71 Tahun 2012. Dalam Pasal

21 ayat (1) PP No 71 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah bagi Pembangunan untuk Kepentingan Umum, disebutkan bahwa pemilik tanah bekas milik adat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 ayat (2) huruf (d) merupakan pemegang hak milik atas tanah bekas tanah milik adat sebagaimana diatur dalam ketentuan konversi menurut ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang Agraria. Kepemilikan tanah bekas milik adat sebagaimana ayat (1) dibuktikan dengan akta pemindahan hak yang dibuat di bawah tangan yang dibubuhi tanda kesaksian oleh kepala adat, lurah, kepala desa atau nama lain yang dibuat sebelum berlakunya Peraturan Pemerintah Nomor 10 tahun 1961 tentang Pendaftaran Tanah dengan disertai alas hak yang dialihkan.

Pasal 58 ayat (3) UU No 38 Tahun 2004 tentang Jalan diatur ketentuannya. Bahwa penggantian dapat diberikan kepada pemegang hak atas tanah, atau pemakai tanah negara, atau masyarakat ulayat hukum adat, yang tanahnya diperlukan untuk pembangunan jalan, berhak mendapat ganti kerugian.

Hak ganti rugi juga terkait dengan tanah adat yang digunakan untuk jalan kereta api. Dalam Pasal 83 ayat (3) UU No 23 Tahun 2007 tentang Perkeretaapian. Jaminan penggantian kerugian tersebut diberikan kepada pemegang hak atas tanah, pemakai tanah negara, atau masyarakat hukum adat, yang tanahnya diperlukan untuk pembangunan prasarana perkeretaapian, yang berhak mendapat ganti kerugian sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan. Selain itu,

mekanisme penggantian kompensasi dapat pula dilakukan dengan melakukan konversi hak milik adat.

Meskipun beberapa peraturan perundang-undangan secara imperatif telah mengatur, dalam kenyataannya masih banyak terdapat pengaturan, tetapi cenderung melemahkan posisi MHA. Hal ini dapat dilihat dari beberapa faktor. Pertama, Mekanisme penggantian hak tanah ulayat juga model pengantiannya didasarkan pada UU.⁵¹

Kedua orang atau MHA memiliki hak penggantian yang layak, sebagai pemegang hak (Hak atas tanah, hak perolehan sumber daya alam, hutan, tambang, bahan galian itupun memiliki syarat kondisional. Sebab, selain harus ada pembuktian juga harus sesuai tata ruang dan ketentuan UU atau hukum adat yang berlaku⁵²

Ketiga, jika MHA memiliki sebidang tanah dan lokasinya berada di wilayah penguasaan hutan proses pembebasan wajib dimohonkan pada pemegang penguasa hutan (*corporate*) dan ganti rugi itupun dapat diberikan melalui prosedur yang sesuai dengan peraturan agraria.⁵³

⁵¹Dalam hal tanah yang digunakan pemegang izin usaha penyediaan tenaga listrik terdapat tanah ulayat, penyelesaiannya dilakukan berdasarkan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan dengan memperhatikan ketentuan hukum adat setempat (Pasal 30 angka (6) UU No 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan)

⁵² Penggantian yang layak diberikan pada orang yang dirugikan selaku pemegang hak atas tanah, hak pengelolaan sumber daya alam seperti hutan, tambang, bahan galian, ikan dan atau ruang yang dapat membuktikan bahwa secara langsung dirugikan sebagai akibat pelaksanaan kegiatan pembangunan sesuai dengan rencana tata ruang dan oleh perubahan nilai ruang sebagai akibat penataan ruang. Hak tersebut didasarkan atas ketentuan perundang-undangan ataupun atas dasar hukum adat dan kebiasaan yang berlaku (Penjelasan Pasal 4 ayat (2) UU No 24 Tahun 1992 tentang Penataan Ruang)

⁵³Dalam hal sebidang tanah yang dimaksudkan pada (*ad ii*) terdapat tanah yang dikuasai oleh penduduk atau masyarakat hukum adat dengan suatu hak yang sah, maka hak itu dibebaskan terlebih dahulu oleh pemegang Hak Pengusahaan Hutan dengan memberikan ganti rugi kepada pemegang hak tersebut untuk kemudian dimohonkan haknya dengan mengikuti tatacara dalam peraturan perundang-undangan agraria yang berlaku (Bagian VI angka 20 Instruksi Presiden No 1 Tahun 1976 tentang

C. MHA di Lima Negara

1. *Indigenous People* di Dalam Konvensi Internasional

Tampaknya penggunaan istilah “*indigenous people*” sudah secara universal bermakna sama dengan istilah masyarakat hukum adat.⁵⁴ Ini terbukti dengan adanya perjanjian internasional seperti Konvensi ILO Nomor 169 Tahun 1989 menggunakan istilah “*indigenous people*.”⁵⁵ Selain itu, dalam pernyataan internasional juga digunakan istilah “*indigenous people*” seperti tercantum dalam Deklarasi Hak Masyarakat Adat.⁵⁶ Konvensi ILO Nomor 169 Tahun 1989 memberikan batasan pengertian istilah “*indigenous people*” sebagai berikut:

peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the

Sinkronisasi Pelaksanaan Tugas Bidang Keagrariaan dengan Bidang Kehutanan, Pertambangan, Transmigrasi, dan Pekerjaan Umum).

⁵⁴ Meskipun banyak perbedaan penerjemahan istilah *indigenous people* dalam bahasa Indonesia, seperti: masyarakat adat, masyarakat hukum adat dan penduduk asli pada dasarnya memiliki terjemahan yang sama. Namun, peristilahan masyarakat hukum adat lebih cocok sebagai terjemahan dari *indigenous people*.

⁵⁵ Lihat Konvensi ILO Nomor 169 tentang Hak Masyarakat Adat dan Suku Tahun 1969 (*ILO Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples*, 1989). Secara eksplisit hak-hak bagi masyarakat hukum adat juga diatur dalam Konvensi Hak-Hak Sipil dan Politik 1966 (*International Convention on Civil and Political Rights*, 1966) terkait dengan hak-hak minoritas, pasal 27 serta Konvensi Dewan Eropa tentang Perlindungan Minoritas Tahun 1995 (*Council of Europe's framework Convention for The Protection of Natural Minorities*), 1995.

⁵⁶ Lihat *Declaration on the Rights of Indigenous People*, New York, Tahun 2007. Meskipun deklarasi yang dikeluarkan oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa ini bukan merupakan instrumen yang mengikat, namun deklarasi ini merupakan representasi dari perkembangan norma hukum internasional yang menekankan pentingnya perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat dari diskriminasi dan marjinalisasi yang di dunia ini mencapai jumlah lebih dari 370 juta masyarakat hukum adat. Baca United Nations Permanent Forum of Indigenous Issues. *Frequently Asked Question: Declaration on the Rights of Indigenous People*. Diakses dari <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/FAQsindigenousdeclaration.pdf> pada tanggal 19 Oktober 2012.

*establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain or all of their own social, economic, cultural, and political institutions.*⁵⁷

Dari definisi yang diberikan Konvensi ILO tersebut tampak bahwa masyarakat hukum adat adalah sekumpulan individu yang merupakan keturunan asli dari suatu negara. Masyarakat adat ini bisa jadi hidup dan mendiami suatu negara meskipun wilayah yang didiami telah mengalami penaklukan suatu wilayah (wilayah yang dikuasai pasca perang), kolonisasi (penjajahan) atau implikasi penarikan batas-batas suatu negara. Menurut Konvensi ini, masyarakat hukum adat yang berdiam di suatu negara merupakan suatu masyarakat yang kondisi sosial, ekonomi, dan kulturalnya berbeda dengan bagian masyarakat lain di negara tersebut dan oleh negara tersebut diatur status hukumnya dengan suatu aturan khusus.

Sampai saat ini, Konvensi ILO Nomor 169 Tahun 1989 diratifikasi oleh 22 negara.⁵⁸ Meskipun hanya diratifikasi oleh kurang dari seperempat

⁵⁷ Isu ini pertama kali diperhatikan saat ILO menaruh perhatian khusus pada situasi pekerja pedesaan pada tahun 1920-an. Terdapat sejumlah besar masyarakat hukum adat di antara pekerja pedesaan tersebut. Antara tahun 1936 dan 1957, ILO mengadopsi sejumlah konvensi untuk melindungi para pekerja, termasuk beberapa yang terkait dengan masyarakat hukum adat. Konvensi-konvensi ini menggapai persoalan seperti rekrutmen, kontrak kerja dan kerja paksa. Konvensi No.169 merevisi Konvensi No.107 yang melahirkan perubahan dalam pendekatan ILO kepada masyarakat hukum adat. Perlindungan masih merupakan tujuan utama, Namun perlindungan tersebut didasarkan pada penghargaan atas kebudayaan masyarakat hukum adat, cara hidup mereka yang berbeda, dan tradisi serta kebiasaan mereka. Perlindungan itu juga didasarkan pada kepercayaan bahwa masyarakat hukum adat memiliki hak untuk terus hidup dengan identitas mereka sendiri dan hak untuk menentukan cara dan langkah perkembangan mereka. Kantor Perburuhan Internasional. *Konvensi ILO mengenai Masyarakat Hukum Adat: Sebuah Panduan*. Dumas. Titoulet Imprimeurs. Perancis. 2003. Hlm 12-13.

⁵⁸ Di tahun 2007 baru 20 negara yang meratifikasi Konvensi ILO Nomor 169 Tahun 1989. Di tahun 2010, negara Republik Afrika Tengah (*Central African Republic*) dan negara Nicaragua meratifikasi Konvensi ini sehingga total berjumlah 22 negara yang meratifikasi Konvensi ini.

jumlah negara di dunia, Konvensi ini tentu memberikan kewajiban kepada negara peserta untuk mengadopsi standarisasi perlindungan terhadap masyarakat hukum adat yang diberikan Konvensi ke dalam sistem hukum nasional negara peserta Konvensi. Implikasi tidak langsung dari adanya Konvensi ini, muncul suatu norma dasar yang diterima masyarakat internasional bahwa setiap negara harus memberikan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat hukum adat.

Masyarakat adat Maori dan beberapa masyarakat hukum adat lainnya yang ada di beberapa negara secara berkelanjutan mengaspirasikan adanya pengakuan internasional dan pemberian hak politik dan status hukum dalam organisasi internasional seperti Persatuan Bangsa-Bangsa (PBB). Namun, aspirasi ini tampaknya belum direalisasikan oleh PBB. Seperti misalnya dalam penyusunan rancangan Deklarasi atas Hak-Hak Masyarakat Adat yang dicetuskan PBB dianggap belum menampung seluruh aspirasi masyarakat hukum adat di seluruh penjuru dunia.

Pengaturan terkait perlindungan hak masyarakat adat di setiap negara tidaklah sama. Bahkan antar negara peserta Konvensi ILO dan non-peserta Konvensi ILO memberikan pengaturan yang berbeda-beda baik dari segi pendefinisian masyarakat hukum adat, pemberian status dan hak-hak apa saja yang diberikan.

No	Negara	Masyarakat Hukum Adat	Pemberian Status Hukum	Sifat Norma dalam Konstitusi/Peraturan Perundang-Undangan	Dasar Pemberian Status Hukum
.	Norwegia	Bangsa Sami	<ul style="list-style-type: none"> • Putusan Mahkamah Agung Norwegi, yang dikenal dengan Kasus Selbu; • Konstitusi Norwegia, pada Pasal 110 	<ul style="list-style-type: none"> • Konstitusi bersifat Imperatif 	<ul style="list-style-type: none"> • Hidup selama ribuan tahun (5000 tahun) • Bangsa pertama yang hadir dan tinggal menetap di Norwegia
.	Kanada	Aborigin (Indian, Meltis, dan Inuit)	<ul style="list-style-type: none"> • Konstitusi Kanada Tahun 1867 • Konstitusi Kanada Tahun 1982 	<ul style="list-style-type: none"> • Konstitusi bersifat Imperatif • Terdapat perundang-undangan yang bersifat fakultatif 	<ul style="list-style-type: none"> • P enghuni awal Kanada
.	New Zealand	Maori	<ul style="list-style-type: none"> • Treaty Waitangi (naskah dalam bahasa Maori dan bahasa Inggris). • Prinsip-prinsip perjanjian ini diformalkan 	<ul style="list-style-type: none"> Fakultatif • Prinsip-prinsip perjanjian akan diakui sepanjang diatur dalam hukum nasional New Zealand • Putusan-putusan 	<ul style="list-style-type: none"> • Masyarakat pertama yang ada di New Zealand

			dalam Undang-Undang tentang Perjanjian Waitangi 1975, Agenda I.	Pengadilan memberikan batasan (fakultatif) terkait dengan hak khususnya hak atas tanah.	
	Australia	Aborigin	<ul style="list-style-type: none"> • Konstitusi Australia • Undang-Undang Diskriminasi Ras 	<ul style="list-style-type: none"> • Konstitusi diskriminan dan diamandemen menjadi bersifat imperatif • Terdapat perundang-undangan yang bersifat fakultatif 	<ul style="list-style-type: none"> • Aborigin merupakan masyarakat pertama yang menghuni wilayah Australia dan diperkirakan telah berada di Australia sejak 40.000-50.000 tahun yang lalu.

Tabel X.X. Praktek Pengakuan Negara Terhadap Masyarakat Hukum Adat

2. MHA Sami di Norwegia

Sejak jaman pra-sejarah, jauh sebelum adanya batas negara, penduduk Sami yang notabene berada di Eropa Utara, hidup dan berpencaharian di wilayah yang saat ini sudah berdiri negara Norwegia, Swedia, Finlandia dan Rusia. Mereka telah tinggal di wilayah tersebut lebih dari 5.000 tahun. Meskipun wilayah aslinya dibagi dalam batas

keempat negara, namun penduduk Sami tetap hidup dan berkembang di masing-masing negara tersebut.⁵⁹ Norwegia sangat dikenal di dunia internasional tidak hanya kondisi geografis-nya saja tetapi juga keberadaan penduduk asli Sami yang sangat dominan hidup berdampingan dengan masyarakat Norwegia pada umumnya.

Kebijakan di antara keempat negara terhadap Pemberian status hukum masyarakat adat Sami berbeda-beda bahkan sebagian besar mengesampingkan hak-hak yang seharusnya didapatkan oleh mereka. Di Norwegia saja, baru tahun 2001 Pemerintah mengakui status hukum penduduk Sami sebagai masyarakat hukum adat. Pemberian pengakuan ini berawal dari Putusan Mahkamah Agung Norwegia, yang dikenal dengan Kasus Selbu⁶⁰, pada tanggal 21 Juni 2001. Dalam putusannya Hakim Agung Norwegia menyatakan bahwa penduduk Sami dikualifikasikan sebagai masyarakat adat (*indigenous people*) berdasarkan Pasal 1b Konvensi ILO Nomor 169 Tahun 1989.

Perkara yang diselesaikan Mahkamah Agung tersebut merupakan permasalahan terkait hak masyarakat asli Sami terhadap tanah dan sumber daya alam di pada sebagian wilayah di Norwegia. Hakim mempersoalkan

⁵⁹ Tidak ada data tepat mengenai jumlah populasi Sámi di Norwegia, namun diperkirakan mencapai sekitar 60.000 hingga 100.000 penduduk. Sekitar 15.000-25.000 masyarakat Sámi tinggal di Swedia, sementara lebih dari 6.000 tinggal di Finlandia dan 2.000 di Rusia. Departemen Pemerintah Lokal dan Pembangunan Regional, Kedutaan Besar Norwegia. Diakses melalui http://www.norwegia.or.id/About_Norway/policy/Kependudukan/population/sami/, pada tanggal 16 Oktober 2012.

⁶⁰ Jon Inge Sirum v. Esslan Reindeer Pasturing District, No. 4B/2001 (21 June 2001) (Kasus Selbu). Diakses melalui <https://www.elaw.org/node/3835>, pada tanggal 17 Oktober 2012.

terkait status penduduk Sami sebagai masyarakat hukum adat. Menurut hukum internasional (kebiasaan internasional) dipahami bahwa dapat dikatakan sebagai masyarakat hukum adat apabila merupakan penduduk yang pertama kali telah mendiami suatu wilayah. Faktor arkeologi, sejarah, dan budaya sangat berpengaruh dalam menentukan apa benar suatu penduduk telah mendiami suatu wilayah pertama kali. Parameter yang diberikan pada kebiasaan internasional ini sangat sukar untuk ditentukan. Konvensi ILO Nomor 169 Tahun 1989 justru memberikan kejelasan bahwa isu sentral dalam permasalahan penentuan masyarakat hukum adat ini pada dasarnya ditentukan pada apakah penduduk asli yang ada dan masih hidup memiliki afiliasi terhadap wilayah tertentu baik pada saat awal penentuan batas negara Norwegia maupun sebelumnya. Penentuan ini sangat mudah ditentukan dan dipakai oleh hakim untuk mengklasifikasikan penduduk Sami sebagai masyarakat hukum adat.

Pemberian status hukum bagi masyarakat asli Sami oleh Pemerintah Norwegia tidak hanya mendasarkan pada preseden Selbu saja. Konstitusi Norwegia, pada Pasal 110, disebutkan bahwa:

It is the responsibility of the authorities of the State to create conditions enabling Sami people to preserve and develop its language, culture and way of life.

Pengaturan mengenai kebebasan menggunakan bahasa, budaya dan tradisi Sami juga diatur dalam peraturan perundang-undangan di Norwegia seperti misalnya Undang-Undang mengenai Sami, Undang-Undang

mengenai Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Pendidikan, dan Undang-Undang tentang Peternakan⁶¹. Dari sekian banyak aturan ini menunjukkan bahwa masyarakat adat Sami memiliki status hukum yang sama dengan suku-suku yang ada di Norwegia.

3. MHA Aborigin di Kanada

Orang-orang aborigin, yang diperkirakan tiba dari Asia ribuan tahun yang lalu melalui daratan yang menjadi jembatan antara Siberia dan Alaska merupakan penghuni awal Kanada. Empat ratus tahun yang lalu, para pengembara dari Perancis dan Inggris mulai menjelajahi negara dengan sungguh-sungguh, penghunian tetap oleh kedua bangsa ini di mulai pada awal tahun 1600. Pada saat perang dunia ke II, tidak sedikit para imigran datang dari Kepulauan Inggris atau Eropa Timur. Tetapi sejak tahun 1945, susunan kebudayaan Kanada semakin beragam dengan meningkatnya para pendatang dari berbagai negara seperti Eropa Selatan, Asia, Amerika Selatan dan Kepulauan Karibia jumlah pendatang terbanyak berasal dari daerah Asia Pasifik.

Status hukum kaum aborigin yang ada di Kanada pada dasarnya diatur dalam Undang-Undang Indian (*Indian Act*) Tahun 1876. Pembentukan undang-undang ini merupakan amanat langsung dari Konstitusi Kanada

⁶¹ Dahulu (sebelum adanya preseden Selbu) masyarakat Sami tidak diperbolehkan menggunakan bahasa mereka dan bahkan melakukan ternak rusa kutub.

Tahun 1867 dimana dalam Pasal 91 disebutkan bahwa Pemerintah Federal Kanada memiliki kewenangan eksklusif untuk mengatur hal-hal terkait dengan orang-orang Indian dan tanah untuk para Indian (*Indians and Lands reserved for the Indians*). Pelaksanaan peraturan perundang-undangan ini berikutan dengan penyelenggaraan perlindungan masyarakat Indian yang ada di Kanada dilakukan oleh suatu badan pemerintah di bawah kendali Menteri Urusan Aborigin dan Perkembangan Bagian Utara (*Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development*).⁶² Selain itu, dalam rangka memberikan kejelasan pelaksanaan atas pemberian dan perlindungan hak bagi masyarakat Indian, konstitusi ini juga melahirkan Undang-Undang Indian (*Indian Act*), Pengelolaan Tanah Bangsa-Bangsa Pertama (*First Nations Land Management Act*) dan Undang-Undang Minyak dan Gas Indian (*Indian Oil and Gas Act*).⁶³

Pada tahun 1982, Konstitusi Kanada mengalami amandemen sebagian. Menurut amandemen ini, batasan pengertian “aborigin yang dilindungi dalam konstitusi ini meliputi: orang-orang Indian, Inuit dan Metis”.⁶⁴ Substansi konstitusi 1982 ini merupakan tonggak baru hubungan antara pemerintah dan masyarakat hukum adat Aborigin di Kanada. Dalam Pasal 35 ayat (1) Konstitusi ini disebutkan bahwa:

⁶² Menteri ini membawahi Departemen Urusan Aborigin dan Perkembangan Bagian Utara (*The Department of Aboriginal Affairs and Northern Development*)

⁶³ David J. Elkins. *Policy Options: Bye-Bye for Good?*. Institute Research on Public Policy. Montreal. May 1999. Hlm. 23. Diakses melalui <http://www.irpp.org/po/archive/may99/elkins.pdf> pada tanggal 21 Oktober 2012.

⁶⁴ Konstitusi Kanada 1982, Pasal 32 ayat (2).

The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Dari pasal 35 ayat (1) tersebut dapat diartikan bahwa pemerintah Kanada mengakui keberadaan hak-hak masyarakat aborigin. Para sarjana seperti Donlevy (1994)⁶⁵ dan Nahanee (1993)⁶⁶ menganggap bahwa dengan adanya aturan ini maka akan memberikan hak konstitusional kepada masyarakat Aborigin untuk mengatur diri mereka sendiri (*self government*) dalam rangka menciptakan sistem hukum yang berkeadilan. Pasal ini tentu akan melindungi masyarakat Aborigin dari kesewenang-wenangan pemerintahan di masa yang akan datang dan yang akan membatasi hak-hak konstitusional mereka.⁶⁷ Seluruh hak-hak konstitusional masyarakat Aborigin di Kanada dilindungi dan diperkuat dalam pasal 25 Konstitusi Kanada tahun 1985 yang berbunyi:

*The guarantee in this charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal process of Canada, including: (a) any rights and freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights and freedoms that now exist by way of land claims agreements or so may be required.*⁶⁸

⁶⁵ Bonnie Donlevy. *Sentencing Circles and the Search for Aboriginal Justice*. Ottawa. Solicitor General of Canada. Ontario. 1994. Hlm. 29.

⁶⁶ Teresa Nahanee. *Dancing with a Gorilla: Aboriginal Women, Justice and the Charter*. Hlm. 359-382 dalam *Aboriginal Peoples and the Justice System: Report on the Round Table on Aboriginal Justice Issues*. Royal Commission on Aboriginal Peoples. Ottawa. Minister of Supply and Services Canada. Ontario. 1993. Hlm. 368.

⁶⁷ Craig Proulx. *Current Directions in Aboriginal Law Justice in Canada*. The Canadian Journal of Native Studies XX. 2. 2000. Hlm. 382.

⁶⁸ Jonathan Rudin and Dan Russel. *Native Alternative Dispute Resolution Systems: The Canadian Future in Light of the American Past*. Toronto. Ontario Native Council on Justice. Ontario. 1993. Hlm. 46.

Hak-hak Aborigin di Kanada, dibagi ke dalam dua macam, antara lain: hak untuk melakukan perjanjian (*treaty rights*) dan hak-hak asli aborigin (*aboriginal rights*). Pembagian ini semata-mata didasarkan pada pengaturan hak yang diberikan oleh Konstitusi Kanada baik Konstitusi 1763 maupun Konstitusi 1982.

Treaty rights merupakan hak konstitusional masyarakat hukum adat di Kanada untuk mengadakan dan menandatangani perjanjian. Praktek pembuatan perjanjian ini sudah berlangsung cukup lama yang kebanyakan substansinya berkenan dengan perdamaian dan persahabatan.

Konstitusi Kanada tidak memberikan batasan yang jelas apa yang dimaksud dengan hak melakukan perjanjian. Sehingga selalu dipertanyakan apakah perjanjian yang dibuat antara masyarakat hukum adat dengan pihak pemerintah atau masyarakat hukum adat lainnya memberikan kewajiban mengikat bagi para pihak. Hakim Mahkamah Agung Kanada, Lamer dalam *Kasus R v. Sioui* berkeputusan bahwa Bangsa Huron (*Huron Nation*) merupakan negara berdaulat ketika melakukan perjanjian dengan perwakilan dari Kerajaan Inggris tahun 1760.⁶⁹ Mahkamah juga menyama artikan bahwa status yang sama juga diberikan kepada Bangsa-Bangsa Indian lainnya. Dengan pendapat Hakim ini, sangat relevan apabila Bangsa (masyarakat

⁶⁹ R. V. Sioui. 1 S. C. R. 1025. 1990.

hukum adat) yang diberikan status sebagai negara berdaulat⁷⁰ melakukan perjanjian dengan negara⁷¹ menurut hukum internasional.⁷²

Oleh suatu sebab tidak jelasnya batasan hak untuk mengadakan perjanjian ini, Mahkamah Agung Kanada (*Supreme Court of Canada*) memberikan batasan pengertian “treaty rights” dalam perselisihan antara R.v Badger and R.v Sundown sebagai berikut:

Treaties are sacred agreements in which exchanges of solemn promises are made and mutually binding obligations created because the honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples, treaty interpretation having an impact on treaty rights must be approached so as to maintain the Crown’s integrity, based on the assumption that the Crown intends to fulfil its promises. Textual ambiguities are to be resolved in favour of Aboriginal peoples, and restrictions of treaty rights narrowly construed, while the Crown bears the burden of strict proof that a treaty right has been extinguished based on evidence of a clear government intention to do so. Although treaty rights, like Aboriginal rights, are not absolute, it

⁷⁰ Sebagian ahli juga kurang sependapat menyamakan bangsa dengan negara. Bangsa (nation) menurut Hans Kohn bahwa bangsa terbentuk oleh persamaan bahasa, ras, kebudayaan, prinsip hidup, kesenian, yang tentunya semuanya harus telah terkristalkan sepenuhnya sehingga terbentuklah kesatuan jiwa jiwa, asas spiritual wujud solidaritas, yang semuanya terbentuk atas kehendak atau kemauan bersama yang saat ini mungkin disebut nasionalisme. Sebagai suatu bangsa hendaknya memiliki unsur aspirasi sebagai berikut: (1) keinginan yang beragam untuk mencapai kesatuan nasional yang terdiri atas kesatuan sosial, ekonomi, politik, agama, kebudayaan, komunikasi, dan solidaritas. Sehingga terbentuklah kesepakatan bersama yang tertuang dalam bentuk Hukum Kebangsaan; (2) keinginan untuk mencapai kemenangan sepenuhnya, yaitu menang dari dominasi dan campur tangan bangsa asing terhadap urusan kebangsaannya; (3) Keinginan dalam kemandirian, keunggulan, individualisme, keaslian, atau kekhasan. (4) Keinginan untuk menonjol (unggul) diantara bangsa-bangsa dalam mengejar kehormatan, pengaruh, dan harga diri serta gengsi. Dikutip dalam Kaelan. *Filsafat Pancasila*. Paradigma. Yogyakarta. 2002. Hlm.212-213.

⁷¹ Ada ahli yang membedakan antara bangsa dan negara. Negara menurut Konvensi Montivedeo adalah pembentukan negara harus memiliki unsur: penduduk yang tetap (*permanent population*), wilayah tertentu (*defined territory*), pemerintah (*government*), dan kedaulatan (*capacity to enter into relations with another state*). Lihat Pasal 1 Konvensi Montevideo tentang Hak dan Kewajiban Negara tahun 1933.

⁷² Perjanjian menurut Konvensi Wina Tahun 1969 adalah suatu persetujuan yang dibuat antara negara dalam bentuk tertulis, dan diatur oleh hukum internasional, apakah dalam instrumen tunggal atau lebih instrumen yang berkaitan dan apapun nama atau istilah yang diberikan kepadanya. Lihat Pasal 2 Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional.

*is equally if not more important to justify prima facie infringements of treaty rights, in most cases under the test developed by the Court in relation to infringement of Aboriginal rights discussed above. Treaty rights are specific and may be exercised only by the First Nation(s) that signed the treaty in question.*⁷³

Dalam kasus tersebut, Mahkamah juga menyatakan bahwa terkait dengan kasus-kasus yang berkaitan dengan hak untuk melakukan perjanjian menurut Konstitusi Kanada 1982 tidak hanya diterjemahkan sebatas prinsip-prinsip umum saja melainkan juga harus diterjemahkan secara kontekstual (pendekatan kasus demi kasus).⁷⁴ Fakta yang ada di Kanada, pasca konfederasi (*post-confederation*), terdapat 11 (sebelas) perjanjian yang disepakati antara masyarakat Aborigin Kanada dengan Kerajaan Kanada yang berkuasa antara tahun 1871 sampai dengan 1921.⁷⁵ Perjanjian antara kerajaan dengan masyarakat Aborigin tersebut antara lain:

1. Perjanjian Pertama ditandatangani pada bulan Agustus 1871 antara Ratu Victoria dengan Bangsa Pertama Manitoba bersama dengan Suku Chippewa dan Swampy Cree;
2. Perjanjian Kedua ditandatangani pada bulan Agustus 1871 antara Ratu Victoria dengan Bangsa-Bangsa Pertama di Manitoba Barat Daya termasuk Suku Ojibway;

⁷³ Mary C. Hurley. *Aboriginal and Treaty Rights*. Law and Government Division. 8 September 1999. Diakses melalui <http://publications.gc.ca/collection-R/LoPBdP/EB/prb9916-e.htm> pada tanggal 22 Oktober 2012.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Sebagian besar perjanjian mengenai pembagian wilayah masing-masing antara Kerajaan dan masyarakat hukum adat (bangsa pertama) di Kanada.

3. Perjanjian Ketiga ditandatangani Bulan Oktober 1873 antara Bangsa Ojibway dengan Ratu Victoria;
4. Perjanjian keempat (sering disebut dengan “Qu’appelle Treaty”) ditandatangani bulan September 1874 antara Ratu Victoria dengan Bangsa Cree dan Saulteaux;
5. Perjanjian kelima ditandatangani pada bulan September 1875 antara Ratu Victoria dengan Suku Saulteaux dan Swampy Cree yang belum melakukan perjanjian dengan Kerajaan sebelumnya;
6. Perjanjian Keenam ditandatangani pada bulan Agustus-September 1876 antara Kerajaan Kanada dengan Suku Cree dan suku-suku Indian lainnya
7. Perjanjian Ketujuh ditandatangani pada bulan September 1877 antara Ratu Victoria dengan beberapa Bangsa Pertama di Blackfoot (*Blackfoot First Nations*);
8. Perjanjian kedelapan ditandatangani pada bulan Juni 1899 antara Ratu Victoria dan beberapa Bangsa Pertama di Danau Lesser;
9. Perjanjian kesembilan ditandatangani pada bulan Juli 1905 antara Pemerintah Kanada dengan Raja Edward VII dan beberapa Bangsa Pertama di Utara Ontario;
10. Perjanjian kesepuluh ditandatangani pada bulan Agustus 1906 antara Raja Edward VII dan Bangsa-Bangsa Pertama di Utara Saskatchewan dan Alberta;

11. Perjanjian kesebelas disepakati pada bulan Juni 1921 antara Raja George V dengan Bangsa-Bangsa Pertama di Barat Laut.

Hak-hak aborigin (*aboriginal rights*) yang dijamin dalam Konstitusi Kanada 1982 merupakan hak atas praktek, adat dan kebiasaan yang telah dilakukan masyarakat hukum adat Aborigin secara turun temurun. Hak-hak aborigin ini misalnya saja hak untuk berburu dan hak mencari ikan yang secara konstitusional dilindungi dan tidak boleh dihapus oleh Pemerintah Kanada.⁷⁶ Mahkamah Agung Kanada juga menyatakan bahwa hak aborigin ini merupakan *sui generis* (berdiri sendiri), meskipun dalam praktek tidak diberikan gambaran hak-hak apa saja yang diperoleh masyarakat Aborigin secara rinci dan jelas.⁷⁷

Salah satu hak aborigin yang sering menjadi isu sentral di Kanada adalah terkait dengan hak atas kepemilikan tanah (*Aboriginal title*). Hak ini mencakup hak eksklusif untuk menggunakan dan memiliki tanah untuk berbagai macam kepentingan, tidak hanya penggunaannya untuk praktek, adat dan tradisi masyarakat Aborigin. Namun, Hakim Lamer dalam Kasus *Delgamuukw v. British Columbia*⁷⁸, memberikan batasan hak atas tanah ini dengan menyatakan bahwa:

⁷⁶ Office of the Treaty Commissioner, *Aboriginal Rights and Title*. Diakses melalui http://www.otc.ca/pdfs/aboriginal_rights.pdf pada tanggal 25 Oktober 2012.

⁷⁷ R. v. Van der Peet, 2. S. C. R. 507. 1996. Hlm.19. Dikutip dalam Brenda L. Gunn. *Protecting Indigenous People's Lands: Making Room for the Application of Indigenous People's Laws Within the Canadian Legal System*. 6. Indigenous L.J.31.2007. Hlm.47.

⁷⁸ *Delgamuukw v. British Columbia*, 3. S. C. R. 1010. Dalam Brenda L. Gunn. *Loc. Cit.*

*Lands subject to Aboriginal title cannot be put to such uses as may be irreconcilable with the nature of the occupation of that land and the relationship that the particular group has had with the land which together have given rise to Aboriginal title in the first place.*⁷⁹

Pengadilan mempertimbangkan dalam kasus *Delgamuukw v. British Columbia* keterkaitan antara masyarakat hukum adat dengan tanah, apakah memang benar tanah tersebut secara pertama kali dan turun temurun telah digunakan masyarakat Aborigin.⁸⁰ Pengadilan memberikan perlindungan terhadap hak atas tanah kepada masyarakat Aborigin selama dipergunakan untuk menjaga dan melestarikan kehidupan sebelum kolonisasi (*pre colonization*). Sehingga, hak khusus ini tidak akan diberikan jikalau masyarakat Aborigin menggunakannya untuk kehidupan modern. Bilamana mereka ingin kehidupan modern yang beradab (*civilized lifestyle*), maka mereka harus mematuhi undang-undang negara lainnya yang berlaku untuk warga negara secara umum (non-Aborigin).⁸¹

4. MHA Maori di New Zealand

⁷⁹ Brenda L. Gunn. *Loc. Cit.*

⁸⁰ Dalam kasus ini Pengadilan membolehkan penggunaan *oral histories* (sejarah melalui lisan) untuk membuktikan adanya hak atas tanah.

⁸¹ Brenda L. Gunn. *Loc. Cit.*

Maori⁸² merupakan masyarakat hukum adat di New Zealand. Maori ini awalnya merupakan masyarakat di wilayah Polinesia⁸³ dan pertama kali datang ke New Zealand pada tahun 1300 M dengan hanya menggunakan kano⁸⁴. Selama berabad-abad berada dan menetap di New Zealand, masyarakat Maori ini membentuk adat dan kebudayaan sendiri, termasuk bahasa, mitologi, dan tradisi sendiri.

Budaya rumah tangga yang dimiliki oleh komunitas suku Maori cukup teratur. Lelaki bertugas untuk berburu dan membajak sawah sedangkan wanitanya menyangi rerumputan, menjahit dan memasak untuk kebutuhan primer sehari-hari. Pembagian status sosial juga terlihat dalam komunitas suku Maori. Aktivitas-aktivitas sebagai contoh: bercocok tanam, memanen hasil pertanian, dan lain-lain dilakukan menurut kemampuan masing-masing individunya. Setiap individu minimal memiliki keahlian dibidang seni seperti pembuat puisi atau pujangga, pembuat tato dan carving.⁸⁵

Selama turun temurun, Maori mengembangkan struktur sosial dan hukum berdasarkan nilai-nilai pokok tradisi meliputi: *whanaungatanga*

⁸² Arti kata Maori adalah masyarakat local (*local people*) atau masyarakat asli (*original people*). Maori memiliki bahasa sendiri yakni Bahasa Maori.

⁸³ Wilayah Polinesia merupakan suatu wilayah yang terdiri dari pulau-pulau kecil (kepulauan) di Samudra Pasifik yang sebagian besar dihuni oleh Bangsa Polinesia. Masyarakat Maori inilah berasal dari Bangsa Polinesia. Aholl J. Anderson dan Gerard R. O'Regan. *To The Final Share: Prehistoric Colonialisation of the Subarctic Islands in South Polynesia in Australian Archeologist: Collected Papers in Honour of Jim Allen*. Australian National University. Canberra. 2000. Hlm. 440-454.

⁸⁴ Kano merupakan kapal kapal (perahu) kecil yang digerakkan dengan tenaga manusia. Masyarakat Maori bermigrasi dari Samudra Pasifik ke New Zealand hanya dengan menggunakan perahu kano ini.

⁸⁵ *Mengenal Suku Maori*, diakses melalui <http://www.kulinet.com/baca/mengenal-suku-maori/448/> pada tanggal 23 Oktober 2012.

(kewajiban kekerabatan dan persaudaraan), *utu* (timbang balik), *tapu/noa* (keseimbangan dan harmonis), *aroba* (cinta), dan *mana* (pertanggungjawaban). Kelompok kekerabatan Maori terdiri dari *whanau* (keluarga besar), *hapu* (sekelompok whanau), dan *iwi* (suku). Nilai dan kelompok kekerabatan ini berlangsung dan berkembang di tengah masyarakat Maori hingga saat ini.⁸⁶

Kehadiran bangsa Eropa pada abad ke-18 memberikan pengaruh besar bagi kehidupan masyarakat Maori. Masyarakat Maori banyak mengadopsi budaya dan pengaruh budaya dan Eropa. Hubungan masyarakat adat Maori dengan para pendatang Eropa khususnya Kerajaan Inggris saat itu dituangkan ke dalam sebuah perjanjian yang dikenal dengan nama *The Treaty of Waitangi* (dalam bahasa Maori disebut *Te Tiriti*).⁸⁷ Perjanjian ini ditandatangani oleh dan antara 500 (lima ratus) kepala suku Maori dengan Ratu Inggris, meskipun demikian masih ada beberapa kepala suku yang menolak untuk menandatangani perjanjian ini. Perjanjian ini sekaligus diakui sebagai berdirinya negara New Zealand.⁸⁸

⁸⁶ Tama William Potaka. *Maori Experiences and Federal Indian Law*. 51-APR Fed. Law. 36. 2004. Hlm. 38.

⁸⁷ Perjanjian ini dibuat dalam dua bahasa baik bahasa Maori maupun bahasa Inggris. Tama William Potaka. *Loc. Cit.*

⁸⁸ Banyak pihak menilai bahwa Perjanjian Waitangi sebagai dokumen berdirinya New Zealand, meskipun New Zealand tidak berkonstitusi. Meskipun pada tahun dikeluarkan Konstitusi 1986 (*The 1986 Constitution Act*) oleh Pemerintah Kanada, namun terkait dengan Maori, Konstitusi ini tidak dapat dijadikan sebagai jaminan absolut bahwa perjanjian akan dihormati dan dilaksanakan di New Zealand. Heidi Kai Guth. *Dividing The Catch: Natural Resource Reparations To Indigenous Peoples--Examining The Maori Fisheries Settlement*. 24 U. Haw. L. Rev. 179. 2001. Hlm. 190.

Perjanjian ini dianggap sebagai pemberian status hukum kepada masyarakat hukum adat Maori di New Zealand. Substansi perjanjian ini secara jelas memberikan pengakuan keberadaan masyarakat Maori.⁸⁹ Hak-hak Maori sebagai masyarakat hukum adat diformalkan dalam perjanjian ini. Kedudukan antara Maori sebagai masyarakat hukum adat disejajarkan dengan Kerajaan sebagai pihak dalam perjanjian. Antara Maori dan pemerintah secara bersama-sama membangun kerjasama dalam pembentukan sebuah negara yang harmonis dan berlangsung sampai saat ini.

Dalam perjanjian Waitangi terdapat tiga pasal antara lain: pasal 1 berisi tentang Kepala Adat Maori menyerahkan kedaulatannya kepada pemerintah Inggris. Pasal 2 perjanjian ini berisi tentang Pemerintah Inggris memberikan jaminan kepada masyarakat Maori secara “penuh, eksklusif, dan pemilikan yang tidak dapat diganggu” atas tanah baik dimiliki secara kolektif maupun individu.⁹⁰ Pasal 3 dalam perjanjian ini berisi tentang jaminan dari Pemerintah Inggris kepada masyarakat hukum adat Maori atas persamaan di depan hukum. Antara perjanjian dalam berbahasa Inggris dan berbahasa Maori memiliki perbedaan terjemahan.⁹¹

⁸⁹ Study on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements Between States and Indigenous Peoples, U.N. Commission for Human Rights, 51st Sess., Agenda Item 7, P 66, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/20. 1999. Hlm. 282.

⁹⁰ Erica-Irene A. Daes. *Final Report of the Special Rapporteur on Indigenous Peoples' Permanent Sovereignty Over Natural Resources*. P 26, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/30. July 13, 2004.

⁹¹ Geoffrey Palmer & Matthew Palmer, *Bridled Power: New Zealand's Constitution and Government*. Edisi Keempat. 2004. Hlm. 334.

Dalam pasal 1 perjanjian Waitangi yang berbahasa Maori, ternyata memiliki makna berbeda dengan perjanjian yang berbahasa Inggris bahwa hanya pemerintahannya (*kawanatanga*) saja yang diserahkan kepada Inggris. Kemudian dalam pasal 2 apabila diterjemahkan dari perjanjian yang berbahasa Maori maka hak atas kepemilikan tanah bersifat mutlak (*te tino rangatiratanga*). Sedangkan pasal 3 perjanjian ini memiliki makna yang sama baik dalam bahasa Maori maupun bahasa Inggris.⁹² Perbedaan penggunaan kata ini menunjukkan bahwa dalam perjanjian ini Pemerintah Inggris memiliki kekuasaan penuh terhadap keberadaan masyarakat adat Maori ini.⁹³ Bahkan menurut Paul Mc Hugh, salah seorang ahli hukum tata negara, menyatakan bahwa pengakuan atas *rangatiratanga* dalam perjanjian memberikan hak untuk menentukan nasibnya sendiri (*self determination right*) dalam hal hak yang berdaulat atas aset (harta kepemilikan), budaya, dan sistem sosial.⁹⁴

Perjanjian ini meskipun belum diadopsi di dalam hukum positif, merupakan dokumen yang sangat penting bagi New Zealand.⁹⁵ Walaupun

⁹² Christa Scholtz. *Negotiating Claims: The Emergence of Indigenous Land Claim Negotiation Policies in Australia, Canada, New Zealand, and the United States*. 2006. Hlm.77.

⁹³ Bahkan secara sengaja Pemerintah Inggris (Kerajaan) secara sengaja sering melanggar perjanjian ini dalam banyak hal.

⁹⁴ John Buick-Constable. *A Contractual Approach to Indigenous Self-Determination in Aotearoa/New Zealand*. 20 UCLA Pac. Basin L. J. 2002. Hlm. 134-135.

⁹⁵ S. James Anaya. *Indigenous Peoples in International Law*. 2d ed. 2004. Hlm. 188.

status perjanjian ini masih diragukan secara internasional⁹⁶, namun perjanjian antara Maori dan pemerintah ini dapat dipahami sebagai kerjasama (*partnership*).⁹⁷ Kerjasama ini dituangkan dengan jalan mengutamakan persetujuan masyarakat adat Maori terlebih dahulu bilamana pemerintah akan menetapkan peraturan perundang-undangan yang berimplikasi langsung bagi hak-hak mereka.⁹⁸

Banyak perbedaan pendapat terkait dengan posisi perjanjian Waitangi ini di dalam hukum positif New Zealand, termasuk kedudukan hukum masyarakat Maori dengan masyarakat non-Maori lainnya. Perjanjian ini secara resmi menjadi kerangka dasar dalam pembentukan Undang-Undang tentang Perjanjian Waitangi 1975 (Agenda 1).⁹⁹ Dalam kasus *Te Heuheu Tukino v. Aotea District Maori Land Board* dinyatakan bahwa hak-hak yang diatur dan dilindungi oleh perjanjian Waitangi tidak dapat dijadikan dasar Pengadilan kecuali apabila telah diatur dalam hukum nasional.¹⁰⁰ Dalam beberapa kasus, Pengadilan mengisyaratkan bahwa Perjanjian Waitangi tetap dapat dipertimbangkan oleh hakim meskipun tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan nasional. Dalam kasus *Huakina Development Trust v.*

⁹⁶ Brookfield menyatakan bahwa apabila perjanjian diakui menurut hukum internasional-pun, Kepala Adat Maori tidak memiliki status hukum. Lihat F.M. (Jock) Brookfield. *Waitangi & Indigenous Rights: Revolution, Law & Legitimation*. Edisi Kedua. 2006. Hlm.99.

⁹⁷ Geoffrey Palmer & Matthew Palmer. *Op. Cit.* Hlm. 336.

⁹⁸ Lihat Undang-Undang Hak Asasi Manusia New Zealand Tahun 1993.

⁹⁹ Beberapa peraturan perundang-undangan lainnya sangat terbatas sekali mengatur terkait tentang kewajiban Pemerintah dalam menghormati dan menjunjung tinggi prinsip-prinsip perjanjian Waitangi.

¹⁰⁰ *Te Heuheu Tukino v. Aotea District Maori Land Board*, 2 All ER 93. 1941. Hlm. 98.

Waikato Valley Authority, Pengadilan menyatakan bahwa perjanjian Waitangi merupakan bagian dari masyarakat New Zealand.¹⁰¹ Baik kerajaan (yang menandatangani perjanjian pertama kali) maupun pemerintah suksesor-nya mempunyai kewajiban untuk menghormati prinsip-prinsip yang terkandung dalam Perjanjian Waitangi. Selain itu, Tribunal Waitangi (*Waitangi Tribunal*) justru mempertimbangkan perjanjian secara tekstual ketika terjadi pelanggaran yang dilakukan oleh Kerajaan atas substansi perjanjian.¹⁰² Baik pengadilan di New Zealand maupun Tribunal Waitangi mengakui adanya tiga prinsip dasar yang lahir dari perjanjian ini yaitu prinsip kerjasama (*the principle of partnership*), prinsip perlindungan aktif (*the principle of active protection*), dan prinsip ganti rugi (*the principle of redress*).¹⁰³

Undang-Undang tentang Waitangi tahun 1975 merupakan suatu tindak lanjut dari Pemerintah New Zealand terhadap keberadaan perjanjian Waitangi. Aturan ini bukan sebagai ratifikasi dari perjanjian Waitangi, namun dibentuk sebagai pendirian *Waitangi Tribunal* (Tribunal Waitangi).¹⁰⁴ Tribunal ini diperkuat untuk menyelidiki kemungkinan-kemungkinan pelanggaran terhadap perjanjian Waitangi oleh pemerintah New Zealand atau badan

¹⁰¹ *Huakina Development Trust v. Waikato Valley Authority*, 2 NZLR 188. 1987. Hlm. 210.

¹⁰² Te Puni Kōkiri. *A Guide to the Principles of the Treaty of Waitangi as expressed by the Courts and the Waitangi Tribunal*. Wellington. 2002. Hlm. 75-77.

¹⁰³ Daphne Zografos. *New perspectives for the protection of traditional cultural expressions in New Zealand*. International Review of Intellectual Property and Competition Law. IIC 236(8). 2005. Hlm.931.

¹⁰⁴ *Waitangi tribunal* bukanlah pengadilan karena hanya memberikan rekomendasi atas gugatan atau klaim yang diajukan oleh Maori. Namun merupakan bagian dari sistem lembaga peradilan di New Zealand. *Background of Waitangi Tribunal*. Diakses melalui <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/established.asp>, pada tanggal 24 Oktober 2012.

pemerintah lainnya yang terjadi pasca tahun 1975. Penyelidikan ini menurut aturan ini dilakukan oleh Komisi Penyelidikan (*Commission of Inquiry*). Tribunal hanya dapat memberikan rekomendasi atas hasil penyelidikan yang dilakukan Komisi Penyelidikan kepada pemerintah, dan untuk beberapa hal pemerintah dapat mengesampingkan rekomendasi Tribunal.

Seiring berjalannya waktu, masyarakat Maori tidak puas dengan adanya Undang-Undang tentang Perjanjian Waitangi tahun 1975 ini dan sering menjadi sasaran protes masyarakat Maori kepada pemerintah. Masyarakat Maori umumnya menganggap bahwa dari semua pelanggaran atas perjanjian Waitangi khususnya terkait dengan penyitaan tanah pasca perang New Zealand¹⁰⁵ yang terjadi pada abad ke-19, Pengadilan tidak memiliki kekuatan untuk melakukan penyidikan atas hal tersebut. Masyarakat Maori dengan didukung partai oposisi pemerintah di New Zealand menolak adanya undang-undang ini karena akan menyebabkan pecah belah di lingkup Maori sendiri.

Pada tahun 1985, Undang-Undang tentang Perjanjian Waitangi tahun 1975 dilakukan amandemen. Dalam aturan amandemen ini diatur bahwa Tribunal tidak hanya mengadili kasus atau claim setelah tahun 1975 saja tetapi juga kasus-kasus yang terjadi pada tahun 1840. Masyarakat Maori menganggap bahwa dengan amandemen ini, Tribunal akan semakin kuat dan

¹⁰⁵ Perang New Zealand terjadi pada tahun 1845-1872 dan sering disebut sebagai Perang Maori (*Maori Wars*) atau Perang Tanah (*Land Wars*). Isu yang menonjol dalam perang ini adalah terkait tanah Maori yang dijual kepada para pendatang.

memiliki *power* untuk menyelidiki kasus atau sengketa yang terjadi pasca tahun 1840.¹⁰⁶ Perubahan (amandemen) dari undang-undang ini tidak hanya dilakukan sekali saja namun diamandemen lagi pada tahun 1988 (terkait dengan keanggotaan Tribunal), tahun 1988 (amandemen keempat ditahun yang sama dengan amandemen ketiga terkait dengan kasus-kasus dimana pemerintah terbukti tidak menghormati prinsip-prinsip perjanjian Waitangi pada saat menjual tanah negara), tahun 1993 (amandemen pada tahun ini melarang Tribunal untuk merekomendasikan pengembalian atau penjualan kepada Kerajaan atas tanah non-negara yang terkait dengan Maori secara langsung), dan tahun 2006 (amandemen terkait dengan pasal 6 undang-undang yang mengatur tentang pengajuan klaim atau gugatan atas sejarah perjanjian ditutup pada tanggal 1 September 2008).¹⁰⁷

Hak-hak Maori selalu menjadi isu hangat baik di sektor hukum dan politik New Zealand. Khususnya terkait hak atas tanah (*land rights*) yang mana diatur dalam *Te Ture Whenua Maori Act (Maori Land Act of 1993* atau Undang-Undang tentang Tanah Maori tahun 1993). Undang-undang ini memberikan kewenangan penuh kepada Pengadilan Agraria Maori (*Maori Land Court*) terhadap hal-hal terkait tanah Maori termasuk suksesi, perubahan kepemilikan, penjualan tanah Maori, dan administrasi tanah Maori.

¹⁰⁶ Diharapkan dengan aturan perubahan ini dapat menyelesaikan permasalahan-permasalahan di masa lampau baik yang terkait dengan Kerajaan secara langsung meliputi: penyitaan, iktikad tidak baik pada saat transaksi pertanahan, dan lain sebagainya. Tama William Potaka. *Loc. Cit.*

¹⁰⁷ *Treaty of Waitangi Act 1975*, diakses melalui http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Waitangi_Act_1975 pada tanggal 25 Oktober 2012.

Pengadilan ini juga memiliki yurisdiksi terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan *Maori Fisheries Act 2004*¹⁰⁸, *Maori Aquaculture Claims Settlement Act 2004*¹⁰⁹, dan peraturan perundang-undangan terkait lainnya.

Dalam kasus *Ngati Apa v. Attorney General*¹¹⁰ beberapa kelompok suku mengajukan klaim dihadapan Pengadilan Agraria Maori terkait status beberapa wilayah tepi pantai dan dasar laut (*foreshore and seabed*)¹¹¹ yang berada dalam wilayah mereka (yang pada saat itu dimiliki oleh masyarakat non-Maori). Namun, Pengadilan Agraria Maori mengajukan kasus ini di Pengadilan Banding (*Court of Appeal*) untuk mengklarifikasi apakah Pengadilan memiliki yurisdiksi untuk menyelidiki status tanah yang diajukan sebagai klaim. Pada tanggal 19 Juni 2003, Pengadilan Banding menyatakan memiliki yurisdiksi atas pokok sengketa tersebut serta memutuskan bahwa:

*(1) The definition of 'land' in Te Ture Whenua Maori Act 1993 did not necessarily exclude foreshore and seabed; (2) The title vested in the Crown was radical title which was not inconsistent with native title; (3) Various Acts had influence over but did not extinguish property rights; (4) The Maori Land Court had jurisdiction to determine "an investigation of the title to the land ... under section 132 and an order determining the relative interests of the owners of the land."*¹¹²

¹⁰⁸ Undang-Undang Perikanan Maori tahun 2004.

¹⁰⁹ Undang-Undang Penyelesaian Sengketa Akuakultur tahun 2004.

¹¹⁰ *Ngati Apa v. Attorney General* (2003) NZLR 643.

¹¹¹ Peraturan terkait kepemilikan tepi pantai dan dasar laut diatur dalam Undang-Undang tepi Pantai dan Dasar Laut yang disahkan pada tanggal 24 November 2004. Beberapa pasal (*sections*) dalam undang-undang ini efektif berlaku mulai 17 Januari 2005. Saat ini, Undang-Undang ini kemudian digantikan dengan Undang-Undang tentang Wilayah Laut dan Pesisir (Takutai Moana) Tahun 2011.

¹¹² *Ngati Apa v. Attorney General. Loc. Cit.*

Setelah putusan Pengadilan Banding ini terbit, pemerintah dan publik bereaksi cepat dan umumnya menganggap bahwa putusan ini justru akan menyebabkan masyarakat publik kehilangan akses terhadap pantai dan merugikan industri kelautan swasta. Namun setidaknya masyarakat adat Maori menyambut positif bahwa putusan Pengadilan Banding ini memberikan pengakuan atas hak yang melekat pada Maori sebagai masyarakat adat.¹¹³ Masyarakat Maori menganggap bahwa Pengadilan Banding memberikan kebenaran atas hukum, moral, keadilan, dan persamaan dalam menyelesaikan isu-isu hak atas masyarakat adat Maori.¹¹⁴

Namun, pasca putusan ini Pemerintah beserta kabinet non-Maori tanpa berkonsultasi dengan masyarakat adat Maori terlebih dahulu menyatakan bahwa akan merancang dan membentuk suatu aturan hukum yang akan membatasi hak eksklusif masyarakat Maori atas kepemilikan eksklusif terhadap tepi pantai dan dasar laut. Kemudian Pemerintah menerbitkan Undang-Undang Tepi Pantai dan Dasar Laut (*Foreshore and Seabed Act Year 2004*). Masyarakat Maori mengkritik adanya undang-undang tersebut dan mengajukan klaim penolakan atas aturan ini dihadapan Komisi PBB yang bergerak dibidang Penghapusan Semua Bentuk Diskriminasi Ras (*United Nations Commission on the Elimination of All Forms of Racial*

¹¹³ Tama William Potaka. *Maori Experiences.... Op.Cit.* Hlm.40.

¹¹⁴ A. Mikaere, N. Thomas, dan K. Johnston. *Treaty of Waitangi and Maori Land Law.* NZ LAW REVIEW. 447. 2003. Hlm. 462.

Discrimination)¹¹⁵. Maori menilai undang-undang tersebut melanggar *Convention of the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*.¹¹⁶ Komisi CERD memutuskan bahwa undang-undang tersebut telah mendiskriminasikan masyarakat adat Maori dengan memperlakukan hak atas kepemilikan tanah yang diberikan kepadanya berbeda dengan hak yang diberikan kepada masyarakat non-Maori sehingga menghapuskan hak adat Maori atas tepi pantai dan dasar laut serta tidak diberikannya hak untuk menuntut ganti rugi atas kebijakan pemerintah tersebut.¹¹⁷

Pemerintah tetap tidak mau mengakui dan melaksanakan putusan Komisi CERD tersebut dan menganggap laporan Komisi CERD bukanlah hal yang penting untuk dipertimbangkan. Meskipun substansi dalam undang-undang tersebut tidak diberikan hak untuk menuntut ganti rugi (*right to redress*), namun justru diberikan kesempatan adanya upaya hukum lain. Salah satu perjanjian yang timbul dari adanya upaya hukum tersebut adalah perjanjian antara Pemerintah dengan masyarakat adat Hapu (salah satu suku Maori) di Ngati Porou yang mana memberikan perlindungan atas hak masyarakat Hapu atas tanah yang mereka miliki dan hak adat atas tepi pantai

¹¹⁵ Selanjutnya disebut Komisi CERD.

¹¹⁶ Konvensi tentang Penghapusan atas Semua Bentuk Kekerasan atas Ras.

¹¹⁷ U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Decision 1(66), New Zealand Foreshore and Seabed Act 2004, P 5 U.N. Doc. CERD/C/66/NZL/Dec.1, P 5 (April 27, 2005).

dan dasar laut.¹¹⁸ Perjanjian ini secara langsung memberikan pengakuan dari Pemerintah atas hak-hak adat yang melekat pada masyarakat Maori.

5. MHA Aborigin di Australia

Masyarakat hukum adat di Australia adalah penduduk asli dan pertama di Australia dan pulau-pulau kecil disekitarnya. Masyarakat aborigin di Australia sebenarnya bermigrasi dari Afrika sekitar 50.000 tahun yang lalu. Penduduk asli/awal benua Australia dan kepulauan disekitarnya, termasuk juga mencakup Tasmania dan kepulauan yang berada di wilayah selat Torres. Masyarakat hukum adat di Australia ini sering disebut sebagai “aborigin”. Kata ini berasal dari bahasa latin, *Aborigines*, yang secara tekstual berarti *ab* (dari) dan *orio* (asli atau awal, yang secara keseluruhan berarti penduduk atau masyarakat yang paling awal mendiami dan tinggal di Australia. Di Australia, menyebut Aborigin cenderung bermakna negatif dan sensitif, sehingga sering disebut sebagai *Aboriginal Australian* atau masyarakat Aborigin.

Beberapa kelompok yang termasuk dalam masyarakat Aborigin di Australia antara lain:

1. Koori (atau Koorie) di New South Wales dan Victoria (*Victorian Aborigines*);

¹¹⁸ Sarah M. Stevenson. *Indigenous Land Rights and The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Implications for Maori Land Claims in New Zealand*. 32 Fordham Int'l L.J. 2008. Hlm.311.

2. Ngunnawal di wilayah Ibukota Australia dan sekitar wilayah New South Wales;
3. Murri di Queensland dan beberapa bagian wilayah di utara New South Wales;
4. Murrdi di wilayah barat daya Australia dan di Queensland;
5. Nyungar di wilayah selatan Western Australia;
6. Yamatji di wilayah pusat Western Australia;
7. Wangai di Goldfields;
8. Nunga di wilayah selatan South Australia;
9. Anangu di wilayah utara South Australia, and bagian pinggir Western Australia;
10. Yapa in western central Northern Territory;
11. Yolngu di wilayah timur Arnhem Land (NT);
12. Tiwi di wilayah pulau Tiwi;
13. Aindilyakwa di wilayah Groote Eylandt; dan
14. *Pallawah* di wilayah Tasmania.

Masyarakat Aborigin yang hidup di Australia ini mengembangkan kebudayaan sendiri berdasarkan kondisi lingkungan alam di mana mereka hidup. Mereka hidup dengan cara berburu dan mengumpulkan makanan (*food gathering*) dan ini sudah dipertahankan semenjak beribu-ribu tahun sebelum kedatangan bangsa kulit putih. Mereka tidak mengenal pertanian, karena,

disamping faktor lingkungan alam yang kurang mendukung untuk diolah menjadi lahan pertanian, juga disebabkan oleh tidak adanya bibit tanaman untuk pertanian. Kenyataan ini ternyata dapat mereka pertahankan dalam waktu yang lama, karena cara ini mereka anggap paling efisien dalam memanfaatkan alam sebagai sumber kehidupan.¹¹⁹

Menurut tradisi orang-orang Aborigin, tanah adalah merupakan bahagian yang sangat penting dalam kehidupan mereka. Tanah adalah suatu yang bersifat sakral, pemilikan atas tanah adalah mutlak untuk menjaga keharmonisan jagad raya. Sebelum kedatangan orang Eropa, hampir semua daratan Australia telah dipatok menjadi wilayah-wilayah suci setiap suku Aborigin. Wilayah dan batas-batasnya (border) mereka ingat dengan baik melalui balada-balada, karena mereka memang tidak melakukan pencatatan tertulis untuk itu. Di wilayah-wilayah itulah mereka melakukan segala kegiatan mulai dari berburu, mengumpul bahan makanan dan melaksanakan upacara-upacara keagamaan. Setiap batas wilayah biasanya didiami oleh satu suku Aborigin yang masing masing memiliki spesifikasi budaya dan bahasa yang berbeda-beda.¹²⁰

Secara fisik, suku Aborigin seperti orang-orang Papua: berkulit gelap dan berambut keriting, tapi sekarang sudah mengalami perubahan, yakin

¹¹⁹ *Kebudayaan Australia: Suku Aborigin*, diakses melalui <http://blogzpot.wordpress.com/2011/04/14/kebudayaan-australia-suku-aborigin/>, pada tanggal 26 Oktober 2012.

¹²⁰ *Ibid.*

berkulit kecoklat-coklatan dan berambut ikal. Asal mulanya mereka mempunyai daratan yang sama. Para ilmuwan menyatakan, karena proses alam yang bergerak, daratan besar itu kemudian berpisah. Di sebelah selatan menjadi Australia. Sementara di daratan sebelah utara menjadi pulau Papua yang masuk wilayah Indonesia. Klop dengan nama Australia berasal dari kata “Australis” yang dalam bahasa latin berarti “Selatan”, sementara orang Belanda menyebut “Australische” yang memiliki makna sama.¹²¹

Aborigin di Australia menghadapi berbagai bentuk diskriminasi sejak para pendatang mulai datang dan tinggal di Australia. Di saat persemakmuran Australia berdiri pada 1 Januari 1701, suku aborigin dianggap bagian dari fauna.¹²² Pada 1910, pemerintahan di berbagai negara bagian mengeluarkan kebijakan untuk memisahkan keturunan Aborigin berdarah campuran dari keluarga yang tidak memiliki darah campuran. Kebijakan ini dikenal dengan nama “generasi yang dicuri” (*stolen generation*) atau “anak-anak yang hilang” (*lost children*).¹²³ Praktek ini berlangsung sampai tahun 1969.

Pada tahun 1934, Australia membentuk Undang-Undang Aborigin (*Aborigines Act*) dimana masyarakat adat aborigin harus dipindahkan dan penolakan atas kebijakan ini maka dapat dikualifikasikan sebagai pelanggaran

¹²¹ Sejarah Suku Aborigin. Diakses melalui <http://silvesternanda.blog.fisip.uns.ac.id/2011/01/29/sejarah-suku-aborigin/>, pada tanggal 27 Oktober 2012.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Danielle Celermajer, *The Stolen Generation: Aboriginal Children in Australia*, 12 Hum. Rts. Dialogue 13. 2005. Hlm. 13. Dikutip dalam Emily Hart Cobb. *Fifty Thousand Years Old and Still Fighting For Rights: The Continuing Struggle of Australia's Indigenous Population*. 38 Ga. J. Int'l & Comp. L. 375. 2010. Hlm.378.

hukum serta dihukum dengan denda dan penjara.¹²⁴ Pada tahun 1937 dilakukan asimilasi Aborigin melalui perkawinan campuran, bahkan juga dilakukan secara paksa. Bagi masyarakat Aborigin yang masih tradisional dan tidak mengikuti kebijakan asimilasi ini akan ditempatkan di tempat penampungan khusus.

Di dalam konstitusi Australia, diatur dalam *section 51 (xxvi)* yang dikenal dengan “race power” (kekuasaan ras). Menurut aturan ini, Parlemen memiliki kekuasaan untuk membentuk peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan orang-orang dari ras selain ras Aborigin, dapat dibentuk undang-undang khusus untuk melindungi kepentingan mereka. Ketentuan dalam konstitusi ini justru diskriminatif dan tidak memberikan peluang adanya peraturan perundang-undangan yang diperuntukkan untuk melindungi masyarakat adat Aborigin.¹²⁵ Pada tahun 1967, melalui referendum, masyarakat Australia menginginkan adanya perubahan dalam *section 51 (xxvi)* Konstitusi dan agar masyarakat adat Aborigin diberikan hak-hak hukum, termasuk hak untuk memilih dan hak untuk bebas dari diskriminasi yang dinyatakan dalam suatu peraturan perundang-undangan.¹²⁶

Kemudian pada tahun 1975, pemerintah Australia membentuk Undang-Undang tentang Diskriminasi Ras (*Racial Discrimination Act*) yang

¹²⁴ Aboriginal Act Year 1934. Pasal 17.

¹²⁵ Michael Legg. *Indigenous Australians and International Law: Racial Discrimination, Genocide, and Reparations*. 20 Berkeley Journal of International Law. 2002. Hlm. 394.

¹²⁶ Tony Blackshield & George Williams, *Australian Constitutional Law & Theory*. Edisi Kedua. 1998. Hlm. 1183-1188.

substansinya melarang adanya diskriminasi baik secara ras, warna kulit, suku, bangsa maupun adat.¹²⁷ Sampai sekarang pemerintah memfasilitasi bentuk perlindungan kepada masyarakat Aborigin melalui Komisi Aborigin dan Kepulauan Selat Torres (*Aboriginal and Torres Strait Islander Commission/ATSIC*) yang didirikan pada tahun 1989. ATSIC sebagai organisasi yang didanai pemerintah memiliki kegiatan:

*to ensure maximum participation of Aboriginal and Torres Strait Islander people in government policy formulation and implementation; to promote indigenous self-management and self-sufficiency; to further indigenous economic, social and cultural development; and to ensure co-ordination of Commonwealth, state, territory and local government policy affecting indigenous people.*¹²⁸

ATSIC dibentuk sebagai upaya melaksanakan kegiatan-kegiatan sesuai fungsinya termasuk memberikan saran rekomendasi atas isu-isu Aborigin, advokasi atas hak-hak masyarakat adat Aborigin, dan menyelenggarakan program-program serta pelayanan-pelayanan kepada Aborigin khususnya terkait kesehatan, pendidikan dan pekerjaan. Namun, pada kenyataannya setelah berjalan beberapa tahun masyarakat Aborigin mengkritik adanya keberadaan ATSIC ini dan menganggap organisasi ini tidak mewakili aspirasi masyarakat Aborigin. Sehingga akhirnya ATSIC ini dibubarkan oleh Pemerintah pada tahun 2004. Terkait hal tersebut, H. C.

¹²⁷ Racial Discrimination Act Year 1975. Pasal 9 ayat (1).

¹²⁸ Information & Research Services, Dep't of Parliamentary Library, Current Issues Brief No. 29, *Make or Break? A Background to the ATSIC Changes and the ATSIC Review*, diakses melalui <http://www.aph.gov.au/library/Pubs/cib/2002-03/03cib29.pdf>

Combs, anggota *Council of Aboriginal Affairs* (organisasi pertama sebelum dibentuk ATSIC), menyatakan:

*the formation of ATSIC has also not offered any significant transfer of authority or improvement in indigenous political and economic power or bargaining capacity. ATSIC has no access to information, knowledge, research capacity or objective advice except through the existing bureaucracy which is responsible to, and controlled by, the government.*¹²⁹

Hingga saat ini, isu Aborigin masih menjadi pekerjaan rumah bagi Pemerintah Australia yang harus segera diselesaikan. Pemerintah masih mencari cara yang terbaik dalam rangka menyelesaikan persoalan ini tanpa mengorbankan hak-hak Aborigin serta kepentingan publik pada umumnya.

Isu pemberian hak atas tanah di Australia kepada masyarakat Aborigin dipicu dari kasus *Mabo v. Queensland* pada tahun 1992 dimana Pengadilan Tinggi Australia (*High Court of Australia*) mengakui adanya hak-hak kepemilikan atas tanah kepada masyarakat Aborigin. Putusan Pengadilan Tinggi ini dianggap merupakan keputusan yang benar khususnya menurut hukum internasional yang melindungi hak masyarakat hukum adat dan merupakan keputusan yang tepat dimana di dalam peraturan perundang-undangan di Australia tidak memberikan pengaturan atas hak tersebut kepada masyarakat Aborigin.¹³⁰

¹²⁹ Emily Hart Cobb. *Op. Cit.* Hlm. 380.

¹³⁰ Rick Sarre berpendapat bahwa “The *Mabo* judgment, arguably, brought **Australia** further **in** line with international thinking (especially the United States, Canada and New Zealand) on the rights of **Indigenous peoples**. But it was only a small step, and one that has brought little change to the social, economic and cultural reality of **Indigenous** Australians”. Lihat Rick Sarre. *The Imprisonment*

Atas dasar keputusan ini, untuk memberikan kepatian dan jaminan hukum atas hak masyarakat adat Aborigin di Australia maka dibentuk *Native Title Act* (Undang-Undang Tanah Bagi Penduduk Asli) tahun 1994. Istilah “native title” dalam undang-undang ini mengacu pada hak-hak masyarakat adat Aborigin atas beberapa wilayah yang ada di Australia. Di dalam peraturan ini diatur bagaimana hak atas tanah yang dimiliki masyarakat hukum adat diakui dan dilindungi secara hukum dan bagaimana prosedur serta tata cara pemerintah dan pihak lain yang menginginkan tanah yang berkaitan dengan sejarah masyarakat hukum adat.¹³¹

of Indigenous Australians: Dilemmas and Challenges for Policymakers. 4 *Geo. Pub. Pol’y Rev.* 165. 1999. Hlm. 168-169.

¹³¹ John Southalan. *Australian Indigenous-Resource Developments: Martu People v. Reward Minerals*. 27 No. 4. *J. Energy & Nat. Resources L.* 671. 2009. Hlm.638.

HAK-HAK KONSTITUSIONAL MHA DAN UJI MATERIIL MK

A. Hak-hak Konstitusional MHA

Adapun hak-hak konstitusional MHA adalah sama dengan hak-hak konstitusional pada masyarakat secara umum. Sebagaimana termaktub dalam Pasal 27,

- (1) Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.
- (2) Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan.
- (3) Setiap warga negara berhak dan wajib ikut serta dalam upaya pembelaan negara

Pasal 28,
Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang undang.

Pasal 29,
(1) Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.
(2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Pasal 30,
(1) Tiaptiap warga negara berhak dan wajib ikut serta dalam usaha pertahanan dan keamanan negara.
(2) Usaha pertahanan dan keamanan negara dilaksanakan melalui system pertahanan dan keamanan rakyat semesta oleh Tentara Nasional Indonesia dan Kepolisian Negara Indonesia Republik Indonesia, sebagai kekuatan utama, dan rakyat, sebagai kekuatan pendukung.
(3) Tentara Nasional Indonesia terdiri atas Angkatan Darat, Angkatan Laut dan Angkatan Udara sebagai alat negara bertugas mempertahankan, melindungi, dan memelihara keutuhan dan kedaulatan negara.
(4) Kepolisian Negara Republik Indonesia sebagai alat negara yang menjaga kemanan dan ketertiban masyarakat bertugas melindungi, mengayomi, melayani masyarakat, serta menegakkan hukum.

Pasal 33,

- (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.
- (2) Cabangcabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.
- (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesarbesarnya kemakmuran rakyat.
- (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.
- (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.

Selain itu, hak hak konstitusional masyarakat hukum adat menurut

Komisi Hak Asasi Manusia dan Konvensi *International Labour Organization*

(*ILO*) Tahun 1986 meliputi;

- 1). Hak untuk menentukan nasib sendiri;
- 2). Hak untuk turut serta dalam pemerintahan;
- 3). Hak atas pangan, kesehatan, habitat dan keamanan ekonomi;
- 4). Hak atas pendidikan;
- 5). Hak atas pekerjaan;
- 6). Hak anak;
- 7). Hak pekerja;
- 8). Hak minoritas dan masyarakat hukum adat;
- 9). Hak atas tanah;
- 10). Hak atas persamaan;
- 11). Hak atas perlindungan lingkungan;
- 12). Hak atas administrasi pemerintahan yang baik;
- 13). Hak atas penegakan hukum yang adil.

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menerangkan bahwa Negara dan pemerintah bertanggung jawab untuk menghormati, melindungi, membela, dan menjamin hak asasi manusia setiap

warga negara dan penduduknya tanpa diskriminasi termasuk masyarakat hukum adat dengan memperhatikan hukum dan peraturan perundang-undangan.

Terkait dengan masalah hutan adat di dalam Undang-undang Nomor 41` Tahun 1999 Tentang Kehutanan dijelaskan bahwa Hutan negara ialah hutan yang berada pada tanah yang tidak dibebani hak-hak atas tanah menurut Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960, termasuk di dalamnya hutan-hutan yang sebelumnya dikuasai masyarakat hukum adat yang disebut hutan ulayat, hutan marga, atau sebutan lainnya. Dimasukkannya hutan-hutan yang dikuasai oleh masyarakat hukum adat dalam pengertian hutan negara, adalah sebagai konsekuensi adanya hak menguasai dan mengurus oleh Negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat dalam prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dengan demikian masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, dapat melakukan kegiatan pengelolaan hutan dan pemungutan hasil hutan.

Hak ulayat masyarakat hukum adat atas sumber daya air sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air dalam Pasal 6 ayat (3) tetap diakui sepanjang masih ada dimana penguasaan negara atas sumber daya air tersebut diselenggarakan oleh Pemerintah dan/atau pemerintah daerah dengan tetap mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya, seperti hak ulayat masyarakat hukum adat setempat dan hak-

hak yang serupa dengan itu, sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Pengelolaan hak atas tanah untuk usaha perkebunan sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan tetap harus memperhatikan hak ulayat masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan tidak bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi serta kepentingan nasional.

Pasal 61 ayat (1) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil menyatakan bahwa Pemerintah mengakui, menghormati, dan melindungi hak-hak masyarakat adat, masyarakat tradisional, dan kearifan lokal atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil yang telah dimanfaatkan secara turun temurun.

Dalam hal perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup diatur dalam Pasal 63 ayat (1) huruf t yang berbunyi Pemerintah bertugas dan berwenang untuk menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup. Kemudian di dalam Pasal 63 ayat (2) huruf n juga dinyatakan bahwa Pemerintah Provinsi bertugas dan berwenang untuk menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat provinsi. Di tingkat

Kabupaten/Kota sebagaimana yang diatur dalam Pasal 63 ayat (3) huruf k bahwa Pemerintah Kabupaten/Kota bertugas dan berwenang untuk melaksanakan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat kabupaten/Kota.

Khusus untuk Provinsi Papua sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua dalam Pasal 43 disebutkan bahwa:

- (1) Pemerintah Provinsi Papua wajib mengakui, menghormati, melindungi, memberdayakan dan mengembangkan hak-hak masyarakat adat dengan berpedoman pada ketentuan peraturan hukum yang berlaku;
- (2) Hak-hak masyarakat adat tersebut pada ayat (1) meliputi hak ulayat masyarakat hukum adat dan hak perorangan para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan;
- (3) Pelaksanaan hak ulayat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, dilakukan oleh penguasa adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan menurut ketentuan hukum adat setempat, dengan menghormati penguasaan tanah bekas hak ulayat yang diperoleh pihak lain secara sah menurut tatacara dan berdsarkan peraturan perundang-undangan;
- (4) Penyediaan tanah ulayat dan tanah perorangan warga masyarakat hukum adat untuk keperluan apapun, dilakukan melalui musyawarah

dengan masyarakat hukum adat dan warga yang bersangkutan untuk memperoleh kesepakatan mengenai penyerahan tanah yang diperlukan maupun imbalannya;

- (5) Pemerintah Provinsi, Kabupaten/Kota memberikan mediasi aktif dalam usaha penyelesaian sengketa tanah ulayat dan bekas hak perorangan secara adil dan bijaksana, sehingga dapat dicapai kesepakatan yang memuaskan para pihak yang bersangkutan.

Kemudian dalam Penjelasan Pasal 43 dijelaskan sebagai berikut:

Ayat (1)

Kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat ini juga merupakan kewajiban Pemerintah yang dilaksanakan oleh Gubernur selaku wakil Pemerintah. Pemberdayaan hak-hak tersebut meliputi pembinaan dan pengembangan yang bertujuan meningkatkan taraf hidup baik lahiriah maupun batiniah warga masyarakat hukum adat.

Ayat (2)

Yang dimaksud dengan hak-hak masyarakat adat meliputi hak bersama warga masyarakat seperti yang dikenal dengan sebutan hak ulayat dan hak perorangan warga masyarakat hukum adat.

Ayat (3)

Hak ulayat adalah hak bersama para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Subjek hak ulayat adalah masyarakat hukum adat tertentu, bukan perseorangan, dan juga bukan penguasa adat, meskipun banyak di antara mereka yang menjabat secara turun temurun. Penguasa adat adalah pelaksana hak ulayat yang bertindak sebagai petugas masyarakat hukum adatnya dalam mengelola hak ulayat di wilayahnya.

Hak ulayat diatur oleh hukum adat tertentu dalam masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Kenyataannya dewasa ini keberadaan hak ulayat berbagai masyarakat hukum adat tersebut beragam, sehubungan dengan perkembangan sosial dan ekonomi masyarakat hukum adatnya sendiri baik karena pengaruh intern maupun lingkungannya.

Hak ulayat diakui oleh hukum tanah nasional, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, tetapi hak ulayat yang sudah tidak ada tidak akan dihidupkan kembali. Sehubungan dengan itu, demi adanya kepastian mengenai masih adanya hak ulayat di lingkungan masyarakat adat tertentu, yang dibuktikan oleh: (1) masih adanya sekelompok warga masyarakat yang merasa terikat oleh tatanan hukum adat tertentu sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum yang merupakan suatu masyarakat hukum adat; (2) masih adanya suatu wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hukum dan penghidupan sehari-hari para warga masyarakat hukum adat tersebut; dan (3) masih adanya penguasa adat yang melaksanakan ketentuan hukum hak ulayatnya.

Pengakuan, penghormatan dan perlindungan dalam ayat ini mencakup pula pengakuan, penghormatan dan perlindungan terhadap pihak-pihak yang telah memperoleh hak atas tanah bekas hak ulayat secara sah menurut tata cara dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan karenanya tidak dapat digugat kembali oleh ahli warisnya demi kepastian hukum.

Ayat (4)

Musyawarah antara para pihak yang memerlukan tanah ulayat dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan mendahului penerbitan surat izin perolehan dan pemberian hak oleh instansi yang berwenang. Kesepakatan hasil musyawarah tersebut merupakan syarat bagi penerbitan surat izin dan keputusan pemberian hak yang bersangkutan. Hal yang sama berlaku juga terhadap perolehan tanah hak perorangan para warga masyarakat hukum adat, tidak cukup dengan persetujuan penguasa adatnya.

Pemanfaatan hak-hak adat untuk kepentingan pemerintah dan/atau swasta dilakukan melalui musyawarah antara masyarakat adat dengan pihak yang memerlukan, harus disertai dengan pemberian ganti rugi dalam bentuk uang tunai, tanah pengganti, pemukiman kembali, sebagai pemegang saham, atau bentuk lain yang disepakati bersama.

Ayat (5)

Pemerintah Provinsi, Kabupaten/Kota sebagai instansi yang paling mengetahui hal-hwal sengketa yang terjadi di wilayahnya berkewajiban melakukan mediasi aktif dalam penyelesaian sengketa-sengketa yang timbul di antara masyarakat hukum adat atau warganya dengan pihak luar. Sengketa antara para warga masyarakat hukum adat sendiri diselesaikan melalui peradilan adat sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang ini.

Namun, berdasarkan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, pengakuan dan penghormatan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya harus didasarkan pada syarat-syarat sebagai berikut:

1. Sepanjang masih hidup;
2. Sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia;
3. diatur dalam undang-undang.

Senada dengan konstitusi, UU 24/2003 tentang Mahkamah Konstitusi pun menetapkan syarat yang sama bagi kesatuan masyarakat hukum adat untuk menjadi pemohon di Mahkamah Konstitusi. Baik UUD 1945 maupun UU 24/2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo. UU 8/2011 tentang perubahan UU 24/2003 mengatur syarat-syarat tertentu bagi kesatuan masyarakat hukum adat agar memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk dapat berperkara di Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian, negara telah menjamin pengakuan dan perlindungan hukum bagi kesatuan masyarakat hukum adat, meskipun ada syarat konstitusional yang harus dipenuhi.

B. Hak-hak Tradisional MHA

Hak-hak tradisional yang merupakan hak *undirogable rights* yang diberikan oleh konstitusi kepada masyarakat hukum adat di daerah belum memperoleh pengakuan dan perlindungan dari negara, karena kewenangan daerah tidak sepenuhnya diberikan oleh pemerintah pusat. Pada saat itu tanah-tanah ulayat masyarakat hukum adat telah mulai dieksploitir oleh investor asing yang hasilnya berupa Minyak Bumi terus mengalir setiap hari keluar negeri, dengan menghasilkan devisa yang berlimpah, yang merupakan kontribusi tidak sedikit buat kepentingan negara ini. Namun nasib MHA tidak pernah menjadi perhatian oleh pemerintah baik pusat maupun daerah sampai sekarang. Pada tanggal 5 Juli 1959 Presiden dengan Dekrit menetapkan, pembubaran Konstituante, Undang-Undang Dasar 1945 berlaku lagi bagi segenap Bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, dan tidak berlakunya lagi Undang-Undang Dasar Sementara 1950.

Berikut ini adalah beberapa Hak-hak Tradisional MHA di Indonesia yang keberadaannya ditetapkan dalam beberapa peraturan perundangan :

1. Hak Pengelolaan dan Pemanfaatan Hutan

Terkait dengan masalah hutan adat di dalam Undang-undang Nomor 41` Tahun 1999 Tentang Kehutanan dijelaskan bahwa Hutan negara ialah hutan yang berada pada tanah yang tidak dibebani hak-hak atas tanah menurut Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960, termasuk di dalamnya hutan-hutan yang sebelumnya dikuasai masyarakat hukum adat

yang disebut hutan ulayat, hutan marga, atau sebutan lainnya. Dimasukkannya hutan-hutan yang dikuasai oleh masyarakat hukum adat dalam pengertian hutan negara, adalah sebagai konsekuensi adanya hak menguasai dan mengurus oleh Negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat dalam prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dengan demikian masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, dapat melakukan kegiatan pengelolaan hutan dan pemungutan hasil hutan.

2. Hak Ulayat dan Penguasaan Tanah Ulayat

Hak ulayat masyarakat hukum adat atas sumber daya air sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air dalam Pasal 6 ayat (3) tetap diakui sepanjang masih ada dimana penguasaan negara atas sumber daya air tersebut diselenggarakan oleh Pemerintah dan/atau pemerintah daerah dengan tetap mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya, seperti hak ulayat masyarakat hukum adat setempat dan hak-hak yang serupa dengan itu, sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Khusus untuk Provinsi Papua sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua dalam Pasal 43 disebutkan bahwa:

- (1) Hak-hak masyarakat adat tersebut pada ayat (1) meliputi hak ulayat masyarakat hukum adat dan hak perorangan para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan;
- (2) Pelaksanaan hak ulayat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, dilakukan oleh penguasa adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan menurut ketentuan hukum adat setempat, dengan menghormati penguasaan tanah bekas hak ulayat yang diperoleh pihak lain secara sah menurut tatacara dan berdasarkan peraturan perundang-undangan;
- (3) Penyediaan tanah ulayat dan tanah perorangan warga masyarakat hukum adat untuk keperluan apapun, dilakukan melalui musyawarah dengan masyarakat hukum adat dan warga yang bersangkutan untuk memperoleh kesepakatan mengenai penyerahan tanah yang diperlukan maupun imbalannya;

Ayat (2)

Yang dimaksud dengan hak-hak masyarakat adat meliputi hak bersama warga masyarakat seperti yang dikenal dengan sebutan hak ulayat dan hak perorangan warga masyarakat hukum adat.

Ayat (3)

- 1) Hak ulayat adalah hak bersama para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Subjek hak ulayat adalah masyarakat hukum adat tertentu,

bukan perseorangan, dan juga bukan penguasa adat, meskipun banyak di antara mereka yang menjabat secara turun temurun. Penguasa adat adalah pelaksana hak ulayat yang bertindak sebagai petugas masyarakat hukum adatnya dalam mengelola hak ulayat di wilayahnya.

- 2) Hak ulayat diatur oleh hukum adat tertentu dalam masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Kenyataannya dewasa ini keberadaan hak ulayat berbagai masyarakat hukum adat tersebut beragam, sehubungan dengan perkembangan sosial dan ekonomi masyarakat hukum adatnya sendiri baik karena pengaruh intern maupun lingkungannya.
- 3) Hak ulayat diakui oleh hukum tanah nasional, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, tetapi hak ulayat yang sudah tidak ada tidak akan dihidupkan kembali.
- 4) Sehubungan dengan itu, demi adanya kepastian mengenai masih adanya hak ulayat di lingkungan masyarakat adat tertentu, yang dibuktikan oleh:
(1) masih adanya sekelompok warga masyarakat yang merasa terikat oleh tatanan hukum adat tertentu sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum yang merupakan suatu masyarakat hukum adat; (2) masih adanya suatu wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hukum dan penghidupan sehari-hari para warga masyarakat hukum adat tersebut; dan (3) masih adanya penguasa adat yang melaksanakan ketentuan hukum hak ulayatnya.

- 5) Pengakuan, penghormatan dan perlindungan dalam ayat ini mencakup pula pengakuan, penghormatan dan perlindungan terhadap pihak-pihak yang telah memperoleh hak atas tanah bekas hak ulayat secara sah menurut tata cara dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan karenanya tidak dapat digugat kembali oleh ahli warisnya demi kepastian hukum.

Ayat (4)

Musyawarah antara para pihak yang memerlukan tanah ulayat dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan mendahului penerbitan surat izin perolehan dan pemberian hak oleh instansi yang berwenang. Kesepakatan hasil musyawarah tersebut merupakan syarat bagi penerbitan surat izin dan keputusan pemberian hak yang bersangkutan. Hal yang sama berlaku juga terhadap perolehan tanah hak perorangan para warga masyarakat hukum adat, tidak cukup dengan persetujuan penguasa adatnya.

3. Hak Pengelolaan atas Ladang atau Perkebunan

Pengelolaan hak atas tanah untuk usaha perkebunan sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan tetap harus memperhatikan hak ulayat masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan tidak bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi serta kepentingan nasional.

4. Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan hidup

Dalam hal perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup diatur dalam Pasal 63 ayat (1) huruf t yang berbunyi Pemerintah bertugas dan berwenang untuk menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup. Kemudian di dalam Pasal 63 ayat (2) huruf n juga dinyatakan bahwa Pemerintah Provinsi bertugas dan berwenang untuk menetapkan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat provinsi. Di tingkat Kabupaten/Kota sebagaimana yang diatur dalam Pasal 63 ayat (3) huruf k bahwa Pemerintah Kabupaten/Kota bertugas dan berwenang untuk melaksanakan kebijakan mengenai tata cara pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat yang terkait dengan perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup pada tingkat kabupaten/Kota.

5. Pengelolaan Wilayah Pesisir

Pasal 61 ayat (1) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil menyatakan bahwa

Pemerintah mengakui, menghormati, dan melindungi hak-hak masyarakat adat, masyarakat tradisional, dan kearifan lokal atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil yang telah dimanfaatkan secara turun temurun.

Serta hak-hak masyarakat hukum adat yang diakui dalam peraturan perundang-undangan dijelaskan dalam tabel berikut¹³² :

Tabel

Hak-Hak Masyarakat Adat

UU Pemerintah Daerah	Hak-hak tradisional masyarakat hukum adat
UU HAM	<p>a. Pengakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya.</p> <p>b. Identitas budaya masyarakat hukum adat, termasuk hak atas tanah ulayat.</p>
UU Kehutanan	<p>a. Hak atas hutan adat;</p> <p>b. Mengelola kawasan untuk tujuan khusus;</p> <p>c. Melakukan pemungutan hasil hutan untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari masyarakat adat yang bersangkutan;</p> <p>d. Melakukan kegiatan pengelolaan hutan</p>

¹³² Ibid, hal. 51

	<p>berdasarkan hukum adat yang berlaku dan tidak bertentangan dengan undang-undang; dan</p> <p>e. Mendapatkan pemberdayaan dalam rangka meningkatkan kesejahteraannya.</p>
<p>UU Sumber Daya Air</p>	<p>Hak ulayat dianggap masih ada apabila memenuhi tiga unsur :</p> <p>a. Unsur masyarakat adat, yaitu terdapatnya sekelompok orang yang masih merasa terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum tertentu, yang mengakui dan menerapkan ketentuan-ketentuan persekutuan tersebut dalam kehidupan sehari-hari;</p> <p>b. Unsur wilayah, yaitu terdapatnya tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum tersebut dan tempatnya mengambil keperluan hidupnya sehari-hari; dan</p> <p>c. Unsur hubungan antara masyarakat tersebut dengan wilayahnya, yaitu terdapatnya tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan, dan penggunaan tanah ulayatnya yang masih berlaku dan ditaati oleh para warga persekutuan hukum tersebut.</p>
UU	Masyarakat adat berhak memperoleh ganti rugi hak atas

Perkebunan	tanah mereka yang digunakan untuk konsesi perkebunan
UU Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil	Hak-hak masyarakat adat, masyarakat tradisional, dan kearifan lokal atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil yang telah dimanfaatkan secara turun-temurun. Diberikan dalam bentuk Hak Pengusahaan Perairan Pesisir (HP-3).
UU Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup	Keberadaan masyarakat adat, kearifan lokal, dan hak-hak masyarakat adat dalam perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup.

Hak-hak tradisional sebagaimana diatur dalam beberapa undang-undang sejatinya adalah merupakan hak konstitusional juga karena pengakuan terhadap hak-hak tradisional itu disebutkan dalam konstitusi, sebagaimana ditegaskan dalam dalam Pasal 18 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan, "*Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya...*". Oleh karena itu semua hak tradisional masyarakat hukum adat sekaligus merupakan hak konstitusional.

Dalam perkembangannya, hak-hak tradisional masyarakat hukum adat yang ada berpotensi dilanggar. Oleh karena itu, kesatuan masyarakat hukum adat dapat menjadi Pemohon sepanjang memenuhi syarat yang ditentukan dalam UUD 1945 maupun undang-undang lain. Selanjutnya Mahkamah berpendapat bahwa suatu 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 sebuah kesatuan politik dan kesatuan hukum, yaitu:

- a. Keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- b. Substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan”.

Hal ini penting ditegaskan oleh Mahkamah karena secara historis, sebelum Indonesia merdeka, telah ada satuan pemerintahan yang bersifat istimewa seperti daerah *zelfbesturende landchappen* (daerah swaparaja) dan *volksgemeenschappen* (daerah masyarakat hukum adat) yang memiliki sistem pemerintahan sendiri. Namun, seiring dengan perkembangan zaman, daerah swapraja sebagian tetap menjadi daerah istimewa, sedangkan daerah masyarakat hukum adat yang semula dikategorikan sebagai daerah istimewa, saat ini tidak lagi dikategorikan sebagai daerah yang bersifat khusus dan istimewa karena saat ini banyak daerah *volksgemeenschappen* (daerah masyarakat hukum adat) yang sudah tidak ada lagi dan UUD 1945 telah mengeluarkan *volksgemeenschappen* dari rumpun daerah yang bersifat istimewa. Hal

ini ditunjukkan dengan mengatur secara terpisah daerah swapraja dan daerah kesatuan masyarakat hukum adat. Daerah swapraja diatur dalam Pasal 18B ayat (1) UUD 1945 dan eksistensi masyarakat hukum adat dan hak tradisonalnya yang salah satunya meliputi hak atas tanah ulayat, diatur dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945.

Keberadaan kedua jenis daerah ini tidak boleh mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia. Bagi masyarakat hukum adat, substansi norma hukum adatnya harus sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

C. MHA Dalam Pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi

Legal standing adalah keadaan di mana seseorang atau suatu pihak ditentukan memenuhi syarat dan oleh karena itu mempunyai hak untuk mengajukan permohonan perselisihan atau sengketa atau perkara di depan Mahkamah Konstitusi.¹³³ Pasal 24 C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memberikan wewenang pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar kepada Mahkamah Konstitusi. Selanjutnya pasal 51 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi antara lain menentukan bahwa “kesatuan masyarakat hukum adat” dapat menjadi pemohon apabila hak-hak konstitusionalnya

¹³³ Harjono, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa Pemikiran Hukum Dr. Harjono, S.H., M.CL., Wakil ketua MK*, (Jakarta : Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008), hlm. 176.

dilanggar atau dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang, tetapi harus memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) yang ditentukan.

Jimly Asshiddiqie, dalam bukunya “Model-Model Pengujian Konstitusional Di Berbagai Negara”¹³⁴, dengan mengutip pendapat Le Bridger, George Miszaras dan Maurice Sunkin, antara lain menyatakan bahwa “*Judicial Review*” terus berkembang dalam praktik di berbagai negara demokrasi yang pada umumnya yaitu “sebagai alat” bagi warga negara dapat mengoreksi terhadap pemerintahan otoriter (*oppressive*), dan sebagai alat utama yang memungkinkan badan peradilan mencegah dan mengontrol penyalahgunaan kekuasaan eksekutif. Selanjutnya dikatakan pula “berkenaan dengan hal tersebut, memang pengujian konstitusionalitas dapat dilakukan oleh siapa saja atau lembaga mana saja, tergantung kepada siapa atau lembaga mana kewenangan pengujian itu diberikan secara resmi oleh konstitusi suatu negara”.

Leonard W. Levy (ed) dalam bukunya berjudul “*Judicial Review and The Supreme Court*” menulis antara lain : “menurut Beard, *Judicial Review* atas kongres pasti sudah direncanakan sebab *judicial review* merupakan bagian dari sistem *checks and balances* yang ditetapkan *convention* : untuk melindungi kepentingan hak kepemilikan (*property*) terhadap serangan mayoritas. Sistem *check and balances* itu sendiri, yang tak pelak lagi merupakan elemen esensial dari konstitusi, dibangun di atas doktrin bahwa cabang pemerintahan rakyat

¹³⁴ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta, 2005), hlm.2, (selanjutnya disebut Jimly Asshiddiqie I).

tersebut tidak boleh berkuasa penuh, lebih-lebih dalam melaksanakan undang-undang yang menyentuh hak kepemilikan.

Pandangan ini menyiratkan bahwa doktrin konstitusionalisme yakni badan-badan yang dipilih oleh rakyat seperti Kongres di Amerika Serikat yang mempunyai kekuasaan membentuk undang-undang kekuasaannya dibatasi oleh konstitusi melalui sistem *check and balances*, dan dalam hal *judicial review* merupakan kewenangan *Supreme Court* (MA Amerika Serikat) yang berlangsung menurut konvensi ketatanegaraan.

Dengan demikian, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai pemohon dalam permohonan pengajuan undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 maka ada dua tolak ukur yang digunakan. *Pertama*, orang atau pihak tersebut lebih dahulu harus jelas :

- a. Kualifikasinya dalam permohonan *a quo*, apakah sebagai perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum publik/privat atau lembaga negara (sebagaimana dimaksud pasal 51 ayat (1) huruf b);
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dalam kualifikasi dimaksud yang dianggap telah dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang yang dimohonkan untuk diuji.

Kedua, harus kewenangan konstitusional yang dirugikan dengan berlakunya suatu undang-undang. Berdasarkan yurisprudensi Mahkamah

Konstitusi dalam putusan Nomor 06/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 serta putusan-putusan berikutnya telah menetapkan 5 (lima) syarat bagi adanya kerugian dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud oleh Pasal 51 ayat (1) UU MK, yaitu:

- (a) adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- (b) hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut dianggap dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang;
- (c) kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang berdasarkan penalaran yang wajar dipastikan akan terjadi;
- (d) ada hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian konstitusional Pemohon dan undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;
- (e) adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

Agar Pemohon *in casu* Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam pengujian undang-undang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*), maka harus memenuhi kedua ukuran yang telah ditetapkan oleh Mahkamah, baik ukuran yang didasarkan pada Pasal 51 ayat 1 huruf (b) UU MK maupun ukuran kerugian konstitusional yang ditetapkan oleh Mahkamah dalam

putusan Nomor 06/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 serta putusan-putusan berikutnya.

Namun, pada kenyataannya banyak sekali komunitas masyarakat hukum adat yang mengaku sebagai masyarakat hukum adat tetapi tidak memenuhi persyaratan sebagaimana telah diatur di dalam pasal 51 ayat (1) huruf b Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) dan putusan Nomor 06/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 sehingga seringkali putusannya adalah “tidak dapat diterima” (*Niet onvankelijk verklaard*).

Selanjutnya, permasalahan yang terkait dengan undang-undang tentang pemekaran dan pembentukan wilayah adalah permasalahan yang potensial diajukan ke Mahkamah Konstitusi oleh kesatuan masyarakat hukum adat. Hal ini dikarenakan pembentukan maupun pemekaran wilayah kadang kala terkait dengan tanah ulayat milik kesatuan masyarakat hukum adat di daerah itu. Misal tanah ulayat yang semula berada di Provinsi A, namun karena pemekaran terhadap Provinsi A menyebabkan Provinsi A terbagi menjadi dua, yaitu Provinsi A dan Provinsi B. Permasalahan selanjutnya adalah bagaimana status tanah ulayat yang ada di Provinsi B. Contoh kasus konkrit dapat kita lihat pada pemekaran Kabupaten Kampar. Sebelum dimekarkan pada tahun 1999, Kabupaten Kampar berbatasan langsung dengan Provinsi Sumatera Utara di sebelah utara dan dengan Provinsi Sumatera Barat di sebelah barat. Di sebelah timur, kabupaten ini berbatasan dengan

Kabupaten Indragiri Hilir. Ternyata batas-batas tersebut sangat mempengaruhi konfigurasi penduduk Kampar dari segi etnis, sekaligus dari segi lingkungan hukum adat. Suku Batak banyak berdiam di sebelah Utara, Suku Minangkabau di sebelah Barat dan Suku Melayu di sebelah Timur. Namun setelah dimekarkan, konfigurasi tersebut berubah dengan ditandai relatif dominannya suku Minangkabau dan Melayu.¹³⁵ Oleh karena itu, pemekaran yang berpatokan kepada wilayah kesatuan Masyarakat Hukum Adat tentu saja akan dan mesti melibatkan partisipasi Masyarakat Hukum Adat setempat untuk memastikan agar wilayah Masyarakat Hukum Adat tidak terbelah/terbagi oleh penetapan daerah otonom baru dan yang lebih penting menghindarkan penolakan dan konflik antara Masyarakat Hukum Adat.¹³⁶ Hal inilah yang memicu pengujian undang-undang tentang pemekaran maupun pembentukan wilayah oleh kesatuan masyarakat hukum adat.

Selain itu, ada juga permohonan terkait pembentukan dan pemekaran wilayah yang diajukan oleh selain kesatuan masyarakat hukum adat, yakni:

1. Perkara Nomor: 010/PUU-I/2003 tentang Pembentukan Kabupaten Palawan, Kabupaten Rokan Hulu, Kabupaten Rokan Hilir, Kabupaten Siak, Kabupaten Karimun Kabupaten Natuna, Kabupaten Kuantan Singingi, dan Kota Batam diajukan oleh Bupati Kampar.

¹³⁵ Rikardo Simarmata....Op.Cit,hlm.136-137.

¹³⁶ Zen Zanibar M.Z., "Makalah Masyarakat Hukum Adat yang disampaikan dalam acara *Focus Group Discussion* di Mahkamah Konstitusi,"3 Juni 2008, hlm.9-10.

2. Perkara Nomor 018/PUU-I/2003 tentang Pembentukan Propinsi Irian Jaya Tengah, Propinsi Irian Jaya Barat, Kabupaten Paniai, Kabupaten Mimika, Kabupaten Puncak Jaya, dan Kota Sorong, diubah dengan Undang-undang Nomor 5 Tahun 2000 Tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 45 Tahun 1999 tentang Pembentukan Irian Jaya Tengah, Propinsi Irian Jaya Barat, Kabupaten Paniai, Kabupaten Mimika, Kabupaten Puncak Jaya, dan Kota Sorong diajukan oleh Ketua DPRD Papua.
3. Perkara Nomor: 070/PUU-II/2004 tentang Pembentukan Provinsi Sulawesi Barat diajukan oleh badan hukum publik.
4. Perkara Nomor 016/PUU-III/2005 tentang Pembentukan Kota Singkawang diajukan oleh perorangan Warga Negara Indonesia.
5. Perkara Nomor 26/PUU-VI/2008 Pembentukan Kabupaten Tanah Bumbu dan Kabupaten Balangan Kalimantan Selatan diajukan oleh Pemerintah Kabupaten Banjar selaku badan hukum publik.
6. Perkara Nomor 123/PUU-VII/2009 tentang Pembentukan Kabupaten Seram Bagian Barat, dan Kabupaten Kepulauan Aru Di Provinsi Maluku diajukan oleh Pemerintah Daerah, DPRD dan perorangan Warga Negara Indonesia.
7. Perkara Nomor 19/PUU-X/2012 tentang Pembentukan Kabupaten Buton Utara di Provinsi Sulawesi Tenggara diajukan oleh Bupati Kepala Daerah Kabupaten Buton Utara.

Adapun perkara pengujian undang-undang tentang pemekaran dan pembentukan wilayah yang pemohon atau salah satu pemohonnya mengkualifikasikan diri sebagai kesatuan masyarakat hukum adat, yaitu:

1. Perkara nomor 31/PUU-V/2007 tentang Pembentukan Kota Tual.
2. Perkara nomor 6/PUU-VI/2008 tentang Pembentukan Kabupaten Buol, Kabupaten Morowali dan Kabupaten Banggai Kepulauan.
3. Perkara Nomor 18/PUU-VII/2009 tentang Pembentukan Kota Maybrat.
4. Perkara Nomor 127/PUU-VII/2009 tentang Pembentukan Kabupaten Tambrauw di Provinsi Papua Barat.
5. Perkara Nomor 4/PUU-VI/2008 tentang Pembentukan Kabupaten Samosir Dan Kabupaten Serdang Bedagai di Provinsi Sumatera Utara.

Dalam perkembangannya, pada pengujian undang-undang, Mahkamah Konstitusi pernah memutus permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual (selanjutnya disebut UU Kota Tual) Di Provinsi Maluku dengan nomor 31/PUU-V/2007. Putusan Mahkamah Konstitusi tentang pengujian UU Kota Tual ini menjadi *landmark decision*, karena dalam putusan ini Mahkamah membuat penafsiran tentang Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 terkait dengan pengakuan dan penghormatan terhadap Masyarakat Hukum Adat. Oleh karena itu, tolak ukur untuk menilai kualifikasi Pemohon sebagai kesatuan masyarakat hukum adat pada perkara-perkara selanjutnya didasarkan pada Putusan Nomor 31/PUU-V/2007 ini.

Meskipun demikian, sampai saat ini, belum ada Pemohon yang mengkualifikasikan diri sebagai kesatuan masyarakat hukum adat yang memenuhi ukuran kedudukan hukum (*legal standing*) berdasarkan pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang telah ditafsirkan Mahkamah dalam putusannya. Ini baru kedudukan hukum (*legal standing*) didasarkan pada Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK, belum lagi kedudukan hukum yang terkait dengan ada tidaknya kerugian konstitusional yang juga harus dibuktikan oleh kesatuan masyarakat hukum adat jika sudah memenuhi kedudukan hukum (*legal standing*) berdasar Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK. Dalam konteks ini, Pemohon harus membuktikan bahwa ia mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) sebagaimana disyaratkan dalam yurisprudensi Mahkamah dalam Putusan Nomor 06/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 serta putusan-putusan berikutnya.

Untuk mengetahui penafsiran Mahkamah terkait Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, berikut ini putusan Perkara 31/PUU-V/2007 (Pengujian Undang-Undang tentang Pembentukan Kota Tual).

Pada pengujian undang-undang, Mahkamah Konstitusi pernah memutus permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual (Selanjutnya disebut UU Kota Tual) Di Provinsi Maluku dengan nomor 31/PUU-V/2007. Putusan Mahkamah Konstitusi tentang pengujian UU Kota Tual ini menjadi *landmark decision*, karena dalam putusan ini Mahkamah membuat penafsiran tentang Pasal 18B

ayat (2) UUD 1945 terkait dengan pengakuan dan penghormatan terhadap Masyarakat Hukum Adat. Oleh karena itu, tolak ukur untuk menilai kualifikasi Pemohon sebagai kesatuan masyarakat hukum adat didasarkan pada Putusan Nomor 31/PUU-V/2007. Untuk mengetahui penafsiran Mahkamah terkait Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 dalam Putusan Nomor 31/PUU-V/2007, berikut akan diuraikan proses pengajuan permohonan sampai dengan putusan. Permohonan ini diajukan oleh:

1. **Abdul Hamid Rahayaan**, dalam hal ini bertindak dalam kedudukan dan jabatannya selaku Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dari dan oleh karenanya untuk dan atas nama serta mewakili Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Lor Lim (Lim Itel)*;
2. **Gasim Renuat**, dalam hal ini bertindak dalam kedudukan dan jabatannya selaku Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dari dan oleh karenanya untuk dan atas nama serta mewakili Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap Dullah*;
3. **Abdul Gani Refra**, dalam hal ini bertindak dalam kedudukan dan jabatannya selaku Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dari dan oleh karenanya untuk dan atas nama serta mewakili Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap Lo Ohoitel*.

Secara formal, ketiga Pemohon mengkualifikasikan dirinya sebagai Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat yang menganggap hak konstitusionalnya dirugikan dengan diundangkan dan berlakunya Undang-Undang Nomor 31 Tahun

2007 tentang Pembentukan Kota Tual (UU Kota Tual). Selanjutnya, terdapat beberapa alasan permohonan para Pemohon, yaitu :

1. UU Kota Tual yang membagi Kabupaten Maluku Tenggara menjadi Kabupaten Maluku Tenggara dan Kota Tual telah menimbulkan kerugian bagi para Pemohon karena terbagi/ terpecahnya daerah kekuasaan adat dan masyarakat hukum adat para Pemohon, yaitu:

- Daerah kekuasaan adat dan masyarakat hukum adat Pemohon I, *Ratschap* Tual terdiri dari 4 (empat) desa, yaitu Desa Tual, Desa Taar, Desa Ohoidertavun, Desa Ohoililir dan 3 (tiga) dusun, yaitu Dusun Mangon, Dusun Pulau Ut, Dusun Fair. Desa Tual dan Desa Taar, Dusun Mangon, Dusun Pulau Ut dan Dusun Fair masuk dalam wilayah Kota Tual, sedangkan Desa Ohoidertavun dan Desa Ohoililir masuk dalam wilayah Kabupaten Maluku Tenggara. *Ratschap* Yarbadang, terdiri dari 9 (sembilan) desa, yaitu Desa Tetoat, Desa Letvuan, Desa Wab, Desa Waurvut, Desa Evu, Desa Dian Pulau, Desa Tayando Yamru, Desa Tayando Yamtel, Desa Tayando Ohoiel, dan 6 (enam) dusun, yaitu: Dusun Dian Darat, Dusun Ngursit, Dusun Madwat, Dusun Ohoibadar, Dusun Wab Watngil, Dusun Arso. Desa Tayando Yamru, Desa Tayando Yamtel, Desa Tayando Ohoiel masuk dalam wilayah Kota Tual, sedangkan Desa Tetoat, Desa Letvuan, Desa Wab, Desa Waurvut, Desa Evu, Desa Dian Pulau, Dusun Dian Darat, Dusun Ngursit, Dusun Madwat, Dusun Ohoibadar, Dusun Wab Watngil dan Dusun Arso masuk dalam wilayah Kabupaten Maluku Tenggara.

- Daerah kekuasaan Pemohon II *Ratschap* Lo Ohoitel yaitu wilayah laut di Selat Nerong sebagian masuk dalam wilayah Kota Tual dan sebagian lagi masuk dalam wilayah Kabupaten Maluku Tenggara.
 - Daerah kekuasaan adat dan masyarakat hukum adat Pemohon III *Ratschap* Dullah yang terdiri dari 9 (sembilan) desa, yaitu Desa Dullah, Desa Warbal, Desa Dullah Laut, Desa Letman, Desa Tamedan, Desa Labetawi, Desa Ngadi, Desa Fiditan, Desa Tayando Langgiar, dan 2 (dua) dusun, yaitu Dusun Sidniohoi, Dusun Dudunwahan. Desa Dullah, Desa Dullah Laut, Desa Tamedan, Desa Labetawi, Desa Ngadi, Desa Fiditan, Desa Tayando Langgiar masuk dalam wilayah Kota Tual, sedangkan Desa Warbal, Desa Letman, Dusun Sidniohoi dan Dusun Dudunwahan masuk dalam wilayah Kabupaten Maluku Tenggara.
2. Dengan adanya pemekaran Kabupaten Maluku Tenggara menjadi Kabupaten Maluku Tenggara dan Kota Tual, masyarakat hukum adat para Pemohon yang berada di luar tempat kedudukan para Pemohon berpotensi untuk membentuk kesatuan masyarakat hukum adat sendiri lepas dari daerah kekuasaan adat dan masyarakat adat para Pemohon.
 3. Dengan demikian, negara telah tidak mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sebagaimana yang diatur dalam Pasal 18B ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945.

Selanjutnya, Pemohon mendalilkan bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK, Raja bertindak untuk dan atas nama serta mewakili Kesatuan

Masyarakat Hukum Adat *Lor Lim (Lim Itel)*, Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap Lo Ohoitel*, dan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap Dullah* mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan pengujian formil dan materiil UU Kota Tual terhadap UUD 1945 kepada Mahkamah Konstitusi.

Dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah berpendapat bahwa sebelum mempertimbangkan kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon, Mahkamah terlebih dahulu menentukan tipologi dan tolok ukur adanya kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 *juncto* Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK. Berikut pertimbangan hukum Mahkamah sebagaimana diuraikan dalam paragraf [3.15.2] **dan** [3.15.5] sebagai berikut:¹³⁷

“[3.15.2] Menimbang bahwa oleh karena Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 berbunyi, “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”, maka Mahkamah memandang perlu untuk menentukan kriteria atau tolok ukur terpenuhinya ketentuan Undang-Undang Dasar dimaksud yaitu bahwa kesatuan masyarakat hukum adat tersebut:

1. *masih hidup;*

¹³⁷ **Putusan Nomor 31/PUU-V/2007**

2. sesuai dengan perkembangan masyarakat;
3. sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan
4. ada pengaturan berdasarkan undang-undang.

[3.15.3] Menurut Mahkamah, suatu kesatuan masyarakat hukum adat untuk dapat dikatakan secara *de facto* masih hidup (*actual existence*) baik yang bersifat teritorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional setidaknya mengandung unsur-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 teritorial juga terdapat unsur (v) adanya wilayah tertentu.

[3.15.4] Mahkamah berpendapat bahwa kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dipandang sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut:

1. Keberadaannya **telah diakui berdasarkan undang-undang** yang berlaku sebagai pencerminan perkembangan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik undang-undang yang bersifat umum maupun bersifat sektoral, seperti bidang agraria, kehutanan, perikanan, dan lain-lain maupun dalam **peraturan daerah**;

2. *Substansi hak-hak tradisional tersebut diakui dan dihormati oleh warga kesatuan masyarakat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak-hak asasi manusia.*

[3.15.5] Menimbang bahwa Mahkamah berpendapat suatu 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 sebuah kesatuan politik dan kesatuan hukum yaitu:

1. *Keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia;*
2. *Substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan”.*

Dalam pertimbangan hukum perkara nomor 31/PUU-V/2007, Mahkamah menegaskan setidaknya ada lima kriteria agar masyarakat hukum adat dikatakan “masih hidup”, baik yang bersifat teritorial, geneologis, maupun yang bersifat fungsional maka secara *de facto* harus memenuhi kelima kriteria, yaitu:

1. *adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*);*
2. *adanya pranata pemerintahan adat;*
3. *adanya harta kekayaan dan/atau benda-benda adat;*

4. adanya perangkat norma hukum adat;
5. Khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial juga terdapat unsur adanya wilayah tertentu.

Jika salah satu unsur tidak dipenuhi maka kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan sudah tidak ada lagi dan bagi kesatuan masyarakat hukum adat yang sudah tidak ada, tidak dapat dihidupkan kembali. Hal ini dikarenakan pengakuan dan penghormatan negara terhadap kesatuan masyarakat hukum terbatas pada kesatuan masyarakat hukum adat yang masih hidup sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 pada frasa “*sepanjang masih idup*”. Berikut teks lengkap Pasal 18B ayat (2) UUD 1945:

”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”. Frasa “*sepanjang masih hidup*”.

Selain itu, kesatuan masyarakat hukum adat yang dimaksud bukanlah yang bersifat himpunan, melainkan harus yang mempunyai struktur yang hierarkis, sehingga akan mempunyai implikasi terhadap siapa yang berhak mewakili kesatuan masyarakat hukum adat tertentu dan siapa pula yang berhak mewakili kesatuan masyarakat hukum adat yang lain, serta dalam hal

apa pula wakil tersebut dapat mengatasnamakan kesatuan masyarakat hukum adat yang diwakilinya. Berikut kutipan pendapat Mahkamah.

*“...Menurut Mahkamah, dalam persidangan masih belum terungkap secara jelas susunan kesatuan masyarakat hukum adat yang di dalamnya para Pemohon terlibat. Susunan kesatuan **masyarakat hukum adat yang bersifat himpunan tidak sama dengan kesatuan masyarakat hukum adat yang berstruktur hirarkis.** Perbedaan tersebut tentu akan sangat berpengaruh terhadap pembagian atau hubungan kewenangan antara kepala kesatuan masyarakat hukum adat yang satu dan kepala kesatuan masyarakat hukum adat yang lain. Ungkapan bahwa “tidak ada raja di atas raja” yang disampaikan oleh saksi H.N. Renuat dalam persidangan, dan pernyataan bahwa para Pemohon membawahi beberapa desa, mengindikasikan masih adanya ketidakjelasan susunan kesatuan masyarakat hukum adat tersebut. Masing-masing susunan tersebut **tentunya akan mempunyai implikasi terhadap siapa yang berhak mewakili kesatuan masyarakat hukum adat tertentu dan siapa pula yang berhak mewakili kesatuan masyarakat hukum adat yang lain, serta dalam hal apa pula wakil tersebut dapat mengatasnamakan kesatuan masyarakat hukum adat yang diwakilinya...***

Oleh karena Pemohon tidak memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai kesatuan masyarakat hukum adat maka Mahkamah memutuskan permohonan para Pemohon tidak dapat diterima. Selain itu, Mahkamah juga berpendapat tidak mempertimbangkan pokok permohonan

tentang pengujian UU Kota Tual baik secara formil maupun materil karena para Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum untuk menguji konstitusionalitas UU *a quo*.

Dalam menafsirkan frasa “*sesuai dengan perkembangan masyarakat*”, Mahkamah menegaskan bahwa keberadaan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dikatakan sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila memenuhi dua syarat, yaitu, *pertama*, telah diakui berdasarkan undang-undang yang berlaku sebagai pencerminan perkembangan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik undang-undang yang bersifat umum maupun bersifat sektoral, seperti bidang agraria, kehutanan, perikanan, dan lain-lain maupun dalam peraturan daerah. Ada yang menarik dari penafsiran Mahkamah ini, yaitu Mahkamah membolehkan pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat dalam peraturan daerah selain diatur dalam undang-undang yang bersifat umum maupun undang-undang yang bersifat sektoral sebagaimana diatur dalam Putusan Nomor 31/PUU-V/2007, Paragraf [3.15.4]. Padahal dalam UUD 1945, pengaturan tentang kesatuan masyarakat hukum adat harus diatur dalam undang-undang. Namun jika melihat waktu kelahiran Perda yang lahir sebelum perubahan konstitusi, hal ini merupakan suatu yang wajar terjadi dan setelah perubahan konstitusi, Perda-Perda itu pun tidak dicabut. Oleh karena itu, Perda menjadi salah satu dasar hukum untuk menunjukkan bahwa kesatuan masyarakat hukum adat itu masih eksis.

Kedua, apabila substansi hak-hak tradisional tersebut diakui dan dihormati oleh warga kesatuan masyarakat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak-hak asasi manusia, maka hak-hak tradisional kesatuan masyarakat hukum adat antara lain sebagai berikut:

- a. Hak untuk “menguasai” (memiliki, mengendalikan) & mengelola (menjaga, memanfaatkan) tanah dan sumber daya alam di wilayah adatnya;
- b. Hak untuk mengatur diri sendiri sesuai dengan hukum adat (termasuk peradilan adat) dan aturan-aturan adat yang disepakati bersama oleh masyarakat adat;
- c. Hak untuk mengurus diri sendiri berdasarkan sistem kepengurusan/ kelembagaan adat;
- d. Hak atas identitas, budaya, sistem kepercayaan (agama), sistem pengetahuan (kearifan tradisional) dan bahasa asli.

Dari perkara-perkara yang terkait dengan isu pemekaran wilayah ini, para Pemohon dalam perkara nomor 31/PUU-V/2007 yang mengkuilifikasi sebagai ketua kesatuan masyarakat hukum adat tidak dapat membuktikan dirinya bahwa benar Pemohon sebagai ketua kesatuan masyarakat hukum adat dan juga tidak menyanggah argumentasi berbagai pihak yang menyatakan para Pemohon tidak mempunyai kapasitas untuk mewakili kesatuan masyarakat hukum adat sebagaimana klaim para Pemohon dalam

permohonannya. Oleh karenanya amar putusan Mahkamah adalah “tidak dapat diterima”. Seandainya pun para Pemohon mempunyai kedudukan hukum sebagai pihak yang berhak mewakili kesatuan masyarakat hukum adat, para Pemohon dituntut untuk membuktikan kerugian konstitusional yang diderita atau berlakunya Undang-Undang tentang pemekaran tersebut.

Dalam pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi, agar Pemohon memiliki kedudukan hukum dalam mengajukan permohonan, selain harus memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) sebagaimana ditentukan dalam Pasal 51 ayat (1) huruf b, Pemohon juga harus memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) terkait dengan 5 (lima) syarat kerugian konstitusional yang dialami Pemohon sebagaimana diatur dalam yurisprudensi Mahkamah. Namun, sampai saat ini belum ada Pemohon yang mengkualifikasi dirinya sebagai kesatuan masyarakat hukum adat sampai pada tahap pembuktian 5 (lima) syarat kerugian konstitusional karena semuanya berhenti pada tahap kedudukan hukum (*legal standing*) pemohon sebagai kesatuan masyarakat hukum adat. Begitu Pemohon yang tidak bisa mengkualifikasi dirinya sebagai kesatuan masyarakat hukum adat, maka Mahkamah Konstitusi tidak akan mempertimbangkan pokok permohonan Pemohon. Namun secara umum penjelasan tentang 5 (lima) syarat kerugian konstitusional dapat dijelaskan sebagai berikut:

Berdasarkan yurisprudensi Mahkamah Konstitusi dalam putusan Nomor 06/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 serta putusan-

putusan berikutnya telah menetapkan 5 (lima) syarat adanya kerugian dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud oleh Pasal 51 ayat (1) UU MK, yaitu:

1. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945. Pemohon harus menguraikan kewenangan konstitusional yang dimilikinya berdasarkan UUD 1945.
2. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut dianggap dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang;
3. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang berdasarkan penalaran yang wajar dipastikan akan terjadi;
4. ada hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian konstitusional Pemohon dan undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;
5. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

Kelima syarat kerugian konstitusional itu bersifat kumulatif, sehingga jika satu syarat dari kelima syarat itu tidak terpenuhi maka Mahkamah Konstitusi akan menyatakan bahwa permohonan Pemohon tidak dapat diterima. Oleh karena itu, memang tidak mudah bagi kesatuan masyarakat hukum adat untuk memperoleh kedudukan hukum dalam perkara pengujian

Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi karena persyaratan yang ditetapkan cukup berat, sehingga jarang sekali ada Pemohon dalam pengajuan permohonan pengujian Undang-Undang di Mahkamah Konstitusi mengkualifikasikan dirinya sebagai kesatuan masyarakat hukum adat. Misal, dalam perkara Nomor 10/PUU-VII/2009 tentang Pengujian UU Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pornografi, semula para Pemohon mengkualifikasikan dirinya sebagai kesatuan masyarakat hukum adat, namun setelah persidangan pertama, para Pemohon tidak lagi mengkualifikasi dirinya sebagai kesatuan masyarakat hukum adat, melainkan sebagai sekelompok orang yang memiliki kepentingan yang sama. Ini menunjukkan betapa sulitnya membuktikan diri sebagai kesatuan masyarakat hukum adat dalam berperkara di Mahkamah Konstitusi.

Untuk kali pertama, pada tanggal 20 September 2011, Mahkamah Konstitusi mengakui kedudukan hukum suatu Kesatuan Masyarakat Adat yakni Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Yawa Onat yang berada di wilayah Pemerintahan Kabupaten Kepulauan Yapen, Provinsi Papua. Majelis mengabulkan permohonan para pemohon untuk seluruhnya (vide Putusan MK No. 29/PUU-IX/2011 dalam perkara permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 yang telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2008 yang ditetapkan dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2008 tentang Otonomi Khusus Bagi

Provinsi Papua terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945).

Pokok permohonan para Pemohon adalah menguji Pasal 20 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 sebagaimana telah diubah dengan Perpu Nomor 1 Tahun 2008 yang ditetapkan dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2008 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 135 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4151) (selanjutnya disebut UU 21/2001), yang menyatakan: “*MRP mempunyai tugas dan wewenang: memberikan pertimbangan dan persetujuan terhadap bakal calon Gubernur dan Wakil Gubernur yang diusulkan oleh DPRP*”. Menurut para Pemohon pasal *a quo* bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945), yaitu Pasal 18B ayat (2) yang menyatakan: “*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*”; dan Pasal 28D ayat (3) yang menyatakan: “*Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan*”;

Dalam pertimbangan hukum, Mahkamah berpendapat bahwa para Pemohon adalah perseorangan warga negara Indonesia serta kesatuan masyarakat hukum adat yang menganggap hak dan/atau kewenangan

konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Pasal 20 ayat (1) huruf a UU 21/2001 dengan alasan pokok sebagai berikut:

- Pemohon I adalah Kepala Suku Yawa Onat yang membawahi 38 (tiga puluh delapan) Kampung Adat, yang di dalamnya termasuk marga Tanawani dan marga Mora, dalam wilayah Pemerintahan Kabupaten Kepulauan Yapen, Provinsi Papua, adalah kesatuan Masyarakat Hukum Adat yang merasa dirugikan hak-hak konstitusionalnya sebagai masyarakat hukum adat yang telah lama ada dan secara nyata hidup dan berkembang dalam lingkup Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sebagai masyarakat hukum adat, Pemohon I konsisten menegakkan norma-norma hukum adat di antara para anggota masyarakat hukum adat. Berdasarkan kewenangan Majelis Rakyat Papua (selanjutnya disebut MRP) yang ditentukan dalam Pasal 20 ayat (1) huruf a UU 21/2001 *a quo* yang menolak Pemohon II untuk menjadi calon Wakil Gubernur Provinsi Papua dan menolak penerimaan dan pengakuan Pemohon I sebagai orang asli Papua, sehingga mengakibatkan hak konstitusional para Pemohon berdasarkan Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945 dirugikan;
- Berdasarkan dalil-dalil permohonan para Pemohon tersebut, menurut Mahkamah para Pemohon mengalami kerugian konstitusional yang bersifat spesifik, yaitu kerugian hak konstitusional kesatuan masyarakat hukum adat Yawa Onat (Pemohon I) mengakui dan menerima seseorang

(Pemohon II) untuk menjadi anggota kesatuan masyarakat adat Yawa Onat, serta kerugian konstitusional yang bersifat spesifik juga dialami Pemohon II, karena hilangnya hak konstitusional Pemohon II memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan yaitu menjadi calon Wakil Gubernur Provinsi Papua. Dengan kemungkinan dikabulkannya permohonan dari para Pemohon, maka kerugian konstitusional sebagaimana diuraikan di atas tidak akan terjadi lagi pada masa mendatang;

- Berdasarkan uraian di atas, menurut Mahkamah para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk dapat bertindak sebagai Pemohon dalam Pengujian Undang-Undang *a quo*;

Dalam perkara ini, MK tidak menerapkan secara **rigid** tentang kriteria kesatuan masyarakat hukum adat sebagaimana telah dirumuskan dalam Perkara 31/PUU-V/2007 (Pembentukan Kota Tual) dan juga tidak ada pertimbangan hukum MK akan klasifikasi Pemohon sebagai kesatuan masyarakat hukum adat sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat (1) butir b UU 24/2003 *juncto* UU 8/2011 tentang Perubahan UU 24/2003. Dalam menilai status kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon I MK hanya mempertimbangkan bahwa Pemohon I menderita kerugian konstitusional yang bersifat spesifik. Menurut pengetahuan umum (*common sense*) memang eksistensi Kesatuan masyarakat hukum adat di Papua tidak diragukan lagi. Barangkali hal inilah yang melatar belakangi mengapa MK tidak secara rigid menilai kedudukan hukum

Pemohon. Namun demikian, Pergeseran penilaian MK terhadap kedudukan hukum masyarakat hukum adat yang semula rigid menjadi fleksibel telah membawa angin segar bagi perlindungan hak-hak konstitusional masyarakat hukum adat di masa depan.

C. Putusan MK yang Melindungi Hak-Hak Tradisional Masyarakat Hukum Adat

Dalam perkembangan pengujian undang-undang di MK, sejak 2003-2012 ada perkara-perkara dimana Pemohonnya mengklasifikasikan dirinya sebagai Kesatuan Masyarakat Hukum Adat, sebagaimana telah diuraikan di atas. Tetapi ada juga perkara yang Pemohonnya bukan masyarakat hukum adat, namun Pasal yang diuji terkait dengan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat. Selain itu ada pula perkara perselisihan hasil pemilihan umum yang terkait dengan pengakuan dan perlindungan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat dalam menggunakan hak pilihnya. Berikut ini akan diuraikan beberapa putusan MK terkait hal-hal tersebut.

1. Putusan Nomor 34/PUU-IX/2011

Mahkamah Konstitusi mengabulkan sebagian permohonan Pemohon perkara Nomor 34/PUU-IX/2011 dalam pengujian Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan dengan putusan *conditionally unconstitutional* atau inkonstitusional bersyarat. Artinya menurut MK, Pasal 4 ayat (3) UU 41/1999 tentang Kehutanan bertentangan dengan UUD 1945 jika tidak

dimaknai memuat pula hak masyarakat yang diberikan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Berikut amar putusannya.

“Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 167, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3888) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai, “Penguasaan hutan oleh Negara tetap wajib melindungi, menghormati, dan memenuhi hak masyarakat hukum adat, sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya, hak masyarakat yang diberikan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, serta tidak bertentangan dengan kepentingan nasional”.

Sebelumnya, Pemohon dalam positanya meminta agar dalam pasal *a quo*, selain memperhatikan hak-hak masyarakat hukum adat seharusnya juga memperhatikan pengakuan hak atas tanah yang telah terbebani hak berdasarkan Undang-Undang seperti hak milik, hak guna bangunan, hak guna usaha, dan hak-hak lainnya atas tanah sehingga Pemohon tidak dirugikan hak konstitusionalnya. Memang putusan MK ini hanya bersifat menegaskan kembali perlindungan dan penghormatan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat yang telah tertuang dalam Pasal 4 ayat (3) UU 41/1999 tentang Kehutanan ditambah dengan pengakuan akan hak-hak masyarakat yang diberikan Undang-Undang seperti hak milik, hak guna bangunan, hak guna usaha, dan hak-hak lainnya atas tanah. Sehingga dalam melakukan

pengukuhan kawasan hutan, pemerintah wajib menyertakan pendapat masyarakat terlebih dahulu sebagai bentuk fungsi kontrol terhadap Pemerintah untuk memastikan dipenuhinya hak-hak konstitusional warga negara baik berupa hak milik, hak ulayat, serta hak-hak lain menurut ketentuan peraturan perundang-undangan seperti Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai.

2. Putusan No 55/PUU-VIII/2010

Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan para Pemohon perkara Nomor 55/PUU-VIII/2010 dalam pengujian Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan (UU 18/2004).

Dalam permohonannya, para Pemohon mendalilkan sebagai perorangan warga negara Indonesia yang secara faktual berdomisili di wilayah perkebunan dan memiliki lahan di sekitar wilayah perkebunan.¹³⁸ Para Pemohon seringkali terlibat konflik dengan perusahaan perkebunan dan telah

¹³⁸ Pemohon II merupakan Sekretaris Jenderal Aliansi Masyarakat Adat Jelai Kendawangan (AMA JK) Ketapang. Pemohon II bersama-sama Masyarakat Adat Silat Hulu, Desa Bantan Sari, Kecamatan Marau, Kabupaten Ketapang, Kalimantan Barat giat memimpindikembalikannya tanah-tanah yang dirampas dan digunakan perusahaan perkebunan swasta sebagai lahan perkebunan. Pemohon II bersama-sama dengan masyarakat lainnya telah melakukan berbagai upaya untuk mencegah dan menghentikan pengrusakan dan penggusuran tanah adat masyarakat Silat Hulu, baik melalui musyawarah, audiensi, tuntutan langsung ataupun laporan kepada pemerintah daerah serta Komnas HAM, namun tidak pernah dihiraukan. Meskipun demikian, dalam perkara ini, Pemohon II tidak mengklasifikasikan dirinya sebagai Kesatuan Masyarakat Hukum Adat, melainkan sebagai perorangan warga negara Indonesia. Memang Pemohon II hanya berkedudukan sebagai Sekretaris Jenderal dari sebuah aliansi Masyarakat Adat. Artinya bukan “kesatuan” masyarakat hukum adat. Aliansi adalah semacam himpunan yang tidak dapat mewakili kesatuan masyarakat hukum adat. Namun demikian, bercermin pada perkara lalu, memang sulit sekali membuktikan Pemohon sebagai Kesatuan Masyarakat Hukum Adat, akibatnya ada beberapa pemohon yang sebenarnya bisa diklasifikasikan sebagai Kesatuan Masyarakat Hukum adat, tetapi lebih memilih mengklasifikasikan diri sebagai perorangan Warga Negara Indonesia yang memang tidak sulit untuk membuktikan kedudukan hukum sebagai Warga Negara Indonesia itu.

disangka dan didakwa dengan ketentuan Pasal 21, Penjelasan Pasal 21 sepanjang frasa “Yang dimaksud dengan penggunaan tanah perkebunan tanpa izin adalah tindakan okupasi tanah tanpa seizin pemilik hak sesuai dengan peraturan perundang-undangan” dan Pasal 47 ayat (1) dan ayat (2) UU 18/2004. Padahal dalam wilayah perkebunan itu juga terdapat tanah ulayat yang keberadaannya diakui dan dilindungi oleh undang-undang ini.

Menurut para Pemohon dalam positanya, Pasal 21 dan Pasal 47 ayat (1) dan ayat (2) UU 18/2004 dirumuskan secara samar-samar dan tidak dijelaskan secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang dikualifikasi sebagai tindak pidana serta pengertiannya terlalu luas dan rumit. Sehingga, setiap upaya dan usaha yang dilakukan “setiap orang” dalam mempertahankan dan memperjuangkan hak atas tanahnya dapat dikualifikasi sebagai perbuatan *“melakukan tindakan yang berakibat pada kerusakan kebun dan/atau aset lainnya, penggunaan tanah perkebunan tanpa izin dan/atau tindakan lainnya yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan”*. Sehingga dapat ditafsirkan secara terbuka dan luas oleh penguasa dan perusahaan perkebunan.

Pasal 21

“Setiap orang dilarang melakukan tindakan yang berakibat pada kerusakan kebun dan/atau aset lainnya, penggunaan tanah perkebunan tanpa izin dan/atau tindakan lainnya yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan”

Penjelasan Pasal 21

Yang dimaksud dengan tindakan yang mengakibatkan pada kerusakan kebun adalah suatu perbuatan yang menimbulkan kerusakan pada tanaman, antara lain, penebangan pohon, panen paksa, atau pembakaran sehingga kebun tidak dapat berfungsi sebagaimana mestinya. Yang dimaksud dengan penggunaan tanah perkebunan tanpa izin adalah tindakan okupasi tanah tanpa seizin pemilik hak sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Yang dimaksud dengan tindakan lain yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan adalah, antara lain, tindakan yang mengganggu pekerja sehingga tidak dapat melakukan panen atau pemeliharaan kebun sebagaimana mestinya”;

Pasal 47 ayat (1) dan (2):

(1) “Setiap orang yang dengan sengaja melanggar larangan melakukan tindakan yang berakibat pada kerusakan kebun dan/atau aset lainnya, penggunaan lahan perkebunan tanpa izin dan/atau tindakan lainnya yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21, diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling banyak Rp.5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)”.

(2) “Setiap orang yang karena kelalaiannya melakukan tindakan yang berakibat pada kerusakan kebun dan/atau aset lainnya, penggunaan lahan perkebunan tanpa izin dan/atau tindakan lainnya yang mengakibatkan terganggunya usaha perkebunan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21, diancam dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun 6 (enam) bulan

dan denda paling banyak Rp 2.500.000.000,00 (dua miliar lima ratus juta rupiah)”.

Pada akhirnya MK, mengabulkan permohonan para Pemohon dan menyatakan Pasal 21 beserta penjelasannya, Pasal 47 ayat (1) dan ayat (2) UU 18/2004 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kedudukan hukum mengikat setelah mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut¹³⁹:

1. Masalah pendudukan tanah tanpa izin pemilik sangat beragam sehingga penyelesaiannya seharusnya mempertimbangkan keadaan yang berbeda. Ada yang memperolehnya menurut hukum adat, ada yang memperolehnya berdasarkan keadaan darurat yang telah diizinkan oleh penguasa, ada yang karena ketidakjelasan wilayah adat dengan wilayah yang langsung dikuasai oleh negara. Kasus yang saat ini timbul disebabkan oleh tiadanya batas yang jelas antara wilayah hak ulayat dan hak individual berdasarkan hukum adat dengan hak-hak baru yang diberikan oleh negara berdasarkan ketentuan perundang-undangan.
2. Pasal 47 ayat (2) Undang-Undang a quo tidak tepat jika hal tersebut dikenakan terhadap orang yang menduduki tanah berdasarkan hukum adat karena timbulnya hak-hak adat adalah atas dasar *ipso facto*. Artinya seseorang membuka, mengerjakan dan memanen hasilnya atas kenyataan bahwa ia telah mengerjakan tanah tersebut secara intensif dalam waktu

¹³⁹ Paragraf [3.15.1] Putusan No 55/PUU-VIII/2010

yang lama, sehingga hubungan seseorang dengan tanah semakin intensif, sebaliknya hubungan tanah dengan hak ulayat semakin lemah. Adapun pemberian hak-hak baru dalam bentuk hak guna usaha atau hak pakai berdasarkan *ipso jure*, yang mendasarkan diri pada ketentuan perundang-undangan.

3. Sudah sewajarnya jika perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat sebagai hak-hak tradisional mereka yang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dalam kerangka negara kesatuan Republik Indonesia dalam bentuk Undang-Undang segera dapat diwujudkan, agar dengan demikian ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 mampu menolong keadaan hak-hak masyarakat hukum adat yang semakin termarginalisasi dan dalam kerangka mempertahankan pluralisme kehidupan berbangsa dan bernegara. Untuk mengatasi persoalan sengketa pemilikan tanah perkebunan yang berhubungan dengan hak ulayat seharusnya negara konsisten dengan Penjelasan Pasal 9 ayat (2) Undang-Undang Perkebunan tentang eksistensi masyarakat hukum adat.

3. Putusan No 3/PUU-VIII/2010

Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan para Pemohon perkara Nomor 3/PUU-VIII/2010 dalam pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil (UU 27/2007). Dalam perkara, yang menjadi sorotan adalah mengenai hak pengusahaan perairan pesisir (HP3). Kesemua pasal yang mengatur tentang

HP3 ini telah dibatalkan oleh MK karena meskipun HP3 diberikan kepada masyarakat adat namun, akan tetapi HP3 dapat dialihkan atau diserahkan dalam bentuk pembayaran ganti rugi sehingga akan mereduksi bahkan menghilangkan hak-hak tradisional masyarakat hukum adat yang bersifat turun temurun, padahal hak-hak tersebut mempunyai karakteristik tertentu, yaitu tidak dapat dihilangkan selama masyarakat itu masih ada. Oleh karena itu untuk menjamin perlindungan terhadap hak-hak tradisional masyarakat hukum adat agar tidak tereduksi dan hilang maka MK mengganti HP3 ini dengan mekanisme perizinan.

Lagipula, menurut Mahkamah konsep demikian, akan membatasi hak-hak tradisional masyarakat dalam batasan waktu tertentu menurut ketentuan pemberian HP-3, yaitu 20 tahun dan dapat diperpanjang. Konsep ini bertentangan dengan konsep hak ulayat dan hak-hak tradisional rakyat yang tidak bisa dibatasi karena dapat dinikmati secara turun temurun. Demikian juga mengenai konsep ganti kerugian terhadap masyarakat yang memiliki hak-hak tradisional atas wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, akan menghilangkan hak-hak tradisional rakyat yang seharusnya dinikmati secara turun temurun (*just saving principle*), karena dengan pemberian ganti kerugian maka hak tersebut hanya dinikmati oleh masyarakat penerima ganti kerugian pada saat itu. Hal itu juga bertentangan dengan prinsip hak-hak tradisional yang berlaku secara turun temurun, yang menurut Mahkamah bertentangan dengan jiwa Pasal 18B UUD 1945 yang mengakui dan

menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya. Di samping itu, dengan konsep HP-3 dapat menghilangkan kesempatan bagi masyarakat adat dan masyarakat tradisional yang menggantungkan kehidupannya pada wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil, sehingga bertentangan dengan Pasal 28A UUD 1945.

KESIMPULAN

Berdasarkan pembahasan di atas dengan mengacu pada tiga permasalahan pokok dalam penelitian ini, aktualisasi masyarakat hukum adat sebagai kajian hukum dan keadilan terhadap status masyarakat hukum adat sebagai *legal standing* dan hak-hak konstitusionalnya, memerlukan pemahaman terlebih dahulu terkait konsepsi hukum, keadilan, dan masyarakat hukum adat.

Dalam penelitian ini hukum dimaknai sebagai sekumpulan peraturan hukum tertulis, yang identik dengan undang-undang merupakan suatu kesepakatan atau putusan dari lembaga legislative, kewenangan DPR, lembaga eksekutif, kewenangan pemerintah dari tingkat pusat dan daerah, serta putusan lembaga yudikatif, maupun peraturan-peraturan tidak tertulis (*unwritten law*) yang mewujud dalam berbagai peraturan hukum kebiasaan (*customary rule*) dan tingkah laku yang mengikat, dipatuhi masyarakat karena memiliki daya paksa, karena adanya sanksi. Sebagai alat analisis, sifat peraturan hukum yang tertulis dibedakan ke dalam peraturan hukum yang primer (*primary rule*) atau norma

hukum imperatif (*imperative norm*), dan peraturan hukum sekunder (*secondary rule*) atau norma hukum bersifat fakultatif (*facultative norm*). Peraturan hukum primer dimaknai sebagai peraturan terdiri dari norma perintah dan larangan yang sifatnya jelas, tegas, dan tidak menimbulkan penafsiran. Sedangkan peraturan hukum sekunder atau fakultatif adalah peraturan-peraturan hukum yang mengandung norma-norma pelengkap dan/atau bersifat kondisional, sehingga dapat menimbulkan multi tafsir. Konsep keadilan substantif (nilai-nilai keadilan baik yang berada dalam teks maupun yang berada di luar peraturan perundang-undangan mengandung nilai kebenaran, kebajikan dan kepatutan), dan keadilan prosedural (prosedur dan mekanisme suatu badan atau lembaga peradilan yang secara fungsional memformulasikan hukum ke dalam suatu kasus-kasus kongkrit sehingga dapat melahirkan suatu putusan yang baik).

Adapun beberapa kesimpulan yang dapat dikemukakan dalam penelitian ini sebagai berikut; Pertama, secara *das sollen*, MHA dimaknai sebagai sekelompok masyarakat yang memiliki kesamaan perasaan (*feeling in a group*), untuk tinggal di suatu wilayah tertentu, baik karena adanya hubungan darah atau kekerabatan (*geneologis*), marga dan klan, dan/atau hubungan wilayah (*geologis*), memiliki berbagai peraturan hukum adat, baik yang menetapkan hak dan kewenangan serta kewajiban-kewajiban untuk penguasaan, pemilikan, pemanfaatan, terhadap hak-hak tradisional bersifat kebendaan (*materiel*) benda benda bergerak (*removeable good*) dan tidak bergerak maupun terhadap hak-hak non-kebendaan (*immaterial*), disertai adanya perangkat atau pranata sosial,

termasuk kepemimpinan/pemerintah adat, dan tersedianya lembaga peradilan adat yang diakui dan dipatuhi. Konseptualisasi MHA tersebut mengakomodir rumusan awal Van Vollenhoven dan ahli adat lainnya tidak dapat dipastikan. Fakta bahwa penggolongan MHA kedalam 19 golongan, tidak berkesesuaian dengan 250 MHA dalam penjelasan UUD 1945, dan bukti lain di daerah Lampung ada 70 MHA.

Situasi ini timbul karena sistem politik Orde Baru yang sentralistik, diperkuat oleh UU No. 5 Tahun 1979. Sebagai upaya untuk menyeragamkan format pemerintah desa yang diterapkan telah menggerus MHA, termasuk hak-hak tradisionalnya. Tak kalah pentingnya adalah UU pertambangan dan UU Investasi yang dibuat pasca tahun 1960-an dipandang telah berkontribusi terhadap fakta memarjinalisasi MHA. Meskipun demikian, imbas penyeragaman pemerintahan desa tidaklah berarti bahwa MHA seluruhnya musnah. Di berbagai daerah tertentu suku-suku yang terasing seperti suku Anak Dalam di Jambi, suku Sakai di Pekanbaru, suku Badui di Jawa Barat, suku Tengger di Jawa Timur, Suku Dayak di Kalimantan, dan suku Dani serta suku Asmat di Papua tidak keluar dari definisi MHA. Ciri-ciri MHA yang merujuk pada suku terasing tersebut antara lain mempunyai tempat atau wilayah sebagai tempat bermukim, asal usul ras dan suku (Melayu atau Melanisia), agama dan kepercayaan yang masih singkretik, silsilah keluarga atau kerabat, pemimpin (tetua adat, datuk, *pasirah*, *big mau* di Papua), penggunaan bahasa, hukum adat yang di patuhi sebagai pranata sosial yang mengatur kehidupan bersama. Negara tidak saja

berkewajiban untuk memenuhi hak-hak konstitusional, tetapi juga hak-hak tradisionalnya secara jelas dan pasti. Prinsip-prinsip hukum adat yang berlaku bagi MHA umumnya memiliki ciri antara lain. Magis dan keagamaan (*magis religious*), nyata atau konkrit (*concrete*), kontan atau tunai, (*cash*), keberlakuan ajeg (*constant*) dan fleksibel (*flexible*). Kurang atau tidak menjadi pengetahuan masyarakat lokal.

Kedua, pengaturan pengakuan dan penghormatan Negara terhadap MHA dan hak-hak tradisionalnya sebagaimana telah diatur dalam Pasal 18 UUD 1945, dan utamanya Pasal 18B ayat (2) Paska amandemen 1990-2002 tidak memberikan kepastian hukum. Di satu pihak, ketidakpastian hukum timbul karena norma hukum tertuang di dalam Pasal 18B ayat (2) bersifat fakultatif dan/atau norma hukum kondisional (*conditional constitution*) dengan pembebanan beberapa syarat karena muatan materi diformulasikan dalam UUD tidak bersifat norma imperatif. Status MHA sangat sulit untuk memperoleh *legal standing* mengingat adanya tuntutan sepanjang masih ada dan berkesesuaian dengan perkembangan masyarakat dan nilai-nilai NKRI, dan diatur dalam undang-undang. Penjabaran lebih lanjut dalam UU Sektoral dan Peraturan Pemerintah tidak member jalan keluar atas status MHA. Status, fungsi, dan kewenangan tradisional MHA secara *das sollen* memperoleh jaminan kepastian hukum didasarkan pada 6 UU sektoral yaitu UU Perkebunan, UU Perlindungan dan Pengolahan Lingkungan Hidup, UU Guru dan Dosen, UU Pengacara, UU Pemerintah Daerah. Secara tegas MHA diakui sebagai subyek hak seperti Subak

di Bali dan komunitasnya termasuk yang berkaitan dengan hak ulayat (tanah, hutan, air, kebun) dan MHA secara khusus seperti daerah pesisir dan daerah pulau-pulau terpencil serta perbatasan wilayah.

Sementara itu, pengakuan MHA di negara-negara tetangga seperti suku Maori di New Zealand, suku Aborigin di Australia dan Kanada, suku Sami di Norwegia, telah memperoleh pengakuan dalam UU-nya, tetapi sebelum menjadi negara bangsa, suku asli telah memiliki perjanjian internasional dengan penjajahnya. Instrumen hukum dalam negeri, UUD, UU, dan putusan Mahkamah Agung telah dijadikan sumber hukum, yang melindungi status, fungsi dan kewenangannya MHA sejajar dengan hak-hak warga negaranya.

Ketiga, dalam ranah *das sein* atau implementasinya hak-hak dan kewenangan MHA terbukti sangat rigid sehingga hak-hak tradisionalnya belum dapat diperoleh secara wajar. Ada tiga alasan mengapa hak-hak dan kewenangan MHA belum efektif. Pertama, ketidakjelasan konsep kesatuan masyarakat hukum adat (KMHA) yang sejak mula dirumuskan oleh Van Vollenhoven hingga jumlah KMHA dalam penjelasan UUD 1945 hingga perubahan Pasal 18 hingga 18B ayat (2). Kedua, dalam banyak UU seperti UU Pokok Kehutanan, UU Pokok Air, UU Sumber Daya Air umumnya hanya menegaskan hak-hak dan kewenangan MHA. Instrumen hukum yang ada tersebut tampak jelas tidak memperlakukan MHA sederajat dengan masyarakat lainnya. Faktanya begitu banyak pasal-pasal yang mengakui MHA dan kewenangannya, tetapi syarat masih hidup berkesesuaian dengan nilai-nilai masyarakat dan NKRI diatur dalam UU menyulitkan MHA.

Selain itu, begitu banyak pasal-pasal tentang pengakuan yang substansinya menegaskan MHA sebagai akibat dari kewenangan yang diberikan, termasuk ganti rugi atas tanah dan hanya mungkin dilakukan bilamana tidak bertentangan dengan UU, tidak bertentangan dengan kepentingan umum, dan/atau tidak merugikan pemerintah pusat maupun daerah. Pasal-pasal yang sifatnya kondisional tersebut membuktikan bahwa negara dan subyek hukum lainnya, umumnya harus diutamakan. Hak-hak dan kewenangan MHA tidak akan terimplementasikan mengingat persyaratan yang dibebankannya terlalu berat, juga menunjukkan norma-norma hukum tidak berkeadilan. Mekanisme pengakuan MHA dan kewenangan yang rigid dalam UUD 1945 sebelum dan sesudah amandeman, dan UU Sektorial lainnya mengalami nasib yang sama ketika MHA mengajukan uji materiil UU ke MK RI. Dari tujuh belas kasus yang dilakukan uji materiil umumnya terkait dengan gugatan UU Pemekaran Wilayah, MK nyaris tidak mengabulkan permohonan hak-hak dan kewenangan MHA. Empat hasil uji materiil yang dimenangkan atas hak-hak adat oleh pemohon menunjukkan bahwa MK tidak konsisten. Keempat kasus putusan MK 127/PUU/VII/2009 tentang kepala-kepala adat di Kabupaten Tandrauw, 34/PUU/IX/2011 tentang perseorangan pengakuan hak atas tanah selain tanah adat berdasarkan (UU No. 41 Tahun 1995) tentang Kehutanan, 55/PUU/VIII/2010, perseorangan atas nama Japin, Vitalis Andi, 3/PUU/VII/2010 tentang Koalisi Rakyat untuk Keadilan (UU No. 84 Tahun 2007) MK telah mengabulkan sejak telah MHA diganti dengan status perorangan.

Putusan MK yang mengabulkan itupun terkadang tidak konsisten mengingat *legal standing* tidak lagi MHA tetapi diganti oleh perorangan yang langsung memiliki tingkat kerugian secara langsung

A. Saran-saran

Dari ketiga kesimpulan ini lahirlah rekomendasi yang berbentuk saran-saran. Begitu banyak ruang dalam hasil penelitian ini yang belum terjawab secara langsung:

- a. Perlu dilakukan penelitian lebih extensif terutama konsistensi 19 kesatuan MHA versi Van Vollen Hoven dan versi penjelasan UUD 1945 termasuk sinkronisasi antara UU dan PP
- b. Selain itu perlu diteliti tentang alasan-alasan dibelakang terumuskannya Pasal 18B ayat (2) terkait pengakuan MHA yang kebanyakan bersifat kondisional dan apa yang dimaksud oleh pembuat UUD (*letter of Intern*)
- c. Untuk memastikan rumusan MHA yang mewujud penting dilakukan riset lapangan terkait perbedaan status MHA dan MHA versi suku-suku terisolasi di berbagai daerah antara lain di Kalimantan, Sulawesi, Papua, Sumatera.

DAFTAR PUSTAKA

1. BUKU, JURNAL, MAKALAH DAN E-BOOK

Akmal, *Eksistensi Hak dan Dasar Hukum Masyarakat Hukum Adat Provinsi Sumatera Barat dalam Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia (Kajian Multi-Perspektif)*, Yogyakarta, PUSHAM UII, 2007.

Abdurrahman. *Hukum Adat Dalam Perkembangan Pluralisme Hukum di Indonesia*. Makalah disampaikan pada seminar tentang pluralisme hukum dan tantangannya bagi pembentukan sistem hukum nasional, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM di Makassar 1-2 Mei 2007.

Ahmad Rifai. 2010. *Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta: Sinar Grafika.

Aholl J. Anderson dan Gerard R. O'Regan. *To The Final Share: Prehistoric Colonialisation of the Subarctic Islands in South Polynesia in Australian Archeologist: Collected Papers in Honour of Jim Allen*. Australian National University. Canberra. 2000.

A. Mikaere, N. Thomas, dan K. Johnston. *Treaty of Waitangi and Maori Land Law*. NZ LAW REVIEW. 447. 2003.

Ann dan Robert Sidman, 2001, *Legal Drafting in Democratic Countries*.

Ann Willcox, Siedman, 2000, *Legislative Drafting for Democratic Social Change*, Springer Publishing.

Antonius Cahyadi dan E. Fernando M. Manullang. *Pengantar Ke Filsafat Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.

Arifin Bantu Purba. 2011. Pengakuan dan Perlindungan Hak-hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Suku Sakai (Studi tentang Peraturan Hukum dan Implementasinya terhadap Kebijakan Pemerintah yang Menimbulkan Konflik Masyarakat Suku Sakai di Kabupaten Siak dan Kabupaten Bengkalis Provinsi Riau), Yogyakarta: Disertasi Program Doktor Universitas Islam Indonesia.

Asep Yunan Firdaus. *Hak-Hak Masyarakat Adat (Indegenous People's Rights)* Bagi Dosen Pengajar HAM di Indonesia. PUSHAM UII, kerjasama dengan Norsk Senter for Menneskerettigheter Norwegian Centre for Human Rights. Yogyakarta, 21-24 Agustus 2007.

Bambang Sutiyoso. *Mencari Format Ideal Keadilan Putusan dalam Peradilan.*

_____ *Metode Penemuan Hukum: Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan.* Yogyakarta: UII Press.

B.F Sihombing. 2005. *Evolusi Kebijakan Pertanahan Dalam Hukum Tanah Indonesia.* Jakarta: PT: Toko Gunung Agung, 2005.

Bismar Siregar. 1996. *Rasa Keadilan.* Surabaya: PT Bina Ilmu.

Bonnie Donlevy. *Sentencing Circles and the Search for Aboriginal Justice.* Ottawa. Solicitor General of Canada. Ontario. 1994.

Brenda L. Gunn. *Protecting Indigenous People's Lands: Making Room for the Application of Indigenous People's Laws Within the Canadian Legal System.* 6. Indigenous L.J.31.2007.

CLDS FH UII dan Bappeda Pemerintah Kabupaten Sambas Provinsi Kalimantan Barat, *Antropologi Budaya Tentang Pengembangan SDM di Pusat Pengembangan Perbatasan di Sajingan Besar,* 2008.

Craig Proulx. *Current Directions in Aboriginal Law Justice in Canada.* The Canadian Journal of Native Studies XX. 2. 2000.

Christa Scholtz. *Negotiating Claims: The Emergence of Indigenous Land Claim Negotiation Policies in Australia, Canada, New Zealand, and the United States.* 2006.

.Danielle Celermajer, *The Stolen Generation: Aboriginal Children in Australia,* 12 Hum. Rts. Dialogue 13. 2005.

Daphne Zografos. *New perspectives for the protection of traditional cultural expressions in New Zealand*. International Review of Intellectual Property and Competition Law. IIC 236(8). 2005.

David J. Elkins. *Policy Options: Bye-Bye for Good?*. Institute Research on Public Policy. Montreal. May 1999.

Disertasi Arifin Batu Purba. *Pengakuan dan Perlindungan Hak-Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Suku Sakai (Studi Tentang Peraturan Hukum dan Implementasinya terhadap Kebijakan Pemerintah yang menimbulkan konflik Masyarakat Suku Sakai di Kabupaten Siak dan Kabupaten Bengkalis Provinsi Riau)*.

Donny Danardono. 2006. *Teori Hukum Feminis: Menolak Netralitas Hukum, Merayakan Difference dan anti-esensialisme*. Dalam *Perempuan dan Hukum. Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.

Eko Prasajo, dan Siti Zuhroh, *Kisruh Peraturan Daerah : Pengurai Masalah dan Solusinya*, Jakarta, The Habibie Center dan Penerbit Ombak, 2010.

Emily Hart Cobb. *Fifty Thousand Years Old and Still Fighting For Rights: The Continuing Struggle of Australia's Indigenous Population*. 38 Ga. J. Int'l & Comp. L. 375. 2010.

Erich Kolig. *Romancing Culture: policies of recongnition and indigeneous people in Australia and New Zealand*. 50th Anniversary Symposium, Perth, December 2006.

Fay, Chip, A Kusworo, dan Martua Sirait, *Bagaimana Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat Dalam Mengelola Sumber Daya Alam Diatur?*, Bandar Lampung, Seminar Perencanaan Tata Ruang secara Partisipatif oleh WATALA dan Bappeda.

F.M. (Jock) Brookfield. *Waitangi & Indigenous Rights: Revolution, Law & Legitimation*. Edisi Kedua. 2006.

Geoffrey Palmer & Matthew Palmer, *Bridled Power: New Zealand's Constitution and Government*. Edisi Keempat. 2004.

Hadin Muhjad. *Peran dan Fungsi Kedudukan Hukum Adat dalam Sistem Hukum Nasional dalam rangka penguatan dan pelestarian nilai-nilai adat istiadat di daerah*.

Heidi Kai Guth. *Dividing The Catch: Natural Resource Reparations To Indigenous Peoples--Examining The Maori Fisheries Settlement*. 24 U. Haw. L. Rev. 179. 2001.

Ida Ayu Windhari Kusuma Pratiwi. *Konsep Mazhab Sociological Jurisprudence Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*.

Jamie S Davidson, David Henley, dan Sandra Moniaga, *Adat dalam Politik Indonesia*, Jakarta, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2010.

Jawahir Thontowi. *Menuju Keadilan Hukum Integratif*.

_____ Eksistensi Hukum Adat Sebagai Hukum yang Hidup (*living law*) di Indonesia. Disampaikan dalam Seminar Sehari, 19 Desember 2006, Bagian Hukum Adat dan Program Notariat FH UGM, Yogyakarta.

_____ Penelitian Antropologi Budaya Tentang Pengembangan Sumber Daya Manusia di Pusat Pengembangan Perbatasan di Kecamatan Saajingan Besar, Kabupaten Sambas. Kalimantan Barat, diselenggarakan berkat kerjasama CLDS FH UII dengan Bappeda Kabupaten Sambas. 2008.

_____ *Penegakan Hukum & Diplomasi Pemerintahan SBY*, Yogyakarta, Leutika Press, 2009.

Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Jakarta, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2008.

John Buick-Constable. *A Contractual Approach to Indigenous Self-Determination in Aotearoa/New Zealand*. 20 UCLA Pac. Basin L. J. 2002.

Jonathan Rudin and Dan Russel. *Native Alternative Dispute Resolution Systems: The Canadian Future in Light of the American Past*. Toronto. Ontario Native Council on Justice. Ontario. 1993.

John Southalan. *Australian Indigenous-Resource Developments: Martu People v. Reward Minerals*. 27 No. 4. J. Energy & Nat. Resources L. 671. 2009

Kaelan. *Filsafat Pancasila*. Paradigma. Yogyakarta. 2002.

Kajian komprehensif telah dilakukan oleh Martua Sirait, Chip Fay, dan A Kusworo. "Bagaimana Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat Dalam Mengelola Sumber Daya Alam Diatur?". Makalah disampaikan dalam Acara Seminar Perencanaan Tata Ruang Secara Partisipatif oleh WATALA dan BAPPEDA, 11 Oktober di Bandar Lampung.

Kamus Besar Bahasa Indonesia.

Kantor Perburuhan Internasional. *Konvensi ILO mengenai Masyarakat Hukum Adat: Sebuah Panduan*. Dumas. Titoulet Imprimeurs. Perancis. 2003.

Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2006, *Mewujudkan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat*, Jakarta, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia.

L.A Hart. *The Concept of Law*.

Mahfud MD, dan Hamdan Zoelva, Seminar Nasional : Hukum dan Hukum Adat di Dalam Sistem Ketatanegaraan RI, Kencana Suluh, 01 Maret 2010.

Michael Legg. *Indigenous Australians and International Law: Racial Discrimination, Genocide, and Reparations*. 20 Berkeley Journal of International Law. 2002.

Minako akai, *Regional Responses to Resurgence of Adat Movements in Indonesia*. In *Beyond Jakarta : Regional Autonomy and Local Societies in Indonesia*.

Muchamad Ali Safa'at. *Pemikiran Keadilan (Plato, Aristoteles, Dan John Rawls)*.

Muntasir Syukri. *Keadilan Dalam Sorotan*.

Penelitian Perkembangan Pengujian perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi (Dari Berpikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif). Kerjasama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Dengan Pusat Studi Konstitusi (PUSAKO) Fakultas Hukum Universitas Andalas 2010.

R. H Soedarso. 1998. *Studi Hukum Adat. Dalam Hukum Adat dan Modernisasi Hukum*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

RM A. B Kusuma,., 2004, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Jakarta, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia

Rikardo Simarmata. *Socio-legal Studies dan Gerakan Pembaharuan Hukum*. Dimuat dalam *Digest Law, Society & Development*, Volume I Desember 2006-Maret 2007.

_____ *Perlindungan Hak-Hak Dasar Masyarakat Adat Dalam Peraturan Perundang-Undangan Nasional : Catatan Kritis*, Yogyakarta, PUSHAM UII dan Norsk Senter for Menneskerettighettr Norwegian Centre for Human Rights, 2007.

Rick Sarre. *The Imprisonment of Indigenous Australians: Dilemmas and Challenges for Policymakers*. 4 *Geo. Pub. Pol'y Rev.* 165. 1999.

Rusma Dwiyana. *Equality before the law vs impunity: Suatu Dilema*.

S. James Anaya. *Indigenous Peoples in International Law*. 2d ed. 2004.

Sabian, 2012, *Hukum Masyarakat Nelayan Saka dalam Sistem Hukum Nasional (Studi Penguasaan, Pemilikan, dan Pengelolaan Konflik Saka pada Nelayan Tradisional Tumbang Nusa Pedalaman Kalimantan Tengah)*, Yogyakarta: Disertasi Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

Sarah M. Stevenson. *Indigenous Land Rights and The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Implications for Maori Land Claims in New Zealand*. 32 *Fordham Int'l L.J.* 2008.

Sudikno Mertokusumo, , 1996, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Yogyakarta, Penerbit Universitas Atmajaya.

Soetandyo Wignsoebroto. *Eksistensi Hukum Adat: Konseptual, Politik Hukum dan Pengembangan Pemikiran Hukum Sebagai Upaya Perlindungan Hak-Hak Rakyat yang Asasi*.

Suriyaman Mustari Pide. 2009. *Hukum Adat Dulu, Kini dan Akan Datang*. Jakarta; Pelita Pustaka.

Syukri Batubara. 2010. *Perlindungan Terhadap Masyarakat Hukum Adat: Studi Mengenai Pelaksanaan Hak Ulayat dan Sumber Daya Alam Suku Baduy*, Yogyakarta : Disertasi Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

Tama William Potaka. *Maori Experiences and Federal Indian Law*. 51-APR Fed. Law. 36. 2004.

Te Puni Kokiri. *A Guide to the Principles of the Treaty of Waitangi as expressed by the Courts and the Waitangi Tribunal*. Wellington. 2002.

Teressa Nahanee. *Dancing with a Gorilla: Aboriginal Women, Justice and the Charter*. Hlm. 359-382 dalam *Aboriginal Peoples and the Justice System: Report on the Round Table on Aboriginal Justice Issues*. Royal Commission on Aboriginal Peoples. Ottawa. Minister of Supply and Services Canada. Ontario. 1993.

Tony Blackshield & George Williams, *Australian Constitutional Law & Theory*. Edisi Kedua. 1998.

Von Scholten, Arif Sidharta. *Struktur Ilmu Hukum*.

Yulies Tiena Masriani. 2011. *Pengantar Hukum Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika.

2. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Papua.

Undang-Undang Hak Asasi Manusia New Zealand Tahun 1993.

Undang-Undang Penyelesaian Sengketa Akuakultur tahun 2004.

Undang-Undang tentang Wilayah Laut dan Pesisir (Takutai Moana) Tahun 2011.

Racial Discrimination Act Year 1975.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1967 Tentang Pokok-pokok Kehutanan

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 Tentang Pengairan

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1992 Tentang Perkembangan Kependudukan Dan Pembangunan Keluarga Sejahtera

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 1992 Tentang Penataan Ruang

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1994 Tentang Pengesahan Konvensi Internasional Mengenai Keanekaragaman Hayati

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 Tentang Pemerintahan Daerah

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia

Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 Tentang Minyak Dan Gas Bumi

Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 Tentang Ketenagalistrikan

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 Tentang Bangunan Gedung

Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 Tentang Sistem Pendidikan Nasional

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2003 Tentang Panas Bumi

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 Tentang Sumber Daya Air

Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2004 Tentang Perkebunan

Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2004 Tentang Perikanan

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah

Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2004 Tentang Jalan

Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2005 Tentang Guru dan Dosen

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2006 Tentang Pemerintahan Aceh

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2007 Tentang Perkeretaapian

Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2007 Tentang Penataan Ruang

Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 Tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir Dan Pulau-Pulau Kecil

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2009 Tentang Kepariwisata

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009 Tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, Serta Lagu Kebangsaan

Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2009 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1997 Tentang Ketransmigrasian

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 Tentang Ketenagalistrikan

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup

Undang-Undang Nomor 52 Tahun 2009 Tentang Perkembangan Kependudukan dan Pembangunan Keluarga

Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2010 Tentang Keprotokolan

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2010 Tentang Cagar Budaya

Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2011 Tentang Penanganan Fakir Miskin

Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1958 Tentang Kebangsaan Republik Indonesia

Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 1980 Tentang Pelaksanaan Pengumpulan Sumbangan

Peraturan Pemerintah Nomor 22 Tahun 1982 Tentang Tata Pengaturan Air

Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 1982 Tentang Irigasi

Peraturan Pemerintah Nomor 22 Tahun 1983 Tentang Kesehatan Masyarakat Veteriner

Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 1985 Tentang Sensus Ekonomi

Peraturan Pemerintah Nomor 62 Tahun 1990 Tentang Ketentuan Keprotokolan Mengenai Tata Tempat, Tata Upacara dan Tata Penghormatan

Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah

Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 1999 Tentang Pengusahaan Hutan Dan Pemungutan Hasil Hutan Pada Hutan Produksi

Peraturan Pemerintah Nomor 106 Tahun 2000 Tentang Pengelolaan dan Pertanggung Jawaban Keuangan dalam Pelaksanaan Dekonsentrasi dan Tugas Pembantuan

Peraturan Pemerintah Nomor 150 Tahun 2000 Tentang Pengendalian Kerusakan Tanah Untuk Produksi Biomassa

Peraturan Pemerintah Nomor 4 Tahun 2001 Tentang Pengendalian Kerusakan dan atau Pencemaran Lingkungan Hidup yang Berkaitan dengan Kebakaran Hutan dan atau Lahan

Peraturan Pemerintah Nomor 52 Tahun 2001 Tentang Penyelenggaraan Tugas Pembantuan

Peraturan Pemerintah Nomor 65 Tahun 2001 Tentang Pajak Daerah

Peraturan Pemerintah Nomor 82 Tahun 2001 Tentang Pengelolaan Kualitas Air dan Pengendalian Pencemaran Air

Peraturan Pemerintah Nomor 63 Tahun 2002 Tentang Hutan Kota

Peraturan Pemerintah Nomor 35 Tahun 2004 Tentang kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi

Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2004 Tentang Perencanaan Kehutanan

Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2004 Tentang Perlindungan Hutan

Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2004 Tentang Perencanaan Kehutanan

Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2004 Tentang Majelis Rakyat Papua

Peraturan Pemerintah Nomor 60 Tahun 2007 Tentang Konservasi Sumber Daya Ikan

Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2008 Tentang Pengelolaan Sumber Daya Air

Peraturan Pemerintah Nomor 74 Tahun 2008 Tentang Guru

Peraturan Pemerintah Nomor 34 Tahun 2009 Tentang Pedoman Pengelolaan Kawasan Perkotaan

Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2009 Tentang Dosen

Peraturan Pemerintah Nomor 41 Tahun 2009 Tentang Tunjangan Profesi Guru dan Dosen, Tunjangan Khusus Guru dan Dosen, Serta Tunjangan Kehormatan Profesor

Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 2010 Tentang Penyelenggaraan Penataan Ruang

Peraturan Pemerintah Nomor 17 Tahun 2010 Tentang Pengelolaan dan Penyelenggaraan Pendidikan

Peraturan Pemerintah Nomor 35 Tahun 2010 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang No 20 Tahun 2009 Tentang Gelar, Tanda Jasa, dan Tanda Kehormatan

Peraturan Pemerintah Nomor 56 Tahun 2010 Tentang Tata Cara Pengawasan Terhadap Upaya Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis

Peraturan Pemerintah Nomor 62 Tahun 2010 Tentang Pemanfaatan Pulau-pulau Kecil Terluar

Peraturan Pemerintah Nomor 64 Tahun 2010 Tentang Mitigasi Bencana di Wilayah Pesisir dan Pulau-pulau Kecil

Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 2010 Tentang Bentuk dan Tata Cara Peran Masyarakat dalam Penataan Ruang

Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2011 Tentang Sungai

Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2011 Tentang Sumber Daya Genetik Hewan dan Perbibitan Ternak

Peraturan Pemerintah Nomor 39 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial

Peraturan Pemerintah Nomor 71 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Pengadaan Tanah Bagi Pembangunan Untuk Kepentingan Umum

Peraturan Presiden Nomor 12 Tahun 2008 Tentang Dewan Sumber Daya Air

Keputusan Presiden Nomor 54 Tahun 1980 Tentang Kebijakan Mengenai Pencetakan Sawah

Keputusan Presiden Nomor 48 Tahun 1999 Tentang Tim Pengkajian Kebijakan dan Peraturan Perundang-undangan Dalam Rangka Pelaksanaan Landreform

Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1976 Tentang Sinkronisasi Pelaksanaan Tugas Bidang Keagrariaan dengan Bidang Kehutanan, Pertambangan, Transmigrasi, dan Pekerjaan Umum.

Keputusan Menteri Kehutanan Nomor 251/Kpts-II/1993

Keputusan Menteri Kehutanan Nomor 252 Tahun 1993
Keputusan Menteri Kehutanan Nomor 47/Kpts-II/1998
Keputusan Menteri Kehutanan dan Perkebunan No 677/Kpts-II/1998
Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 Tahun 1997
Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 9 Tahun 1998
Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No 5 Tahun 1999
Peraturan Daerah Provinsi Daerah Tingkat I Bali No 6 Tahun 1986
Surat Keputusan Gubernur Kepala Daerah TK I Lampung No
G/445/B.II/Hk/1994
Surat Keputusan Gubernur Kepala Daerah TK I Lampung No
G/362/B.II/Hk/1996
Surat Keputusan Bupati Kepala Daerah TK II Sarolangun Bangko No 225
Tahun 1993
SK Bupati Kepala Daerah TK II Kerinci No 96 Tahun 1994
Keputusan Bupati Kepala Daerah TK II Kapuas Hulu No 59 Tahun 1998
Surat Keputusan Kepala Kantor Wilayah Kehutanan Kalimantan Timur No
4653/KWL/RRL-1/1993
Surat Keputusan Kepala Kantor Wilayah Kehutanan dan Perkebunan Provinsi
Daerah Istimewa Aceh No 445/Kpts/KWL-4/1998
Surat Pernyataan Kepala Balai Taman Nasional Lore Lindu No 35/VI-
BTNLL.1/1999 dan No 680/VI.BTNLL.1/1999
Peraturan Daerah Provinsi Nusa Tenggara No 8 Tahun 1974
Peraturan Daerah Provinsi Sumatera Barat No 13 Tahun 1983
Qanun Aceh Nomor 9 tahun 2008 tentang Pembinaan Kehidupan Adat dan
Adat Istiadat.
Peraturan Daerah Provinsi Gorontalo Nomor 10 tahun 2003 tentang
Pencegahan Maksiat.

3. KONVENSI INTERNASIONAL

Konstitusi Kanada 1982.

Konvensi ILO Nomor 169 tentang Hak Masyarakat Adat dan Suku Tahun 1969 (*ILO Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples*, 1989).

Konvensi Dewan Eropa tentang Perlindungan Minoritas Tahun 1995 (*Council of Europe's framework Convention for The Protection of Natural Minorities*), 1995.

Konvensi Hak-Hak Sipil dan Politik 1966 (*International Convention on Civil and Political Rights*, 1966).

Declaration on the Rights of Indigenous People, New York, Tahun 2007.

Konvensi Montevideo tentang Hak dan Kewajiban Negara tahun 1933.

Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional.

4. INTERNET

Keadilan Hukum. <http://www.surabayapagi.com> edisi 21 Maret 2012. (Diakses Pada 5 November 2012).

[Http://Id.Wikipedia.Org/Wiki/Suku_Kubu](http://Id.Wikipedia.Org/Wiki/Suku_Kubu), diakses Selasa, 6 November 2012.

Sejarah Asal-usul Suku Anak Dalam, diakses dari <http://www.ojimori.com/2011/10/17/sejarah-asal-usul-suku-anak-dalam-jambi/> Selasa, 6 November 2012.

Karakteristik dan Kultur Suku Kubu <https://hendryferdinan.wordpress.com/tag/masyarakat-terasing-suku-anak-dalam/>, diakses pada Selasa, 6 November 2012.

Ensiklopedia mengenai Dayak Iban dalam https://id.wikipedia.org/wiki/Suku_Dayak_Iban, diakses Selasa, 6 November 2012.

Asal Usul Rumpun Dayak Iban (Ibanic), diakses dari <http://protomalayans.blogspot.com/2012/06/asal-usul-rumpun-dayak-iban-ibanic.html>, Selasa, 6 November 2012.

7 *Penjaga Bumi di Indonesia*, diakses dari <http://www.belantaraindonesia.org/2012/04/7-penjaga-bumi-di-indonesia.html>, Selasa, 6 November 2012.

Judistira Kartiwa Garna, dalam *Lihat etimologi Baduy*, https://id.wikipedia.org/wiki/Orang_Kanekes, diakses Selasa, 6 November 2012.

Suku Sakai Asli dari Pedalaman Riau, diakses dari <http://liranews.com/lira-ormas/etnik/7932-suku-sakai-asli-dari-pedalaman-riau.html>, Selasa, 6 November 2012.

Mengenal Suku Sakai, Suku Pedalaman di Sumatera, diakses dari <http://www.psychologymania.com/2011/07/mengenal-suku-sakai-suku-pedalaman-di.html>, Selasa, 6 November 2012.

<Http://Melayuonline.Com/Ind/News/Read/10616>

Ensiklopedia mengenai Suku Tengger, https://id.wikipedia.org/wiki/Suku_Tengger, diakses Selasa, 6 November 2012.

Profil Suku Tengger, dalam <http://d16do.blogdetik.com/about-suku-tengger/>, diakses pada Selasa, 6 November 2012.

Budaya Suku Tengger, dalam <http://ragambudayanusantara.blogspot.com/2008/09/budaya-suku-tengger.html>, diakses Selasa, 6 November 2012.

Dari Lembah Baliem, Mengenal Lebih Dekat Suku Dani, diakses dari <https://alanmn.wordpress.com/2011/05/10/dari-lembah-baliem-mengenal-lebih-dekat-suku-dani/>, Selasa, 6 November 2012.

Ensiklopedia mengenai Suku Dani dalam https://en.wikipedia.org/wiki/Dani_people, diakses Selasa, 6 November 2012.

Traditional Life of Indonesia's Dani Tribes Continues in West Papua, diakses dari http://avaxnews.com/educative/Traditional_Life_Of_Indonesias_Dani_Tribes_Continues_In_West_Papua.html, Selasa 6 November 2012.

Ensiklopedia mengenai Suku Asmat, diakses dari https://id.wikipedia.org/wiki/Suku_Asmat, Selasa 6 November 2012.

Budaya Suku Asmat, diakses dari <http://greenbirepapua.blogspot.com/2012/04/budaya-suku-asmat.html#ixzz2BQpuNmAa>, Selasa 6 November 2012.

Mengenal Suku Asmat, Papua, Indonesia, diakses dari <http://info-info-unum.blogspot.com/2012/02/mengenal-suku-asmat-papua-indonesia.html>, Selasa 6 November 2012.

Ensiklopedia Suku Asmat, diakses dari https://en.wikipedia.org/wiki/Asmat_people, Selasa, 6 November 2012.

<http://miftachr.blog.uns.ac.id/2009/10/arti-peraturan-hukum/>

<http://id.wikipedia.org/wiki/Keadilan>

http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_adat

http://amisiregar.multiply.com/journal/item/29/Politik_Hukum

<http://www.gudangmateri.com/2011/06/pluralisme-hukum-dalam-pandangan.html>

<http://www.artikata.com/arti-347188-reaktualisasi.html>

http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_adat *Frequently Asked Question: Declaration on the Rights of Indigenous People.*

Diakses dari <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/FAQsindigenousdeclaration.pdf> pada tanggal 19 Oktober 2012.

Departemen Pemerintah Lokal dan Pembangunan Regional, Kedutaan Besar Norwegia. Diakses melalui http://www.norwegia.or.id/About_Norway/policy/Kependudukan/population/sami/, pada tanggal 16 Oktober 2012.

Jon Inge Sirum v. Esslan Reindeer Pasturing District, No. 4B/2001 (21 June 2001) (Kasus Selbu). Diakses melalui <https://www.elaw.org/node/3835>, pada tanggal 17 Oktober 2012.

Mary C. Hurley. *Aboriginal and Treaty Rights*. Law and Government Division. 8 September 1999. Diakses melalui <http://publications.gc.ca/collection-R/LoPBdP/EB/prb9916-e.htm> pada tanggal 22 Oktober 2012.

Office of the Treaty Commissioner, *Aboriginal Rights and Title*. Diakses melalui http://www.otc.ca/pdfs/aboriginal_rights.pdf pada tanggal 25 Oktober 2012.

Mengenal Suku Maori, diakses melalui <http://www.kulinet.com/baca/mengenal-suku-maori/448/> pada tanggal 23 Oktober 2012.

Background of Waitangi Tribunal. Diakses melalui <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/established.asp>, pada tanggal 24 Oktober 2012.

Treaty of Waitangi Act 1975, diakses melalui http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Waitangi_Act_1975 pada tanggal 25 Oktober 2012.

Treaty of Waitangi Act 1975, diakses melalui http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Waitangi_Act_1975 pada tanggal 25 Oktober 2012.

Kebudayaan Australia: Suku Aborigin, diakses melalui <http://blogzpot.wordpress.com/2011/04/14/kebudayaan-australia-suku-aborigin/>, pada tanggal 26 Oktober 2012.

Sejarah Suku Aborigin. Diakses melalui <http://silvesternanda.blog.fisip.uns.ac.id/2011/01/29/sejarah-suku-aborigin/>, pada tanggal 27 Oktober 2012.

Information & Research Services, Dep't of Parliamentary Library, Current Issues Brief No. 29, *Make or Break? A Background to the ATSIC Changes and the ATSIC Review*, diakses melalui <http://www.aph.gov.au/library/Pubs/cib/2002-03/03cib29.pdf>.

5. DOKUMEN ORGANISASI INTERNASIONAL

Study on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements Between States and Indigenous Peoples, U.N. Commission for Human Rights, 51st Sess., Agenda Item 7, P 66, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/20. 1999.

Erica-Irene A. Daes. *Final Report of the Special Rapporteur on Indigenous Peoples' Permanent Sovereignty Over Natural Resources*. P 26, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/30. July 13, 2004.

U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Decision 1(66), New Zealand Foreshore and Seabed Act 2004, P 5 U.N. Doc. CERD/C/66/NZL/Dec.1, P 5 (April 27, 2005).

6. PUTUSAN PENGADILAN

R. V. Sioui. 1 S. C. R. 1025. 1990.

R. v. Van der Peet, 2. S. C. R. 507. 1996.

Delgamuukw v. British Columbia, 3. S. C. R. 1010.

Te Heuheu Tukino v. Aotea District Maori Land Board, 2 All ER 93. 1941.

Huakina Development Trust v. Waikato Valley Authority, 2 NZLR 188. 1987.

Ngati Apa v. Attorney General.