

# PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HUKUM HAK MASYARAKAT ADAT ATAS TANAH ULAYAT DALAM UPAYA PEMBAHARUAN HUKUM NASIONAL

HAYATUL ISMI

Jalan Sirsak 3 Blok C-3 No. 21 Perum Pandau Permai Pekanbaru

## Abstrak

Tanah merupakan salah satu asset negara yang sangat mendasar, karena negara dan bangsa hidup dan berkembang di atas tanah. Masyarakat Indonesia memposisikan tanah pada kedudukan yang sangat penting, khususnya dalam masyarakat hukum adat. Namun, hingga kini belum tersedia informasi lengkap tentang bentang dan batas-batas wilayah yang dicakup oleh berbagai hukum adat tersebut dalam hal ini hak ulayat. Tulisan ini menyimpulkan bahwa Hak Ulayat dalam tata hukum Indonesia diakui melalui Undang-Undang Pokok Agraria yaitu UU No. 5 Tahun 1960. Dalam hal ini pengakuan yang diberikan Negara bersifat bersyarat dan berlapis karena pengakuan yang diberikan terhadap masyarakat hukum adat dan hak ulayatnya.

## Abstract

Land is represent one of very elementary asset state of Indonesia because state and nation live and expand above land. Society of Indonesia position land at dimiciling very important, specially in society customary law. But, up to now not yet been made available by a complete information about unfolding and boundary of region included by various customary law of mentioned in this matter is customary right for land rights. This handing out conclude that rights of customary right for land in law of Indonesia confessed by through fundamental code of agraria that is UU No. 5 year 1960. In this case the confession given by a state have the character of laminated and conditional because confession given to society of customary law and rights of its customary right for land.

**Kata kunci:** Tanah adat, hak ulayat, agraria.

## A. Pendahuluan

Dalam salah satu perspektif ilmu hukum dikatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang diciptakan berdasarkan hukum yang hidup di masyarakat (*living law*). Hal ini sebagaimana yang dikemukakan Von Savigny dengan *Mahzab Sejarah*-nya, bahwa hukum merupakan fenomena historis, sehingga keberadaan setiap hukum adalah berbeda, bergantung kepada tempat dan waktu berlakunya hukum, serta hukum harus dipandang sebagai penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa. Mahzab ini diperkuat oleh *Mahzab Sociological Jurisprudence* yang menyetujui tentang pentingnya *living law*.<sup>1</sup> Maka dalam hal ini hukum adat yang dikenal di Indonesia merupakan pengaruh pandangan mahzab ini. Yang dilanjutkan oleh para pemikir-pemikir Belanda yang mengemukakan tentang teori-teori hukum adat seperti halnya Van Vollenhoven, Ter Haar, Holleman dan lainnya.

Di Indonesia hal ini ditegaskan di dalam Konstitusi Negara yang mengakui keberadaan masyarakat hukum adat, yaitu di dalam Pasal 18 B Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan bahwa Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan bangsa, masyarakat, dan prinsip-prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang. Penghormatan dan pengakuan terhadap

<sup>1</sup> Lili Rasjidi dan Ira Tahania, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, hlm. 67.

eksistensi hak ulayat sebagai hak asasi manusia secara implicit juga diatur dalam Pasal 28I ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 (hasil perubahan ke dua UUD 1945 yang ditetapkan pada tanggal 18 Agustus 2000), bahwa identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban, selanjutnya pada hasil perubahan ke empat UUD 1945, dalam Pasal 32 ayat (1) bahwa Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya.

Oleh sebab itu Negara perlu mengelola kemajuan masyarakat agar menjadi potensi dalam pembangunan, bukan menjadi penyebab konflik. Fakta tentang terjadinya konflik disebabkan oleh kurang profesionalnya pemerintah dalam menata norma hukum sehingga menyebabkan terjadinya konflik dalam pengelolaan sumber daya alam di beberapa kawasan di Indonesia.<sup>2</sup> Selain konflik normative antara hukum adat dengan hukum Negara, juga mengenai penguasaan, pemanfaatan dan distribusi sumber daya alam yang menjadi pendukung kehidupan manusia, ekspansi batas wilayah kehidupan suatu kelompok, kegiatan ekonomi masyarakat dan kepadatan penduduk. Oleh sebab itu hendaknya pemerintah merespon dan mengakomodasi prinsip-prinsip hukum lokal ke dalam tatanan hukum nasional, sebagaimana dimaksud oleh Philips Nonnet dan Selznick, dengan merespon prinsip-prinsip hukum adat yang diformulasikan dan dikemas dalam hukum nasional.

Tanah merupakan salah satu asset Negara Indonesia yang sangat mendasar, karena Negara dan bangsa hidup dan berkembang di atas tanah, masyarakat Indonesia memposisikan tanah pada kedudukan yang sangat penting, karena merupakan faktor utama dalam peningkatan produktivitas agraria.

Tingginya konflik dalam pengelolaan sumber daya alam yang terjadi di Indonesia disebabkan oleh adanya ketimpangan penguasaan Sumber Daya Alam antara masyarakat yang menggantungkan hidup dari ekonomi berbasis sumber daya alam (tanah, hutan, perkebunan, jasa lingkungan, dan lainnya) dengan penguasaan oleh sector bisnis, khususnya sektor industri skala besar perkebunan, kehutanan dan pertambangan dan penguasaan oleh Negara yang masih menegasi adanya hak-hak masyarakat adat.

Berdasarkan suatu penelitian yang dilakukan oleh suatu lembaga yang bergerak di bidang isu pengelolaan sumber daya alam yang bernama Scale-Up diperoleh data bahwa sector perkebunan mendominasi konflik dibandingkan sector kehutanan ataupun pertambangan. Salah satu pemicu substansial konflik adalah pengabaian terhadap hak-hak masyarakat adat terutama terkait dengan pengakuan terhadap tanah ulayat, masih terdapat kekacauan regulasi tentang pertanahan.

Menyadari pentingnya manfaat tanah bagi manusia, sekaligus merupakan sumber daya alam yang tidak dapat diperbarui (*unrenewable*), maka dalam hal ini pemerintah dalam berbagai kebijakan telah berupaya untuk mengatur pemanfaatan, peruntukan dan penggunaan demi kemaslahatan umat manusia di Indonesia. Kebijakan tersebut selain ditetapkan dalam pasal 33 ayat (3) Undang-Undang dasar 1945, yang mengatakan bahwa

<sup>2</sup> Husen Alting, *Dinamika Hukum dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah (Masa Lalu, Kini dan Masa Mendatang)*, LaksBang PRESSindo, Yogyakarta, 2010, hlm. vii.

bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, juga dipertegas dalam Pasal 2 Undang-undang Pokok Agraria yang mengatakan bahwa Negara Sebagai Organisasi kekuasaan seluruh Rakyat memiliki hak menguasai atas tanah-tanah yang berada di wilayah Republik Indonesia, di sebutkan pula bahwa hak menguasai ini memberikan kewenangan kepada Negara untuk mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan, pemeliharaan hal-hal yang bersangkutan dengan agraria. Berdasarkan pasal tersebut diketahui bahwa kewenangan pengaturan tanah seluruhnya diserahkan kepada Negara sebagai suatu organisasi kekuasaan.

Tanah di Indonesia diatur dalam Undang-undang Pokok Agraria yang di dalamnya menyerap hukum adat, yaitu diakuinya hak ulayat sebagaimana yang tertuang dalam pasal 5 Undang-undang pokok Agraria yang menyatakan Hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa adalah Hukum Adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara yg berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme indonesia serta dengan peraturan yg tercantum dalam undang-undang ini dan dengan peraturan-peraturan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang berdasarkan pada hukum agama.

Walaupun Undang-Undang Pokok Agraria mengandung nilai-nilai luhur dalam membela kepentingan rakyat, namun pada tataran implementasi mengalami banyak hambatan secara politik, ekonomi maupun sosial.<sup>3</sup> Telah banyak peraturan yang secara hierarkhis ada di bawah undang-undang yang diterbitkan, namun belum terlihat keberhasilan dari harapan tersebut secara utuh. Bahkan peraturan pelaksana tentang keagrariaan selama ini belum memberikan jaminan kepastian hukum, perlindungan hukum, keadilan dan kemakmuran bagi masyarakat setempat yang sumberdaya agrarian dan sumberdaya alamnya di eksploitasi pihak lain. Bahkan Achmad Sodiki, menyimpulkan bahwa meskipun kekayaan alam telah dikuras habis tetapi masyarakat setempat kurang mendapatkan manfaatnya.

Berkaitan dengan tanah ulayat Undang-undang Pokok Agraria mengatur di dalam pasal 3 mengatakan bahwa dengan mengingat ketentuan dalam Pasal 1 dan Pasal 2, yaitu pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat sepanjang menurut kenyataannya masih ada harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi.

Mencermati hal ini disatu sisi ada pengakuan keberadaan hukum adat yang berlaku sebagai suatu norma yang lahir dan tumbuh dari masyarakat, sekaligus memenuhi perkembangan modernisasi suatu masyarakat. Namun disisi lain justru terdapat pembatasan oleh hukum pertanahan, karena lebih mewakili kepentingan penguasa dan pengusaha, Majelis Permusyawaratan Rakyat menganggap perlu melakukan pengkajian ulang terhadap pengelolaan sumberdaya alam dengan berdasarkan prinsip-prinsip desentralisasi

<sup>3</sup> Achmad Sodiki, *Penataan Kepemilikan Hak Atas Tanah di Daerah Perkebunan Kabupaten Malang (Studi tentang Dinamika Hukum)*. Disertasi Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 1994, hlm. 5.

serta penghormatan terhadap hak masyarakat adat.<sup>4</sup> Dan pada RPJMN (Rencana Pembangunan jangka Menengah nasional 2004-2009 melalui Peraturan Presiden No.7 Tahun 2005 jo. Peraturan Presiden No.39 Tahun 2005 tentang Rencana Kerja Pemerintah (RKP) Tahun 2006, menetapkan arah kebijakan pembangunan bidang pembinaan system dan politik hukum Indonesia dengan menghormati serta memperkuat kearifan lokal dan hukum adat untuk memperkaya system hukum nasional.<sup>5</sup>

Sejalan dengan hal tersebut diatas pengakuan hak masyarakat adat dan akses terhadap sumber daya alam (tanah) juga diakui secara internasional hal ini dapat dilihat pada hasil konvensi ILO (International Labour Organization) No.169 mengenai bangsa pribumi dan masyarakat adat di Negara-negara merdeka yang mulai berlaku tanggal 5 September 1991, menetapkan bahwa pemerintah wajib menghormati kebudayaan dan nilai-nilai spiritual masyarakat asli yang dijunjung tinggi dalam hubungan mereka dengan lahan (tanah) yang mereka tempati atau gunakan.

Dalam Kepmen Agraria/kepala BPN No.5 tahun 1999, Pasal (1) secara tegas mengatur bahwa:

“Hak ulayat adalah wewenang yang menurut hukum adat dipunyai oleh masyarakat hukum adat tertentu atas wilayah tertentu yang merupakan lingkungan hidup para warganya untuk mengambil manfaat dari sumber daya alam, termasuk tanah dalam wilayah tersebut bagi kelangsungan hidup dan kehidupannya, yang timbul dari hubungan secara lahiriah dan batiniah turun-temurun dan tidak terputus antara masyarakat hukum adat tersebut dengan wilayah yang bersangkutan”.

Ketentuan di atas menunjukkan bahwa hak ulayat harus benar-benar masih ada dan tidak diberikan peluang untuk menimbulkan kembali hak-hak tersebut, jika secara factual dalam masyarakat sudah tidak ada lagi. Keberadaan hak ulayat harus diikuti dengan hubungan antara tanah dan masyarakat.<sup>6</sup> Dengan demikian, selama tanah ulayat tersebut ada harus dimanfaatkan oleh warga masyarakat guna meningkatkan kesejahteraan. Tanah yang dimaksud adalah tanah yang diatasnya terdapat hak ulayat dan mempunyai hubungan erat antara tanah dengan masyarakat hukum adat. Sedangkan yang dimaksud masyarakat adalah sekelompok orang yang terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum karena kesamaan tempat tinggal atau karena keturunan yang dikenal dengan berbagai nama setiap daerah.

<sup>4</sup> Ketetapan MPR No.IX/MPR/2001 tentang Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan Sumber daya Alam Pasal 4 bahwa prinsip pengelolaan sumberdaya alam melalui: (a) mengakui, menghormati dan melindungi hak masyarakat hukum adat dan keragaman budaya bangsa atas sumber daya agraria/ sumber daya alam; (b) mengupayakan keseimbangan hak dan kewajiban negara, pemerintah (pusat, daerah provinsi, kabupaten/kota, dan desa atau yang setingkat), masyarakat dan individu; (c) melaksanakan desentralisasi berupa pembagian kewenangan di tingkat nasional, daerah provinsi, kabupaten/kota dan desa atau yang setingkat, berkaitan dengan alokasi dan pengelolaan sumber daya agrarian/sumber daya alam.

<sup>5</sup> Peraturan Presiden No. 7 Tahun 2005 tentang Rencana Pembanguna Jangka Menengah Nasional 2004-2009 pada lampiran I angka enam huruf (AO Permasalahan Pembangunan Nasional menyebutkan bahwa sebelumnya, konflik (Poso, Maluku, dan Mamasa) tersebut tidak pernah berkembang berskala luas karena di dalam masyarakat sudah ada berbagai kearifan lokal dan adat istiadat yang ada di masyarakat yang dapat menjadi wadah komunikasi dan konsultasi yang bersifat lintas wilayah, agama, dan lintas keanekaragaman suku bangsa.

<sup>6</sup> Husen Alting, Op.Cit, hlm. 24.

Pengertian dan criteria hak ulayat di atas dirumuskan secara restriktif dalam bingkai hokum Negara, sehingga masyarakat yang sebenarnya menjadi objek pengaturan hak ulayat justru belum tentu terlibat dalam perumusan ketentuan. Dengan demikian dimungkinkan ada perbedaan konsepsional antara pengertian dan criteria yang ditetapkan oleh pemerintah, dengan apa yang ada dan berlaku di masyarakat adat selama ini. Pemahaman masyarakat yang dilatarbelakangi oleh sikap, nilai dan pandangan pasti mempunyai kriteria tersendiri menyangkut hak masyarakat adatnya. Untuk itu, perbedaan-perbedaan tersebut perlu diklarifikasi dan dikompromikan melalui penyelarasan melalui sikap saling terbuka bagi para pihak untuk menerima kondisi masing-masing secara arif.<sup>7</sup>

Beberapa penelitian telah membuktikan bahwa hingga akhir abad ke-20, di Indonesia masih banyak tersebar tanah-tanah, termasuk hutan yang penguasaannya berdasarkan aturan tradisional (hukum adat), walaupun atauran hukum “modern” yang mengatur pertanahan ini sudah ada sejak zaman penjajahan. Namun, hingga kini belum tersedia informasi lengkap tentang bentang dan batas-batas wilayah yang dicakup oleh berbagai hukum adat tersebut. Perlu sinkronisasi antara hukum adat dengan hukum tertulis, sehingga tidak terjadi tumpang tindih antara hukum adat dengan hukum tertulis lainnya.

## **B. Identifikasi Masalah**

Berdasarkan apa yang telah diuraikan dalam latar belakang disertasi ini, maka dapat diidentifikasi masalah pokoknya adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana Pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat Adat baik secara Nasional maupun Internasional?
2. Bagaimana kedudukan hak ulayat dalam tata hukum Indonesia dalam upaya pembaharuan hukum nasional?

## **C. Pengakuan dan Perlindungan Terhadap Hak-hak Masyarakat Adat Secara Nasional dan Internasional**

Secara terminologis, “pengakuan” berarti proses, cara, perbuatan mengaku atau mengakui, sedangkan kata “mengakui” berarti menyatakan berhak. Pengakuan dalam konteks ilmu hukum internasional, misalnya terhadap keberadaan suatu Negara/pemerintahan biasanya mengarah pada istilah pengakuan *de facto dan de jure*. Pengakuan yang secara nyata terhadap entitas tertentu untuk menjalankan kekuasaan efektif pada suatu wilayah disebut dengan pengakuan *de facto*. Pengakuan *de facto* adalah pengakuan yang bersifat sementara, karena pengakuan ini ditunjukkan kepada kenyataan-kenyataan mengenai kedudukan pemerintahan yang baru, apakah ia didukung oleh rakyatnya dan apakah pemerintahannya efektif yang menyebabkan kedudukannya stabil. Jika kemudian bias dipertahankan terus dan makin bertambah maju, maka pengakuan *de facto* akan berubah dengan sendirinya menjadi pengakuan *de jure*. Pengakuan *de jure* bersifat tetap yang diikuti dengan tindakan hukum lainnya.<sup>8</sup> Sedangkan pengakuan secara

<sup>7</sup> Husen Alting, *Ibid*, hal. 20.

<sup>8</sup> Moh. Kusnadi dan Bintang R Saragih, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem Undang-Undang Dasar 1945*, Gramedia, Jakarta, 1989, hlm. 82-83.

hukum (*de jure*) adalah pengakuan suatu Negara terhadap Negara lain yang diikuti dengan tindakan-tindakan hukum tertentu, misalnya pembukaan hubungan diplomatic dan pembuatan perjanjian antarkedua Negara.

Dalam buku *General Theory of Law and State*, Hans Kelsen<sup>9</sup> menguraikan terminology “pengakuan” dalam kaitannya dengan keberadaan suatu Negara sebagai berikut:

Terdapat dua tindakan dalam suatu pengakuan yakni tindakan politik dan tindakan hukum. Tindakan politik mengakui suatu Negara berarti Negara mengakui berkehendak untuk mengadakan hubungan-hubungan politik dan hubungan-hubungan lain dengan masyarakat yang diakuinya. Sedangkan tindakan hukum adalah prosedur yang dikemukakan diatas yang ditetapkan oleh hukum internasional untuk menetapkan fakta Negara (masyarakat adat) dalam suatu kasus kongrit.

Berdasarkan rujukan diatas, dalam kaitannya dengan pengertian pengakuan dan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat atas tanah, pengakuan terhadap masyarakat hukum adat atas tanah mengarah pada penegrtian pengakuan dari Negara/pemerintah baik secara politik maupun secara hukum, melalui pengaturan hak dan kewajiban pemerintah dalam memberikan penghormatan,kesempatan dan perlindungan bagi berkembangnya masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisional yang dimiliki dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pengakuan tersebut menunjukkan bahwa Negara/pemerintah telah mengakui, menyatakan sah/benar atau menyatakan masyarakat hukum adat berhak atas sumberdaya alam yang dimiliki dan mewajibkan pemerintah untuk melindungi hak-hak tersebut dari ancaman/gangguan pihak lain. Pengakuan tersebut merupakan pengakuan yang diformulasikan dalam bentuk hukum Negara twerhadap hak masyarakat hukum adat atas tanah dan sumber daya alam lainnya.

Pengakuan melalui hukum Negara (hukum positif, menurut Austin diartikan sebagai hukum yang dibuat oleh orang atau lembaga lembaga yang memiliki kedaulatan, dan pengakuan tersebut diberlakukan terhadap anggota-anggota masyarakat politik yag merdeka (*independet political society*). Anggota masyarakat tersebut mengakui kedaulatan atau supremitas yang dimiliki orang atau lembaga-lembaga pembuat hukum yang bersangkutan. Denga demikian, kebiasaan menurutnya hanya akan berlaku sebagai hukum jika undang-undang menghendaki atau menyatakan dengan tegas atas ke-berlakuan kebiasaan tersebut.<sup>10</sup>

Konsepsi Austin tentang penetapan melalui hukum Negara sebagai satu-satunya hukum yang mengatur kehidupan masyarakat, tersebut dikritik oleh para pengikut mazhab sejarah yang meyakini bahwa setiap masyarakat memiliki cirri khas masing-masing tergantung pada riwayat hidup dan struktur sosial yang hidup dan berkembang untuk mengatur kepentingan-kepentingan mereka. Menurut Friedrich Carl von Savigny (sebagai tokoh utama mazhab sejarah) bahwa hukum merupakan salah satu factor dalam kehidupan bersama suatu bangsa seperti bahasa, adat, moral, tata negara. Oleh karena itu, hukum adalah sesuatu yang bersifat supra individual, suatu gejala masyarakat. Tetapi

<sup>9</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, hlm. 222.

<sup>10</sup> Austin, dalam Otje Salman Soemadinigrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 2.

suatu masyarakat lahir dalam sejarah, berkembang dengan sejarah dan lenyap dalam sejarah. Lepas dari perkembangan masyarakat tidak terdapat hukum sama sekali.<sup>11</sup> Friedrich Carl Von Savigny melihat hukum sebagai fenomena historis, sehingga keberadaan setiap hukum adalah berbeda, bergantung kepada tempat dan waktu berlakunya hukum. Hukum harus dipandang sebagai penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa (*volksgeist*).<sup>12</sup>

Konsep hukum yang hidup di dalam jiwa masyarakat (*volksgeist*) dari Friedrich Carl Von Savigny, dipertegas oleh penggagas sosiologi hukum Eugene Ehrlich yang menyebutkan dengan fakta-fakta hukum (*fact of law*) dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law of people*). Untuk itu, teori *living law* dari Eugene Ehrlich menyatakan dalam setiap masyarakat terdapat aturan-aturan hukum yang hidup (*living law*). Semua hukum dianggap sebagai hukum sosial, dalam arti bahwa semua hubungan hukum ditandai oleh factor-faktor sosial ekonomi. Kenyataan hukum social yang melahirkan hukum, termasuk dunia pengalaman manusia, dan dengan demikian ditanggapi sebagai ide normatif. Terdapat empat jalan agar kenyataan-kenyataan yang anormatif menjadi normatif, yakni:

1. Kebiasaan
2. Kekuasaan efektif
3. Milik efektif
4. Pernyataan kehendak pribadi.

Kenyataan social lebih dilihat dari aspek ekonomi, dimana ekonomi merupakan basis seluruh kehidupan manusia, maka ekonomi bersifat menentukan bagi aturan kehidupan. Dari kebutuhan ekonomi manusia menjadi sadar, lalu timbul hukum secara langsung, itulah hukum yang hidup, sebab hukum tidak merupakan suatu aturan diatas anggota-anggota masyarakat, melainkan diwujudkan dan diungkapkan dalam kelakuan mereka sendiri.<sup>13</sup> Ini merupakan teori Sociologikal Jurisprudence, selain dipelopori oleh Eugen Ehrlich juga oleh beberapa ahli yakni Roscoe Pound, Benyamin Cardozo, Kantorowics, Gurvitch dan lain-lain. Inti pemikiran mahzab ini yang berkembang di Amerika; "Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat". Artinya bahwa hukum itu mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat. Mahzab ini mengetengahkan tentang pentingnya *Living -Law*-hukum yang hidup di dalam masyarakat. Dan kelahirannya menurut beberapa anggapan merupakan suatu *synthese* dari thesenya, yaitu *positivism hukum anthithesnya* mazhab sejarah.<sup>14</sup>

Jadi pengakuan hak masyarakat hukum adat atas tanah tidak hanya terbatas pada bentuk pengakuan dalam hukum Negara, tetapi karena secara *factual* masyarakat Indonesia bersifat majemuk (*plural*)<sup>15</sup>. Maka pengakuan juga dapat diperoleh melalui

<sup>11</sup> Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1982, hlm. 118

<sup>12</sup> Otje Salman Soemadiningrat, *Op.Cit*, hlm. 3.

<sup>13</sup> Theo Huijbers, *Op.Cit*, hlm. 213-214

<sup>14</sup> Lili Rasjidi dan Ira Thania, *Op.Cit*, hlm. 66-67.

<sup>15</sup> Menurut Moch. Munir, *Op.cit*, hlm. 3-4, bahwa kemajemukan masyarakat terjadi karena berbagai sebab yakni adanya berbagai macam suku bangsa dan agama yang dianut oleh masyarakat, adanya ikatan bersifat primordial dan pengalaman historis yang berbeda dari masyarakat yang bersangkutan. Kemajemukan masyarakat tersebut mengakibatkan terjadinya pluralism hukum dalam bidang social budaya dan hukum yang dapat berpengaruh terhadap perubahan-perubahan yang sedang berlangsung.

hukum yang hidup dalam masyarakat yaitu hukum adat. Hal ini selaras dengan pendapat Van Vollenhoven bahwa system pemberlakuan hukum adat tidak didasarkan pada peraturan-peraturan yang dibuat oleh pemerintah atau alat kekuasaan lainnya, yang menjadi sendinya dan diadakan sendiri oleh kekuasaan Belanda, melainkan pada tindakan-tindakan yang oleh adat dan oleh masyarakat dianggap patut dan mengikat, disamping itu penduduk memiliki keyakinan yang sama menyatakan bahwa aturan-aturan adat harus dipertahankan oleh kepala adat dan petugas-petugas lainnya dan memiliki sanksi.<sup>16</sup>

Hal ini senada dengan teori yang dikemukakan oleh Soedikno yaitu :

1. Teori kekuatan (*machtstheorie*) hukum mempunyai kekuatan berlaku secara sosiologis apabila dipaksakan berlakunya oleh penguasa, terlepas dari diterima ataupun tidak oleh warga masyarakat.
2. Teori Pengakuan (*anerkennungstheorie*) hukum mempunyai kekuatan berlaku sosiologis apabila diterima dan diakui oleh warga masyarakat.<sup>17</sup>

Pengakuan tersebut ditetapkan juga dalam konstitusi Negara Indonesia yaitu dalam Pasal 18 B Undang-undang 1945 bahwa Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip-prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang, dan selanjutnya dalam Pasal 28 I ayat (3) UUD 1945 bahwa identitas budaya dan masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban. Dan pada perubahan keempat UUD 1945 ditetapkan juga di dalam Pasal 32 ayat (1) bahwa Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya.

Selain yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan nasional, pengakuan hak-hak masyarakat adat secara Internasional akhir-akhir ini cenderung semakin meningkat. Salah satu puncak penghormatan terhadap keberadaan masyarakat hukum adat pada tahun 1993 oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), yang merupakan tindak lanjut dari rangkaian kesepakatan konvensi-konvensi dunia yang menekankan pentingnya pemerintah Negara-negara anggota PBB untuk segera melaksanakan pembebrdayaan masyarakat hukum adat.

Bukan hanya peraturan perundang-undangan nasional yang mengatur mengenai pengakuan akan hak-hak masyarakat adat, tetapi juga pengakuan dan dukungan dari masyarakat internasional. Ada sejumlah perjanjian internasional baik yang sifatnya mengikat maupun tidak yang mengaturnya. Sampai saat ini minimal ada 19 jenis dukungan internasional terhadap komunitas adat melalui perjanjian perjanjian internasional diantaranya, perlindungan terhadap hak-hak azasi, hak untuk berkumpul, hak atas tanah dan teritorial, kebebasan beragama, kepemilikan intelektual, hak kepemilikan adat, pengakuan tat ruang adat dan lain sebagainya.

<sup>16</sup> Van Vollenhoven, dalam Otje Salman, Op.Cit, hlm. 10.

<sup>17</sup> Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 2002, hlm. 87.

#### D. Kedudukan Hak Ulayat dalam Tata Hukum Indonesia

Bentuk hukum penguasaan tanah oleh masyarakat adat atau dikenal dengan hak ulayat di Indonesia cukup beragam. Hak ulayat merupakan istilah yang digunakan secara yuridis dan umum, walaupun sesungguhnya pada setiap persekutuan masyarakat hukum adat istilah yang digunakan berbeda-beda. Purnadi Purbacaraka dan Ridwan Halim mengemukakan bahwa hak atas tanah adat yang terdapat pada berbagai suku di Indonesia dapat dibedakan atas dua bentuk yaitu 'hak ulayat' dan 'hak pakai'. Hak ulayat merupakan hak meramu atau mengumpulkan hasil hutan serta hak untuk berburu. Pada hak ulayat bersifat komunal, pada hakikatnya terdapat pula hak perorangan untuk menguasai sebagian dari objek penguasaan hak ulayat tersebut. Untuk sementara waktu, seseorang berhak mengolah serta menguasai sebidang tanah dengan mengambil hasilnya, tetapi bukan berarti bahwa hak ulayat atas tanah tersebut menjadi terhapus karenanya. Hak ulayat tetap melapisi atau mengatasi hak pribadi atau perseorangan tersebut. Hak ulayat baru pulih kembali bila orang yang bersangkutan telah melepaskan hak penguasaannya atas tanah ulayat tersebut, sementara hak pakai membolehkan seseorang untuk memakai sebidang tanah bagi kepentingannya, biasanya terhadap tanah sawah dan ladang yang telah dibuka dan dikerjakan terus menerus dalam waktu yang lama.<sup>18</sup>

Berdasarkan kajian sejarah, ternyata eksistensi hak adat (hak ulayat) sudah lebih dahulu diakui dibandingkan dengan kemerdekaan bangsa Indonesia. Maria W Sumardjono menyatakan pengakuan hak ulayat adalah wajar, karena hak ulayat beserta masyarakat hukum adat telah ada sebelum terbentuk Negara Republik Indonesia tanggal 17 Agustus 1945.<sup>19</sup> Menurut Maria W Sumardjono untuk menentukan ukuran hak ulayat perlu ditentukan tiga ciri pokok:

1. adanya masyarakat hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu sebagai subjek hak ulayat
2. tanah/wilayah dengan batasan-batasan tertentu yang merupakan subjek hak ulayat
3. adanya kewenangan masyarakat hukum untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu sebagaimana yang telah ditentukan.

Pengakuan terhadap tanah ulayat juga terlihat pada Kongres Pemuda Indonesia pada tanggal 28 Oktober 1928 yang mencantumkan penghormatan terhadap hukum adat. Dalam perkembangannya bangsa Indonesia secara sadar telah melakukan pengaturan secara normatif terhadap eksistensi hak ulayat masyarakat hukum adat. Penghormatan eksistensi hukum adat dan hak ulayat sebagai hak asasi manusia, serta identitas budaya dan hak masyarakat tradisional selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.<sup>20</sup> Seperti yang terdapat dalam Pasal 6 Undang-undang No. 39 Tahun 1999 sebagai berikut:

1. Dalam rangka penegakan HAM, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat dan pemerintah
2. Identitas budaya masyarakat hukum adat termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi selaras dengan perkembangan zaman.

<sup>18</sup> Purbacaraka, Purnadi dan Ridwan Halim, *Sendi-sendi Hukum Agraria*, Ghalia Indonesia, 1993

<sup>19</sup> Maria.W Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan; Antara Regulasi dan Implementasi*, Kompas, Jakarta, 2001, hlm. 54.

<sup>20</sup> Moh. Koesnoe, *Catatan-Catatan Terhadap Hukum Adat Dewasa Ini*, Airlangga University Press, Surabaya, 1979, hlm. 102.

Penegasan hukum adat beserta hak-hak atas tanah ulayat pada masyarakat hukum adat sebagai suatu hak dasar (asasi) manusia merupakan suatu kemajuan dari segi perlindungan yang diberikan oleh konstitusi maupun peraturan di bawahnya. Kemajuan ini diharapkan bukan hanya pada tataran perumusan kebijakan akan tetapi pada implementasi harus benar-benar dijalankan.

Pengakuan hukum terhadap masyarakat adat di Indonesia, sejak pasca kemerdekaan sampai saat ini telah mengalami 4 fase pengakuan, *pertama*; setelah Indonesia merdeka tahun 1945, pendiri negara ini telah merumuskan dalam konstitusi negara (UUD 1945) mengenai pengakuan terhadap masyarakat adat. Di dalam UUD 1945 dikatakan bahwa di Indonesia terdapat sekitar 250 daerah-daerah dengan susunan asli (*zelfbesturende, volksgemeenschappen*), seperti marga, desa, dusun dan nagari, hal ini merupakan bentuk pengakuan dari UUD 1945 yang tidak terdapat dalam konstitusi-konstitusi yang pernah berlaku di Indonesia seperti UUD RIS dan UUDS.

*Kedua*; pengakuan hukum terhadap masyarakat hukum adat terjadi pada tahun 1960 dengan diundangkannya Undang-undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA). Pengakuan terhadap masyarakat hukum adat dan hak ulayat dilakukan sepanjang menurut kenyataan masih eksis serta sesuai dengan kepentingan nasional dan selaras dengan perundang-undangan di atasnya. Konsep pengakuan dalam UUPA berbeda dengan konsep pengakuan dalam UUD 1945 karena konsep pengakuan dalam UUPA adalah konsep pengakuan bersyarat.

*Ketiga*; pada awal rejim Orde Baru dilakukan legislasi terhadap beberapa bidang yang terkait erat dengan Masyarakat Hukum Adat dan Hak-haknya atas tanah seperti, Undang-undang No. 5 Tahun 1967 tentang Kehutanan dan Undang-undang No. 11 Tahun 1966 Tentang Pertambangan. Dalam kedua undang-undang ini mengatur pengakuan terhadap hak-hak Masyarakat Hukum Adat sepanjang masih ada. Yang kemudian pada perkembangannya setiap peraturan perundang-undangan yang dilegislati pada masa Orde Baru selalu mensyaratkan pengakuan apabila memenuhi unsur-unsur: (1) dalam kenyataan masih ada; (2) tidak bertentangan dengan kepentingan nasional; (3) tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi; dan (4) ditetapkan dengan peraturan daerah, konsep ini dikenal dengan nama konsep pengakuan bersyarat berlapis. Yang intinya untuk diakui eksistensinya suatu Masyarakat Hukum Adat harus memenuhi syarat sosiologis, politis, normatif yuridis dan prosedural (ditetapkan dengan Peraturan Daerah), dengan demikian pengakuan hukum tersebut tidak memberikan kebebasan bagi masyarakat adat melainkan memberikan batasan-batasan.

*Keempat*; pasca reformasi UUD 1945 diamandemen, pada amandemen kedua tahun 2000 dihasilkan pengaturan pengakuan masyarakat hukum adat dan hak-haknya. Berdasarkan ketentuan pasal 18B ayat (2) UUD 1945 Amandemen Kedua, pasal 41 Tap. MPR No. XVII/MPR/1998 Tentang Hak Asasi Manusia II. Piagam HAM, pasal 6 Undang-undang No. 39 Tahun 1999 Tentang HAM dan ketentuan undang-undang lain yang terkait, maka dapat ditarik benang merah bahwa pengakuan terhadap masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya pada masa reformasi masih menerapkan pola pengakuan yang sama dengan Orde Baru yaitu pengakuan bersyarat berlapis.

## E. Penutup

Pengakuan dan perlindungan terhadap hak masyarakat adat di Indonesia dipengaruhi oleh beberapa pandangan, yaitu pandangan dari mazhab sejarah yang mengatakan bahwa hukum itu merupakan fenomena historis, bahwa hukum merupakan salah satu faktor dalam kehidupan bersama suatu bangsa seperti bahasa, adat, moral, dan tata negara. Oleh karena itu, hukum adalah sesuatu yang bersifat supra individual, suatu gejala masyarakat, suatu masyarakat lahir dalam sejarah, berkembang dengan sejarah dan lenyap dalam sejarah. Lepas dari perkembangan masyarakat tidak terdapat hukum sama sekali, yang kemudian disempurnakan dengan teori sociological jurisprudence yang menengahkan pentingnya hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pasal 18 B UUD 1945 yang menyatakan bahwa negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip-prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang. Selanjutnya dalam Pasal 28 I ayat (3) UUD 1945 bahwa identitas budaya dan masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban. Secara internasional keberadaan masyarakat hukum adat diakui dalam beberapa konvensi internasional antara lain konvensi ILO 9 International Labour Organization No. 169 Tahun 1989.

Eksistensi masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya sangat tergantung oleh syarat yang diberikan negara, yakni sepanjang masih hidup, sesuai dengan perkembangan zaman, dan sesuai dengan prinsip NKRI dan diatur oleh undang-undang. Hal ini menunjukkan bahwa hukum negara lebih superior dibandingkan dengan hukum adat, keberadaan hukum adat bergantung sekali dengan belas kasihan undang-undang. Di dalam konstitusi hukum adat beserta hak tradisionalnya dipandang sebagai hak konstitusional sekaligus sebagai hak asasi manusia, dengan demikian sebagai pembaharuan hukum nasional sepantasnya hukum adat ditempatkan pada kedudukan yang sejajar dengan undang-undang. Kesejajaran ini akan memberikan alternatif bagi masyarakat hukum adat maupun pihak luar untuk melakukan pilihan hukum ketika terjadi suatu hubungan hukum yang mengatur kepentingan-kepentingan mereka.

## F. Daftar Pustaka

Achmad Sodiki, *Kebijakan Sumberdaya Alam dan Implikasi Juridisnya pasca-TAP MPR NO. IX/MPR/2001 dan Keppres No.34 Tahun 2003*, makalah disampaikan dalam Seminar Nasional “Eksistensi dan Kewenangan BPN Pasca-Keputusan Presiden No.34 Tahun 2003”. Malang.

—————, *Eksistensi Hukum Adat; Konseptualisasi, Politik Hukum dan Pengembangan Pikiran Hukum Sebagai upaya Perlindungan Hak Masyarakat Adat*. Disampaikan pada “Seminar Eksistensi Hukum Adat dalam Politik Hukum di Indonesia”. Fakultas hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2004.

—————, *Masalah Konflik Peraturan Perundang-undangan dan Konflik di Lapangan Agraria dan Usulan Penanganannya (Mencari Format Penangan Konflik Agraria dalam rangka Implementasi TAP MPR No. IX/MPR/2001)*. Makalah disampaikan sebagai Penanggap Utama dalam “Seminar Nasional Strategi Pelaksanaan

Pembaharuan Agraria”, 26 September 2002.

- , *Penataan Kepemilikan Hak Atas Tanah di Daerah Perkebunan Kabupaten Malang (Studi Tentang Dinamika Hukum)*. Disertasi Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 1994
- B. Malinowski, *Crime and costum in Sarage Society*. Paterson N.J, Littlefield, 1959.
- Husen Alting, *Dinamika Hukum Dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah (Masa Lalu, Kini dan Masa Mendatang)*, Yogyakarta: LaksBang PRESSindo, 2010
- Holleman, F.D. 1923. *Het Adat Grondenrech van Ambon en de Deliasers*, Dalam Soplantila, H.M et.al. *Pola Penguasaan, Pemilikan dan Penggunaan tanah Secara Tradisional*, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Jakarta, 1992.
- Ikhsan Malik, *Menyeimbang Kekuatan, Pilihan Strategis Menyelesaikan Konflik Atas Sumber Daya Alam*. Jakarta: Yayasan Kemala, 2003.
- Lili Rasjidi dan Ira Tahania, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti., 2004.
- Maria S Sumardjono, *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, Kompas, 2008
- , *Kebijakan Pertanahan; Antara Regulasi dan Implementasi*, Jakarta, Buku Kompas, 2001
- Moch. Munir, *Penggunaan Pengadilan Negeri sebagai Lembaga Untuk Menyelesaikan Sengketa Dalam Masyasrakat*, (Disertasi) Universitas Airlangga, Surabaya. 1997.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Kerangka Penegakan Hukum Nasional*, Bandung: Alumni, 1995.
- Moh.Koesnoe, *Hukum Adat; Dalam Alam Kemerdekaan Nasional dan Soalannya Menghadapi Era Globalisasi*, Surabaya: Ubara Press, 1996.
- Moh. Koesnoe, *Catatan-catatan Terhadap Hukum Adat Dewasa ini*, Surabaya: Airlangga University Press, 1979.
- Moh. Kusnadi dan Bintan R Saragih, *Susunan Pembagian Kekuasaan Menurut Sistem Undang-undang Dasar 1945*, Jakarta: Gramedia, 1989.
- Otje Salman Soemadiningrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Bandung: Alumni, 2002.
- Sandra Moniaga, *Hak-hak Masyarakat Adat dan masalah serta kelestarian lingkungan Hidup di Indonesia*. Artikel utama dalam jurnal Wacana HAM, Media Pemajuan Hak Asasi Manusia, Nomor.10/Tahun II/12 Juni 2002, Jakarta.
- Soekanto dan Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Bandung: Alumni, 1978.
- Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002.
- Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Yogyakarta: Liberti, 2002.
- Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintas sejarah*, Yogyakarta: Kanisius, 1982.
- W,Friedmann, *Legal Theory*, Steven & Sons Limited, London, 1960.
- W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 1982.