

**PERKEMBANGAN PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT
MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH**

TESIS



Oleh :

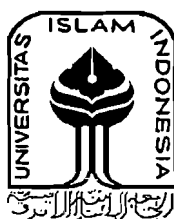
ARDIANSYAH

Nomor Mhs : 10912575
BKU : Hukum Agraria
Program Studi : Ilmu Hukum

**PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2012**

**PERKEMBANGAN PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT
MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH**

TESIS



OLEH :

**Nama Mhs. : ARDIANSYAH
No. Pokok Mhs. : 10912575
BKU : HUKUM AGRARIA**

**Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis
dan dinyatakan LULUS pada hari Jumat, 07 September 2012**

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2012**



**PERKEMBANGAN PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT
MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH**

Oleh :

Nama Mhs. : **ARDIANSYAH**
No. Pokok Mhs. : **10912575**
BKU : **HUKUM AGRARIA**

Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis
dan dinyatakan LULUS pada 07 September 2012

Pembimbing 1

Dr. Ni'matul Huda, SH., M.Hum.

Yogyakarta,

Pembimbing 2

J. Sembiring, S.H., MPA

Yogyakarta, *17-10-2012*,

Anggota Penguji

Dr. Winahyu Erwiningsih, SH., MH

Yogyakarta,



Mengetahui

Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia




Dr. Ni'matul Huda, SH., M.Hum

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	ii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iii
DAFTAR ISI.....	iv
KATA PENGANTAR.....	vii
HALAMAN MOTTO DAN PERSEMBAHAN.....	xi
PERNYATAAN ORISINALITAS.....	xii
ABSTRAKSI.....	xiii
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah.....	12
C. Tujuan Penelitian.....	13
D. Tinjauan Pustaka.....	13
E. Metode Penelitian.....	31
F. Kerangka Tesis.....	35
BAB II TINJAUAN UMUM TENTANG PERKEMBANGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI INDONESIA.....	38
A. Pengertian Hukum Adat, Masyarakat Hukum Adat, Hak Ulayat dan Tanah Ulayat Masyarakat Hukum adat.....	38
1. Hukum Adat.....	38
2. Masyarakat Hukum Adat.....	42
3. Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat.....	48
B. Hak Menguasai Negara.....	52
C. Konsep Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat di Indonesia.....	59

D. Perkembangan Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum adat di Indonesia Sebelum Otonomi Daerah.....	64
1. Zaman Kolonial Belanda.....	64
2. Zaman Kemerdekaan dan UUPA.....	72
3. Zaman Orde Baru.....	85

BAB III PERKEMBANGAN PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH... 99

A. Pengakuan Dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Amandemen UUD 1945.....	99
1. Hak Ulayat Dalam Pasal 18 B UUD 1945.....	102
2. Hak Ulayat Dalam Pasal 28 I UUD 1945.....	109
B. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Beberapa Undang-Undang Sektoral di Era Otonomi Daerah.....	112
1. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 Tentang Kehutanan.....	112
2. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Undang-Undang No.7 Tahun 2004 Tentang Sumber Daya Air.....	122
3. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 Tentang Mineral dan Batu Bara.....	126
C. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Beberapa Peraturan Daerah di Era Otonomi Daerah.....	133
1. Peraturan Daerah Kabupaten Lebak No. 32 Tahun 2001 Tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy.....	133
2. Peraturan Daerah Propinsi Sumatera Barat No. 16 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya.....	141

BAB IV KEWENANGAN PEMERINTAH DALAM PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH.....	157
A. Otonomi Daerah.....	157
B. Pelimpahan Kewenangan di Bidang Pertanahan Kepada Pemerintah Daerah	167
C. Kewenangan Pemerintah dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat di Era Otonomi Daerah.....	170
1. Wewenang Pemerintah Pusat.....	171
2. Wewenang Pemerintah Provinsi.....	173
3. Wewenang Pemerintah Kabupaten/Kota.....	175
D. Peran Pemerintah Daerah Dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat di Era Otonomi Daerah.....	180
BAB V PENUTUP	
A. Kesimpulan.....	193
B. Saran.....	198
DAFTAR PUSTAKA.....	201

KATA PENGANTAR

Assalamualaikum wr.wb

Segala puji dan syukur penulis panjatkan kepada Allah SWT, Yang Maha Kuasa, Pencipta Ilmu dan Pengetahuan, Yang Maha Pengasih lagi Maha Penyayang. Atas segala limpahan rizki dan karunia-Nya berupa ilmu pengetahuan, ijin dan rahmatnya, akhirnya penulis berhasil menyelesaikan Tesis yang berjudul: **“PERKEMBANGAN PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH”**

Penyusunan penulisan hukum ini penulis tujukan terutama untuk melengkapi salah satu syarat dalam mencapai derajat Magister Hukum (S2) dalam bidang ilmu hukum pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia. Pada kesempatan ini tidak lupa penulis mengucapkan rasa terima kasih yang tulus kepada:

1. Dr. Ni'matul Huda SH.,MH selaku ketua Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia dan ketua pembimbing dalam penulisan tesis ini, terima kasih atas bimbingannya selama ini kepada penulis.
2. Julius Sembiring SH., MPA selaku dosen pembimbing dalam penulisan tesis ini, terima kasih atas bimbingannya selama penulisan tesis ini, banyak pelajaran yang penulis dapatkan selama bimbingan dengan Bapak.
3. Bapak-bapak dan Ibu-ibu Dosen Pengajar Program Pasca Sarjana yang telah menyampaikan ilmunya kepada kepada penulis selama menjalani kuliah di Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

4. Bapak-bapak dan ibu-ibu karyawan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, terima kasih sudah membantu penulis dalam hal administrasi dan urusan akademik penulis selama kuliah.
5. Kakekku Alimuddin Laise “Nenek Pua”. Terima kasih ya nek, sudah mendoakan dan membantu penulis dalam menyelesaikan penelitian ini.
6. Nenek Caca, Terima kasih ya nek, sudah mendoakan dan membantu penulis dalam menyelesaikan penelitian ini.
7. Kedua orang tua penuli tercinta, ayahku Alwi Alimudin S.Sos dan mamaku Siti Isa Dahara S.Pd, yang selalu memberikan doa, kasih sayang, dukungan dan semangatnya kepada penulis sehingga penulis dapat menyelesaikan penulisan Tesis ini.
8. Kakak penulis Muhammad Kausar ST, yang selalu memberikan masukan dan dorongan kepada penulis untuk bisa lebih baik lagi.
9. Adik-adik penulis tersayang Armiyasa Lisda S.Pd beserta Bagus dan Alfiansyah, yang telah memberikan do’a dan menghibur penulis saat di rumah.
10. Sabriana, terima kasih sudah membantu dan menemani penulis dalam penulisan Tesis ini dan terima kasih selalu mengingatkan penulis untuk sholat dan berdoa, maaf kalau penulis terkadang marah-marah sama kamu.
11. Sahabat-sahabat penulis Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia angkatan XXV, sukses buat kalian semua, banyak ilmu yang penulis

dapatkan selama berdiskusi bersama kalian, semoga misi “federal” kita terkabulkan.

12. Sahabat-sahabat penulis di kost “sarang penyamun” (Gilang, Tuafiq, Henry, Andika), terima kasih atas kebersamaannya selama ini.
13. Sahabat-sahabat penulis di Dewan Perwakilan Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Heriyanto, M. Rizal, Yudi Surya Hariyanto, M. Guntur, Ria Novika Sari, Andree Jadtra.
14. Keluarga Besar Ikatan Solidaritas Mahasiswa Hukum 2005 (ISOMHA), semoga kalian semua sukses di kampung masing-masing.
15. Saudara-saudara penulis di KKN UII 37 Unit 17, Abang, Maya, Ichan, Sandya, Fahmi, Sigit, Eko Jawos, Angga, Mas Ju, Icha, Sentot, semoga kita selalu saling mengingatkan, semangat, kompak, dan Never Give Up Bro.
16. Keluarga Besar Bapak Sutarjo Mantan Kepala Dukuh Padukuhan Jelapan, Terima kasih sebesar-besarnya, Semoga kekeluargaan kita bisa terus terjalin.
17. Saudara-saudara penulis di Ikatan Pelajar Mahasiswa Majene Yogyakarta (IPMMY) Nurul Islam, Kasriadi, Hamdy, Suhendi, Herry, Ishaq Fatta, Kose, Ruri, Anca, Aswar, angkatan 2011 dan angkatan 2012 dan semua saudara dan seniorku berasal dari Majene yang ada di Jogja.
18. Saudara-saudara penulis di IKAMA SULBAR, IPMPY dan IPMAJU, teruslah berjuang untuk tetap menjadikan Sulawesi Barat *Malaqbi*.

19. Sahabat-sahabat penulis di Himpunan Mahasiswa Pascasarjana Kalimantan Timur (HIMAPs KALTIM) Sabir, Ning, Vita, Rosvita, Sari, Alma, Arif, Dadang, bang Aldi, mbak Yusi, Ita, Durani semoga kebersamaan kita tidak hanya terjalin di Yogyakarta saja, tetapi juga bisa terjalin dengan baik di Kalimantan Timur dan bersama membangun Kalimantan Timur menjadi lebih baik.

Penulis menyadari sepenuhnya bahwa penulisan hukum ini masih jauh dari sempurna, mengingat keterbatasan dan kemampuan penulis. Oleh karena itu dengan lapang dada penulis ingin mengharapkan segala saran dan kritik yang bersifat membangun dari semua pihak untuk kesempurnaan penulisan hukum ini.

Akhir kata semoga penulisan hukum ini dapat bermanfaat bagi semua serta pengembangan pengetahuan hukum.

Yogyakarta, 17 September 2012

Penulis

HALAMAN MOTTO DAN PERSEMBAHAN

Sesungguhnya beserta kesukaran ada kemudahan, maka apabila engkau telah selesai dari suatu urusan maka kerjakanlah urusan lain dengan sungguh-sungguh dan hanya kepada Tuhanmu hendaklah engkau berharap.
(Al Qur'an Surah Al Insyirah :6-8)

Dan perjuangan adalah pelaksanaan kata-kata
(WS Rendra)

Tesis ini penulis persembahkan dengan tulus, ikhlas, dan hati yang suci kepada :

Orang tua dan keluarga penulis :
yang selalu mendoakan dan memberi dukungan
kepada penulis baik secara material maupun spiritual

Para Guru dan Dosen yang telah mengajar, mendidik, dan membimbing penulis

PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis dengan judul :

PERKEMBANGAN PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH

Benar-benar karya penulis, kecuali bagian-bagian tertentu yang telah diberikan keterangan pengutipan sebagaimana etika akademis yang berlaku. Jika terbukti bahwa karya ini bukan karya penulis sendiri, maka penulis siap untuk menerima sanksi sebagaimana yang telah ditentukan oleh Program Pascasarjana fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Yogyakarta, 17 September 2012

ARDIANSYAH

ABSTRAKSI

Hak ulayat masyarakat hukum adat di Indonesia mengalami perubahan dari masa ke masa, sejak zaman kolonial Belanda, hak ulayat masyarakat hukum adat sudah menjadi pembahasan tersendiri oleh pemerintahan Hindia Belanda. Pada saat kemerdekaan, terjadi perubahan yang sangat revolusioner terhadap perkembangan agraria di Indonesia, hal tersebut juga terjadi pada hak ulayat masyarakat hukum adat. Pada tahun 1960 lahirlah undang-undang yang revolusioner yaitu Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria. Hak ulayat mendapatkan pengakuan eksistensi dan pelaksanaannya. Pelaksanaan hak ulayat diakui sepanjang menurut kenyataan masih ada, tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Dalam perkembangannya, pola penguasaan tanah berdasarkan kearifan lokal semakin hari terpinggirkan akibat politik hukum pertanahan pemerintah yang secara tidak tegas melakukan pengaturan dan perlindungan terhadap hak masyarakat hukum adat setempat. Akibatnya terjadi perebutan tanah baik oleh pemerintah, pengusaha maupun antar masyarakat. Pemerintah dan pengusaha dianggap telah mengambil tanah masyarakat tanpa ada kompensasi yang seimbang. Masyarakat merasa diabaikan dan tidak mendapatkan manfaat atas lahan yang notabene telah dikuasai secara turun temurun dan telah menjadi sumber kehidupan mereka. Otonomi daerah tidak jarang dijadikan salah satu alasan mempercepat penyempurnaan undang-undang sektoral, dengan tujuan agar lebih dapat mengoptimalkan eksploitasi sumber-sumber agraria sektoral yang bersangkutan, dan belum memberi cukup jaminan atas keberlanjutan sumber-sumber agraria tersebut berikut jaminan akses yang adil terhadap perolehan dan pemanfaatan sumber-sumber agraria bagi masyarakat, termasuk masyarakat hukum adat. Salah satu upaya pemerintah daerah dalam menanggulangi permasalahan hak ulayat masyarakat hukum adat adalah dengan melakukan penetapan tanah ulayat, hal tersebut sesuai dengan amanah Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, Dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota. Peraturan Pemerintah tersebut memberikan ruang untuk memberikan penetapan tanah ulayat oleh pemerintah daerah, jadi pemerintah memberikan legalitas kepada tanah ulayat tersebut.

Kata Kunci : Perkembangan, Hak Ulayat, Masyarakat Hukum Adat, Pengakuan, Perlindungan, Otonomi Daerah.

BAB I

PENDAHULUAN

I. Latar Belakang Masalah

Wacana masyarakat hukum adat berjalan seiring dengan sejarah kolonialisme modern sekitar abad ke enam belas silam. Sejak waktu itulah, masyarakat hukum adat mendiami wilayah yang kemudian dikuasai dan dijajah oleh kaum kolonialis itu sebagai *indigenous*, *native*, *aboriginal*. Sementara wacana tentang hak-hak masyarakat hukum adat berjalan seiring dengan fenomena bangkitnya gerakan hak asasi manusia terutama yang mengemuka pada abad 20, tetapi juga sudah mulai dalam praksis politik dan refleksi teoritis para filosof sejak abad 17, bahkan sejak para pemikir Yunani Kuno. Namun demikian, wacana dan gerakan hak-hak masyarakat hukum adat ini terkesan menjadi anak tiri dalam diskursus dan gerakan hak asasi manusia secara umum.

Tentu saja hal ini mempunyai alasan dan sejarahnya sendiri, dimana diskursus hak asasi manusia yang selama ini lebih didominasi oleh paradigma liberalisme yang lebih memberikan penekanan pada hak-hak individu dan menafikan hal-hal komunal.¹ Di Indonesia, terdapat banyak masyarakat hukum adat yang berbeda-beda di masing-masing propinsi. Masyarakat hukum adat di Indonesia mempunyai hukum sendiri-sendiri yang bersifat tidak tertulis yang biasa disebut dengan hukum adat.

¹ Rafael Edy Bosko, *Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat Dalam Konteks Pengelolaan Sumber Daya Alam*, diterjemahkan oleh Aviva Nababan, ELSAM, Jakarta, 2006, hlm. 6

Hukum adat yang menjadi fokus dalam penelitian ini adalah hukum pertanahan dalam masyarakat hukum adat. Pertanahan dalam hukum adat tidak lepas dari hak ulayat masyarakat hukum adat.

Hak ulayat masyarakat hukum adat di Indonesia mengalami perubahan dari masa ke masa, sejak zaman kolonial Belanda, hak ulayat masyarakat hukum adat sudah menjadi pembahasan tersendiri oleh pemerintahan Hindia Belanda. Asas *Domein Verklaring* menjadi senjata yang paling ampuh untuk merampas tanah-tanah masyarakat pribumi termasuk hak ulayat masyarakat hukum adat. Sehingga pada era kolonial Belanda, hak ulayat masyarakat hukum adat tidak mendapatkan pengakuan dan perlindungan oleh pemerintah. Dengan berlakunya *Agrarische Beshuit* yang mengandung pernyataan *Domein Verklaring* tersebut, maka hak ulayat masyarakat hukum adat menjadi tanah milik negara karena tidak terkategori sebagai *eigendom* maupun *agrarische eigendom*.

Pada saat kemerdekaan, terjadi perubahan yang sangat revolusioner terhadap perkembangan agraria di Indonesia, hal tersebut juga terjadi pada hak ulayat masyarakat hukum adat. Pada tahun 1960 lahirlah undang-undang yang revolusioner yaitu Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. Hak ulayat mendapatkan pengakuan eksistensi dan pelaksanaannya. Pelaksanaan hak ulayat diakui sepanjang menurut kenyataan masih ada, tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Menurut UUPA, pembatasan pengakuan terhadap hak ulayat didasarkan pada pandangan dasar bahwa setelah menjadi sebuah negara, seluruh bumi, air, ruang angkasa, dan kekayaan alam yang ada didalamnya, menjadi milik atau hak dari seluruh bangsa Indonesia, tidak lagi menjadi semata-mata hak dari pemiliknya saja dan masyarakat-masyarakat hukum adat, setelah Indonesia merdeka bukan lagi merupakan bagian terpisah dari bangsa Indonesia.² Jadi pada saat pasca kemerdekaan dan orde lama, hak ulayat masyarakat hukum adat mendapatkan pengakuan bersyarat dalam UUPA dan bahkan hingga era Orde Baru dan era Otonomi Daerah saat ini.

Pada saat berakhirnya pemerintahan Orde Lama, terjadi perubahan yang sangat besar dalam perkembangan agraria di Indonesia, dengan lebih mengutamakan pembangunan, pemerintahan Soeharto membuka pintu selebar-lebarnya kepada investor-investor asing untuk menguasai dan mengelola kekayaan alam di Indonesia. Dapat dilihat pada peraturan perundang-undangan yang dibuat pada awal berdirinya Orde Baru yaitu Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. Seiringan dengan itu terbit juga Undang-Undang sektoral yang mengesampingkan UUPA. Terjadi denasionalisasi (privatisasi) perusahaan asing pada tahun 1967 yang sebelumnya telah dinasionalisasi oleh pemerintahan Soekarno pada tahun 1958. Hal ini dengan alasan kondisi perekonomian yang kritis dan defisit sebagai peninggalan Orde Lama. Bahkan sebelumnya dilakukan negosiasi penjadwalan ulang atas utang-utang luar negeri sekaligus mengajukan pinjaman-

² Rikardo Simarmata, *Pengakuan Hukum Terhadap Masyarakat Adat Di Indonesia*, UNDP, Jakarta, 2006, hlm. 58

pinjaman baru.

Selama pemerintahan Orde Baru sudah banyak dikeluarkan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan bidang agraria, bahkan beberapa undang-undang yang sifatnya parsial dalam bidang agraria sudah diundangkan seperti : Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kehutanan, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Pertambangan, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Minyak dan Gas Bumi, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan, dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1982 tentang Lingkungan Hidup. Semua undang-undang tersebut hanya beberapa yang menyinggung keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat, bahkan di dalam UU pertambangan mengharamkan aktivitas masyarakat hukum adat yang menghalang-halangi proses pertambangan. Dalam peraturan organik (PP No. 21 Tahun 1970 tentang Pengusahaan Hutan dan Hak Pemungutan Hasil Hutan) UU kehutanan, hak masyarakat hukum adat dalam memungut hasil hutan dapat dibekukan. Dengan begitu terjadilah perubahan nilai terhadap hukum agraria di Indonesia dimana pada saat Orde Lama lebih mementingkan kepentingan kolektif sedangkan Orde Baru lebih mementingkan kepentingan individual terutama korporasi.

Pada saat runtuhnya era orde baru, terjadi perkembangan dalam agraria di Indonesia terutama dalam hak masyarakat hukum adat. Di era reformasi telah membawa perubahan yang berarti, minimal pada tataran konstitusi. Perubahan tersebut ditandai dengan pengakuan terhadap kearifan lokal melalui Amandemen

Kedua UUD 1945 pada Pasal 18B 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.”

Guna melakukan perubahan terhadap berbagai peraturan perundang-undangan yang selama ini membelenggu penguasaan tanah, agar memberikan penghidupan dan keadilan agraria bagi masyarakat, maka Majelis Permusyawaratan Rakyat mengeluarkan TAP MPR No.IX/MPR/2001 tentang Pembaharuan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam. Pada intinya pembaruan agraria (reforma agraria) adalah perubahan struktural yang mendasarkan diri pada hubungan-hubungan intra dan antar subjek-subjek agraria dalam kaitan akses (penguasaan dan pemanfaatan) terhadap objek – objek agraria. Namun, secara konkret pembaruan agraria diarahkan untuk melakukan perubahan struktur penguasaan tanah dan perubahan jaminan kepastian penguasaan tanah bagi rakyat yang memanfaatkan tanah dan kekayaan alam yang menyertainya.³

Melalui prinsip dan arah pembaharuan agraria di atas, serta perubahan paradigma pengelolaan pemerintah desentralistik melalui pemberian otonomi yang bertanggung jawab kepada daerah, maka dikeluarkanlah Keppres Nomor 34 tahun

³ Ida Nurlinda, *Prinsip-Prinsip Pembaruan Agraria Perspektif Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009, hlm. 77

2003⁴ tentang Kebijakan Nasional di Bidang Pertanahan dimana sebagian kewenangan pemerintah di bidang pertanahan dilaksanakan oleh pemerintah kabupaten/kota. Dilihat dari sistem pemerintahan dalam konteks otonomi daerah, bahwa segala kebijakan politik tersebut merupakan pelimpahan (asas dekonsentrasi) wewenang pemerintah pusat kepada daerah. Di samping itu daerah juga memiliki kewenangan untuk mengatur masalah pertanahan dalam rangka melaksanakan asas desentralisasi.

Dalam perkembangannya, pola penguasaan tanah berdasarkan kearifan lokal semakin hari terpinggirkan akibat politik hukum pertanahan pemerintah yang secara tidak tegas melakukan pengaturan dan perlindungan terhadap hak masyarakat hukum adat setempat. Akibatnya terjadi perebutan tanah baik oleh pemerintah, pengusaha maupun antar masyarakat. Pemerintah dan pengusaha dianggap telah mengambil tanah masyarakat tanpa ada kompensasi yang seimbang. Masyarakat merasa diabaikan dan tidak mendapatkan manfaat atas lahan yang notabene telah dikuasai secara turun temurun dan telah menjadi sumber kehidupan mereka.

⁴ Pasal 2 Ayat (1) dan (2) dalam Keppres 34 tahun 2003, disebutkan bahwa :

Ayat (1) : sebagian kewenangan pemerintah di bidang pertanahan di laksanakan oleh pemerintah Kabupaten/Kota.

Ayat (2) : kewenangan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) adalah :

- a. Pemberian ijin lokasi
- b. Penyelenggaraan pengadaan tanah untuk pembangunan
- c. Penyelesaian sengketa tanah garapan
- d. Penyelesaian masalah ganti kerugian dan santunan tanah untuk pembangunan
- e. Penetapan subyek dan obyek redistribusi tanah, serta ganti kerugian tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee
- f. Penetapan penyelesaian tanah ulayat
- g. Pemanfaatan dan penyelesaian tanah kosong
- h. Pemberian ijin membuka tanah
- i. Perencanaan penggunaan tanah wilayah Kabupaten/Kota

Sebagaimana dimaklumi, UUPA sebagai salah satu karya monumental yang terbit pada tahun 1960, karena berbagai kendala (stabilitas penyelenggaraan negara, konflik politik, kebutuhan yang mendesak) akhirnya baru berhasil mengatur tentang hal-hal yang berhubungan dengan pertanahan saja. Hal ini sering dipandang sebagai kekurangan UUPA, karena ruang lingkup pengaturan UUPA tidak sesuai dengan judulnya, bahwa istilah agraria seharusnya menunjuk pada obyek pengaturan yang lebih luas yakni segala sesuatu yang meliputi/berkenaan dengan bumi, air, ruang udara dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya.

Dalam perkembangannya kemudian, kekuranglengkapan UUPA itu tidak segera diisi, tetapi karena kebutuhan pragmatis untuk mengakomodasi pertumbuhan ekonomi pada awal tahun 1970-an, maka pekerjaan rumah UUPA yang belum selesai itu telah diambil alih oleh berbagai sektor lain, dengan sama sekali meninggalkan prinsip-prinsip dasar yang telah diletakkan oleh UUPA seperti Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1967 Tentang Kehutanan diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Pertambangan diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batu Bara, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Minyak dan Gas Bumi direvisi dengan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 direvisi dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.⁵

⁵ Maria SW. Sumardjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya*, Kompas, Jakarta, 2008, hlm. 48

Dapat disimpulkan bahwa seluruh peraturan perundang-undangan tersebut bermaksud untuk mengakui hak masyarakat hukum adat termasuk hak ulayat/tanah adat. Akan tetapi, apabila ditelaah kembali, terdapat ketidakjelasan dalam peraturan mengenai hak ulayat (tanah adat) tersebut yang menimbulkan berbagai penafsiran yang tidak memadai dengan tujuan perlindungan tanah-tanah hak tersebut. Bahkan dalam implementasinya, sering kali kelemahan atas ketidakjelasan tersebut digunakan oleh pihak-pihak tertentu untuk mengabaikan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat hukum adat.⁶ Di era otonomi daerah saat ini, seharusnya keberadaan ketidakjelasan tersebut dapat segera di minimalisir dengan kebijakan-kabijakan daerah yang melindungi hak-hak masyarakat hukum adat.

Dalam teori politik hukum dikenal adanya dua jenis konsep hak berdasarkan asal usulnya. Pertama adalah hak bawaan dan kedua adalah hak berian. Dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 maupun Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah jelas dinyatakan apa yang dimaksud dengan otonomi. Disitu disebutkan bahwa otonomi menyangkut tiga aspek, yaitu desentralisasi, dekonsentrasi, dan tugas pembantuan. Dengan demikian, otonomi yang dimaksud dalam otonomi daerah adalah pelimpahan wewenang, dan itu berarti adalah hak berian. Sementara itu yang dimaksud dengan otonomi dalam konteks masyarakat hukum adat adalah hak bawaan. Sifat dari hak ini adalah melekat dan

⁶ Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan Pemerintah di Bidang Pertanahan*, Rajawali Press, Jakarta, 2008, hlm. 29

tidak dapat dipisahkan namun dapat dibedakan.⁷

Seharusnya dengan adanya otonomi daerah, pemerintah daerah memahami adanya hak bawaan tersebut bukan yang di pahami adalah hak berian, artinya pemerintah daerah bukan dengan serta merta harus terus menerus membuat Peraturan-peraturan yang mengatur tentang masyarakat hukum adat sebagai bentuk pengakuan terhadap keberadaan suatu masyarakat hukum adat di sebuah daerah. Dalam masyarakat hukum adat, ada kaitan antara hak yang satu dengan hak yang lain, dengan menghilangkan salah satu hak saja maka hilang pulalah seluruh hak yang lain, dan dengan demikian berakhirilah identitas mereka sebagai sebuah komunitas masyarakat hukum adat.

Hal ini terjadi jika pemerintah dengan para pemodal mengambil alih tanah masyarakat hukum adat, sadar maupun tidak sadar mereka sudah memandulkan kelembagaan adat. Dengan mandulnya kelembagaan adat, maka proses dan mekanisme pengurusan diri sendiri menjadi tak berjalan pula. Hal ini banyak terjadi di daerah-daerah yang dimana terdapat sumber daya agraria yang melimpah seperti Kalimantan Timur, Jambi, Riau, Nusa Tenggara Barat dan Papua. Propinsi-propinsi tersebut merupakan sejumlah propinsi yang terdapat banyak komunitas masyarakat hukum adat yang “kebingungan” ke mana harus merujuk ketika menghadapi sebuah kasus.⁸ Ketika lembaga adat tak berfungsi lagi, maka pemerintah menganggap masyarakat hukum adat di daerah tersebut sudah tidak bisa dikatakan masih ada.

⁷ Rafael Edy Bosko, *Hak-hak masyarakat hukum adat....Op.Cit*, Hlm. 208

⁸ *Ibid*, Hlm. 210

Dengan demikian upaya penyelesaian permasalahan otonomi daerah dengan masyarakat hukum adat diarahkan untuk menghilangkan masyarakat hukum adat di daerah-daerah.

Salah satu upaya pemerintah daerah dalam menanggulangi permasalahan hak ulayat masyarakat hukum adat adalah dengan melakukan penetapan tanah ulayat, hal tersebut sesuai dengan amanah Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, Dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota. Peraturan Pemerintah tersebut memberikan ruang untuk memberikan penetapan tanah ulayat oleh pemerintah daerah, jadi pemerintah memberikan legalitas kepada tanah ulayat tersebut.

Di zaman legalitas sekarang ini, semua harus diakui jika ada legalitas atau pengesahan dari pemerintah, sehingga hak bawaan tanah ulayat pun harus berubah menjadi hak berian. Namun, yang terjadi adalah perda – perda yang dibuat oleh pemerintah daerah masih mengalami kendala dalam hal pembatasan wilayah tanah hak ulayat. Oleh karena itu, Perda yang dibuat oleh Pemerintah Daerah lebih banyak memberikan pengakuan terhadap masyarakat hukum adatnya saja. Hal tersebut dapat dibuktikan dalam Perda Kabupaten Nunukan Nomor 3 Tahun 2004 tentang Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, Pemerintah Daerah belum bisa membuat peta tanah hak ulayat masyarakat hukum adatnya karena ikatan kekerabatannya masih sangat kuat dan masih sulit duduk berdampingan dengan pemerintah daerahnya karena

sering terjadi konflik.⁹ Berbeda dengan masyarakat Baduy di Propinsi Banten dalam Perda Nomor 32 Tahun 2001 tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy, Perda tersebut lebih lengkap dan tegas dalam hal pengakuan, penghormatan, dan perlindungan hak ulayatnya daripada perda-perda yang lain, peta tanah hak ulayatnya pun sudah ada dibuat dan ditetapkan dalam keputusan Bupati No. 590/Kep.233/Huk/2002 tentang Penetapan Batas-Batas Detail Tanah Hak Ulayat Masyarakat hukum adat Baduy di Desa Kanekes Kecamatan Leuwidamar Kabupaten Lebak.

Pelaksanaan otonomi daerah memang masih diwarnai oleh berbagai persoalan, namun bagi bangsa Indonesia yang mendiami negara kepulauan, otonomi daerah adalah sebuah jawaban yang cermat dan cerdas untuk menjaga keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Spirit yang harus muncul ketika melihat persoalan-persoalan terkait pelaksanaan otonomi daerah adalah spirit mencari solusi untuk meminimalisir akses negatif dari pelaksanaan otonomi daerah. Otonomi daerah adalah sebuah jawaban bagi bangsa yang telah bosan melihat adanya ketimpangan antar daerah dalam berbagai bidang.

Pentingnya penelitian ini adalah untuk mengetahui bagaimana seharusnya perkembangan hukum agraria di Indonesia benar-benar menyentuh kepada hak ulayat bukan hanya kepada eksistensi dan pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat saja. Meskipun hak ulayat masyarakat hukum adat bukan sebagai obyek hukum

⁹ Ida Nurlinda, *Prinsip-Prinsip...*, Op.Cit, hlm. 141

dalam pendaftaran tanah¹⁰ tetapi dengan adanya otonomi daerah, masyarakat hukum adat seharusnya dapat memperoleh eksistensi dan perlindungan terhadap hak ulayatnya secara hukum dari pemerintah daerah. Yang terjadi sekarang adalah masyarakat hukum adat hanya diakui keberadaannya dengan syarat-syarat tertentu, seharusnya diakui juga hak-hak yang melekat pada masyarakat hukum adat tersebut terutama hak-hak ulayatnya.

Dari latar belakang di atas maka penulis akan mengadakan penelitian yang berjudul “Perkembangan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat di Era Otonomi Daerah di Indonesia”.

A. Rumusan Masalah

1. Bagaimanakah perkembangan pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat di Indonesia?
2. Bagaimanakah peran pemerintah daerah di bidang pertanahan dalam hal pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat di era otonomi daerah di Indonesia?

¹⁰ UUPA tidak memerintahkan pendaftarannya, dan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, hak ulayat secara sadar tidak dimasukkan dalam golongan obyek pendaftaran tanah. Secara teknis tidak mungkin, karena batas-batas tanahnya tidak mungkin dipastikan tanpa menimbulkan sengketa antarmasyarakat hukum yang berbatasan. Lihat Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*. Djambatan, Jakarta, hlm. 193

B. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah untuk mengetahui perkembangan pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat dan peranan pemerintah daerah dalam pelaksanaan perlindungan dan pengakuan hak ulayat masyarakat hukum adat di era otonomi daerah di Indonesia.

C. Tinjauan Pustaka

1. Konsep Pengakuan, Perlindungan, dan Perkembangan

Pengakuan berarti proses, cara, perbuatan mengaku atau mengakui sedangkan kata "mengakui" berarti menyatakan hak. Pengakuan dalam konteks hukum internasional, misalnya keberadaan suatu negara atau pemerintahan biasanya mengarah pada istilah pengakuan *de facto* dan *de jure*. Pengakuan *de facto* adalah pengakuan yang bersifat sementara, karena pengakuan ini ditujukan kepada kenyataan-kenyataan mengenai kedudukan pemerintahan yang baru, apakah ia didukung oleh rakyatnya dan apakah pemerintahannya efektif yang menyebabkan kedudukannya stabil. Jika bisa 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-tindakan hukum lainnya. Pengakuan *de jure* adalah pengakuan suatu negara terhadap negara lain yang

diikuti dengan tindakan-tindakan hukum tertentu, misalkan pembukaan hubungan diplomatik dan pembuatan perjanjian antar kedua negara.¹¹

Pengakuan dalam kaitannya dengan masyarakat hukum adat atas tanah mengarah pada pengertian pengakuan dari negara atau 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 sumber daya 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 terhadap hak masyarakat hukum adat atas tanah dan sumber daya alamnya.¹²

Menurut John Austin, hukum dipandang sebagai suatu sistem yang tetap, logis, dan tertutup. Pihak superior (penguasa) yang menentukan apa yang diperbolehkan, kekuasaan dari superior itu memaksa orang lain untuk taat. Hukum diberlakukan dengan cara menakut-nakuti, dan mengarahkan tingkah laku orang lain ke arah yang diinginkannya. Hukum adalah perintah

¹¹ Husen Alting, *Dinamika Hukum dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2011, hlm. 55

¹² Ibid, hlm 56

yang memaksa yang dapat bijaksana dan adil, atau sebaliknya.¹³ John Austin mendefinisikan hukum sebagai hal yang semata-mata diproduksi oleh suatu otoritas publik penguasa di masyarakat, dan ini menuntut dua hal yaitu:¹⁴

- a. Hukum semata-mata merupakan kaidah-kaidah atau kategori imperatif (keharusan-keharusan) yang dibawah otoritas publik diterbitkan (ditetapkan), dan apapun yang telah ia terbitkan sebagai hukum dengan kebijakan terhadap seluruh keadaan ini;
- b. Para pengikut positivisme hukum yang menuntut suatu pemisahan yang tajam antara "hukum positif", "kaidah-kaidah moral" dan kebijakan kemasyarakatan, dan mereka mengidentifikasi keadilan dengan legalitas, itu adalah kepatuhan terhadap aturan-aturan yang diletakkan oleh negara.

Pengakuan hak ulayat masyarakat hukum adat tidak hanya terbatas pada bentuk pengakuan dalam hukum negara, tetapi karena secara faktual masyarakat Indonesia bersifat majemuk, maka pengakuan juga dapat diperoleh melalui hukum yang hidup dalam masyarakat yaitu hukum adat. Akan tetapi, hal ini belum bisa diterapkan di Indonesia, karena sejak zaman kolonial Belanda, Indonesia perlahan-lahan tunduk akan semua peraturan-peraturan yang dibuat oleh Belanda, walaupun masih dikenal hukum adat pada waktu itu.

Pemerintahan Kolonial Belanda di Indonesia mengakui keberadaan hukum adat sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan bangsa Belanda (Pasal 131 IS). Kemudian dalam Pasal 15 AB, bahwa kebiasaan hanya dapat

¹³ Abdul Aziz Hakim, *Negara Hukum Dan Demokrasi Di Indoensia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011, hlm. 54

¹⁴ Herman Bakir, *Filsafat Hukum, Desain dan Arsitektur Kesejarahan*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm. 276

disebut hukum apabila undang-undang menyebutnya. Pengakuan bersyarat dalam pemerintahan Belanda ternyata terjadi lagi pada saat Indonesia merdeka sampai saat ini. Pasal 3 dan Pasal 5 UUPA merupakan salah satu contoh pengakuan bersyarat yang diberikan kepada masyarakat hukum adat beserta kekayaannya.

Perlindungan mempunyai makna pemberian jaminan atas sesuatu sebagai konsekuensi dari sang pelindung. Dalam perlindungan, terdapat hak yang harus dijaga dan dihormati. Hak mengandung pengertian milik, kepunyaan, wewenang atau kekuasaan untuk berbuat sesuatu yang ditentukan oleh undang-undang. Inti yang terkandung dalam hak yaitu adanya suatu tuntutan dan dalam kaitannya dengan perlindungan hukum bagi rakyat terbayang adanya suatu *claim* dari rakyat.¹⁵

Menurut Fitzgerald, ciri-ciri yang melekat pada hak menurut hukum adalah sebagai berikut:¹⁶

- a. Hak itu diletakkan pada seseorang yang disebut sebagai pemilik atau subjek dari hak itu, ia juga disebut sebagai orang yang memiliki titel atas barang yang menjadi sasaran dari hak.
- b. Hak itu bertuju pada orang lain yaitu menjadi pemegang kewajiban, antara hak dan kewajiban terdapat hubungan korelatif.
- c. Hak yang ada pada seseorang mewajibkan pada pihak lain untuk melakukan (*monission*) atau tidak melakukan sesuatu perbuatan. Hal ini disebut sebagai isi hak.
- d. Perbuatan atau *omission* itu menyangkut sesuatu yang disebut objek dari hak.

¹⁵ Husen Alting, *Dinamika*....Loc.Cit., hlm. 74

¹⁶ Fitzgerald dalam Achmad Ali, *Menguk Tabir Hukum: Sebuah Kajian Filosofis Dan Sosiologis*, Toko Agung, Jakarta, 2002, hlm. 82

- e. Setiap hak menurut hukum itu mempunyai titel yaitu suatu peristiwa tertentu yang merupakan alasan melekatnya hak itu pada pemiliknya.

Berdasarkan pengertian di atas dapat disimpulkan bahwa terjadinya hak adalah hubungan hukum yang memberikan kekuasaan kepada seseorang, dan bersamaan pula dengan memberikan kewajiban bagi orang lain.

Perlindungan hukum lebih banyak ditekankan pada hukum negara, karena negara harus mampu memberikan perlindungan kepada seluruh masyarakatnya. Akan tetapi, dalam kenyataannya tidak semua hukum negara mampu memberikan perlindungan terhadap hak seseorang, seperti masih banyaknya dijumpai regulasi atau peraturan perundang-undangan yang diharapkan mampu melindungi tapi menjadi senjata untuk menghilangkan hak masyarakat.

Pengertian perkembangan menunjuk pada suatu proses yang sedang berlangsung. Proses yang dimaksud dapat mengarah pada dua keadaan, yaitu pertumbuhan dan perubahan. Pertumbuhan dan perubahan merupakan keadaan yang saling terkait satu dengan yang lainnya. Suatu pertumbuhan di ikuti atau didahului oleh perubahan dan begitu juga sebaliknya.

Pertumbuhan dan perubahan mengandung proses yang berbeda. Pertumbuhan merupakan perkembangan yang bersifat kuantitatif. Dalam hal ini yang terjadi adalah perluasan, peningkatan, dan penambahan jumlah dari sesuatu yang menjadi objek perkembangan. Sebagai contoh adalah lembaga sosial yang disebut keluarga yang dalam perkembangannya akan mengalami

pertambahan jumlah anggotanya yang akan diikuti pembentukan cabang-cabang keluarga. Di lain pihak, perubahan merupakan perkembangan yang bersifat kualitatif, yaitu berkaitan dengan pergantian, pergeseran, dan perbauran sesuatu yang lebih substansial seperti sistem nilai yang dianut, peranan-peranan, kepentingan-kepentingan, norma-norma pengatur kehidupan di masyarakat.¹⁷

Perkembangan hukum di Indonesia tidak berlangsung sebagaimana di negara yang sudah maju. Kemajuan hukum di negara maju dicapai melalui proses yang wajar dan evaluatif sejalan dengan tahapan-tahapan kemajuan di bidang ekonomi, politik, dan sosial masyarakat. Perkembangan secara evolusi telah dideskripsikan oleh beberapa ahli sosiologi hukum seperti Nonet dan Selznick yang menjelaskan perkembangan hukum dari hukum represif ke hukum otonomi dan berkembang menjadi hukum responsif. Perkembangan dari satu tipe hukum yang satu ke yang lainnya bukan akibat langsung dari perubahan sosial, ekonomi, dan politik namun lebih disebabkan oleh dinamika internal dari lembaga hukum sendiri.¹⁸

Perubahan yang terjadi pada lembaga sosial lainnya hanya menjadi pemicu awal untuk ditindaklanjuti oleh lembaga hukum untuk mengevaluasi kemampuannya mengatur kondisi sosial yang sudah berubah. Penyesuaian perlu dilakukan jika hukum yang ada sudah tidak fungsional bagi kehidupan

¹⁷ Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum Pertanahan Pendekatan Ekonomi Politik*, HUma, Jakarta, 2007, hlm. 1

¹⁸ Ibid

sosial yang baru dan keputusan penyesuaian itu sepenuhnya berada di tangan lembaga pembentuk hukum.¹⁹

Hukum harus terus berkembang sesuai dengan perkembangan zaman, seperti dalam teori relativitas Albert Einstein, bahwa “tidak ada sesuatu yang bergerak melebihi kecepatan cahaya, kecepatan cahaya adalah batas kecepatan dalam alam semesta, di luar kecepatan cahaya semuanya bergerak relative, kerelatifitasan gerak itu berpengaruh terhadap kerelatifitasan ruang, waktu, dan massa”. Dari argumentasi inilah kemudian dalam memandang hukum juga harus berubah, hukum tidak lagi dipandang sebagai tatanan yang mutlak dan konstan.²⁰

Dalam sejarah perkembangan hukum, hukum alam yang berkembang pertama kali dengan doktrin hukum alam yang selalu memuliakan “hukum dalam pengertian yang sesungguhnya” atau biasa disebut dengan “*The Real Law*” yang tak sekalipun dapat berevolusi atau terganggu oleh gerak perubahan sebagai konsekuensi dari berjalannya waktu ia kekal dan selalu akan tetap begitu dari sejak pertama kali dimunculkan dalam mitologi-mitologi Yunani, hingga berakhirnya peradaban spesies manusia nanti. Sistem ini diasumsikan memiliki keberlakuan yang kekal, universal, dan tak tergantikan oleh apapun dan siapapun, tak ada dicabut oleh siapapun atau otoritas apapun, dari sejak pertama Sang Pencipta menetapkannya. Hukum

¹⁹ Ibid, hlm. 2

²⁰ Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif Terapi Paradigmatik Bagi Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, AntonyLib-Indonesia, Yogyakarta, 2009 hlm. 21

yang sebenar-benarnya hukum adalah hukum yang selaras dengan alam, yang memantulkan kebenaran dan keadilan yang bersemayam di lubuk hati nurani tiap-tiap insan.

Dengan dilibatkannya unsur ketuhanan semacam itu, serta tingkat abstraksi yang diperlihatkan olehnya, orang akan berkesimpulan bahwa: doktrin hukum alam bermain dalam “dunia yang tidak tampak” atau dunia “*intelligible*”. Sehingga muncullah positivisme hukum, positivisme hukum menyatakan bahwa “ hukum alam itu bukanlah hukum dalam pengertian sesungguhnya.

Hal yang akan disebut sebagai hukum itu semata-mata adalah “hukum positif” yang senantiasa berevolusi dan menyesuaikan diri ke dalam gerak perubahan sebagai konsekuensi dari berjalannya waktu, sebagaimana masyarakat manusia berevolusi dan menyesuaikan diri pada perubahan. Hukum dengan demikian bukan lagi “unit-unit atau konsep-konsep dalam dalam derajat abstrak”, atau sebagai “hasil dari kegiatan orang mengabstraksi” ataupun sesuatu yang berada di dunia *intelligible*, melainkan sesuatu yang dihasilkan lewat pengalaman yang indrawi manusia, yang dalam keluasan dan kedalamannya semata-mata memperlihatkan karakter yang “positif”, “formal”, “jelas”, “pasti”, serta yang dapat mendatangkan “kehasilgunaan” secara praktikal.

Pada keadaan itu, orang bisa meluncurkan analisis dan kritik terhadap

hukum, artinya hukum bukan lagi sesuatu yang absolut, melainkan relatif. Dalam karakteristik ini, umumnya suatu *defines* tentang hukum menunjuk pada dua kriteria: “legalitas dan Otoritas”.²¹

Dalam konteks Indonesia yang sudah berada terlalu lama terjebak dalam lingkungan positivistik-legalistik, peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh para legislator atau penguasa negara ini masih banyak yang belum sesuai dengan keinginan masyarakat bahkan ada peraturan yang masih berlaku puluhan tahun yang lalu padahal masyarakat Indonesia terus berkembang seiring berjalannya waktu. Dengan terlalu positifnya hukum kita, maka perlu ada suatu paradigma baru yang harus bisa menyempurnakan hukum untuk mencapai suatu tujuannya yaitu keadilan. Keadilan menurut masyarakat dan bukan keadilan menurut para penguasa.

Menurut Satjipto Rahardjo, Indonesia tidak bisa lebih lama berlarut-larut dalam cara penegakan hukum sebagaimana selama ini dijalankan, Indonesia kini membutuhkan suatu tipe penegakan hukum yang ingin disebut progresif.²² Dengan pernyataan tersebut, hukum progresif kini ingin dikembangkan dalam sistem hukum di Indonesia, dengan diperkenalkannya hukum progresif, sistem hukum di Indonesia dapat berubah menjadi hukum yang menarik hukum dari ranah estetorik dan menjadikannya sebuah institusi yang bermakna sosial untuk mencapai suatu keadilan, kesejahteraan, dan

²¹ Herman Bakir, *Filsafat Hukum-Desain dan Arsitektur Kesejarahan*, Refika Aditama, Bandung, 2009 hlm. 293

²² Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat ...*, Op.cit, hlm. 12

kebahagiaan.

2. Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat

Masyarakat hukum adat sebagai kesatuan tanah yang didudukinya, terdapat adanya hubungan yang erat sekali, hubungan tersebut bersumber pada pandangan yang bersifat *religio-magis*, sehingga menyebabkan masyarakat hukum adat memperoleh hak untuk menguasai tanah tersebut, memanfaatkan tanah-tanah itu, memungut hasil dari tumbuh-tumbuhan yang hidup di atas tanah itu, juga berburu terhadap binatang-binatang yang hidup disitu. Hak masyarakat hukum adat atas tanah ini disebut hak pertuanan atau hak ulayat, dan dalam literatur hak ini oleh Van Vollenhoven disebut *bechikkingsrecht*.²³

Boedi Harsono membagi tentang hak ulayat masyarakat hukum adat tersebut menjadi 2 (dua) yaitu:²⁴

- a. Selain mengandung hak kepunyaan bersama atas tanah-bersama para anggota atau warganya, yang termasuk bidang hukum perdata.
- b. Mengandung tugas kewajiban mengelola, mengatur dan memimpin penguasaan, pemeliharaan, peruntukan dan penggunaannya, yang termasuk bidang hukum publik.

Apa yang merupakan kriteria dalam masih ada atau tidaknya hak ulayat masyarakat hukum adat itu tidak terdapat ketentuannya dalam UUPA dan penjelasannya, tapi Maria S.W Sumardjono menjelaskan tentang 3 (tiga)

²³ Bushar Muhammad. *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2006, hlm 103

²⁴ Boedi Harsono. *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Djambatan, Jakarta, 2007, hlm 182

kriteria penentu masih ada atau tidaknya hak ulayat, yaitu:²⁵

- a. Adanya masyarakat Hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu yang merupakan subyek hak ulayat.
- b. Adanya tanah/wilayah dengan batas-batas tertentu sebagai *Lebensraum* yang merupakan obyek hak ulayat
- c. Adanya kewenangan masyarakat hukum adat untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu.

Tindakan-tindakan tertentu yang dimaksud dalam huruf c di atas

Maria S.W. Sumardjono menjelaskan lebih lanjut yaitu:²⁶

1. Mengatur dan meyelenggarakan penggunaan tanah (pemukiman, bercocok tanam, dan lain-lain), persediaan (pembuatan pemukiman/perswahan baru, dan lain-lain), dan pemeliharaan tanah);
2. Mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah (memberikan hak tertentu pada subyek tertentu);
3. Mengatur dan menetapkan hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang berkenaan dengan tanah (jual-beli, warisan, dan lain-lain).

Penjelasan tentang masih adanya hak ulayat masyarakat hukum adat juga terdapat dalam Pasal 2 ayat (2) Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional RI Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, bahwa hak ulayat masyarakat hukum adat dianggap masih ada apabila:

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

²⁵ Maria S.W. Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan, Antara Regulasi dan Implementasi*, Kompas, Jakarta, 2006, hlm 57

²⁶ *ibid.*, hlm. 56

hukum tertentu, yang mengakui dan menerapkan ketentuan-ketentuan persekutuan tersebut dalam kehidupan sehari-hari.

- b. Terdapat tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum tersebut sebagai tempatnya mengambil keperluan sehari-hari.
- c. Terdapat tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan, dan penggunaan tanah ulayat yang berlaku dan ditaati oleh warga persekutuan hukum tersebut.

Efektifitas peraturan tentang pengakuan hak ulayat tergantung pada inisiatif Pemerintah Daerah untuk melakukan penelitian sebagai dasar penentuan keberadaan hak ulayat di daerah yang bersangkutan, baik ketika timbul permasalahan pada saat hak ulayat tertentu diperlukan untuk menunjang berbagai kegiatan pihak lain, maupun pada saat tidak ada permasalahan, yakni dalam rangka memperoleh informasi mengenai status tanah-tanah di daerah tersebut.²⁷

Penelitian tentang ketiga unsur penentu keberadaan hak ulayat itu dilakukan oleh Pemerintah Daerah dengan mengikutsertakan pihak-pihak yang berkepentingan yakni masyarakat hukum adat yang bersangkutan, pakar hukum adat, wakil LSM dan wakil-wakil instansi terkait sehingga hasil yang

²⁷ Maria S.W Sumardjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial Dan Budaya*, KOMPAS, Jakarta, 2008, hlm. 171

diperoleh terjamin objektivitasnya.²⁸

Pelaksanaan hak ulayat diatur juga dalam Pasal 3 UUPA. *“pelaksanaan hak ulayat 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.”*

Dalam Penjelasan Umum (angka II/3) menegaskan, bahwa kepentingan sesuatu masyarakat hukum adat harus tunduk pada kepentingan nasional dan negara yang lebih tinggi dan lebih luas. Hak ulayat pelaksanaannya harus sesuai dan tidak boleh bertentangan dengan kepentingan yang lebih luas itu tidak dapat dibenarkan (demikian memori penjelasan) jika dalam alam bernegara dewasa ini satu masyarakat hukum adat masih mempertahankan isi dan pelaksanaan hak ulayatnya secara mutlak. Seakan-akan masyarakat hukum adat itu terlepas dari masyarakat-masyarakat hukum dan daerah-daerah lainnya, di dalam lingkungan negara sebagai kesatuan. Seakan-akan anggota-anggota masyarakat hukum itu sendirilah yang berhak atas tanah wilayahnya itu hanya diperuntukkan hanya bagi anggota-anggota masyarakat hukum adat itu sendiri. Sikap yang demikian itu oleh UUPA dianggap bertentangan dengan asas yang tercantum dalam Pasal 1 dan Pasal 2 UUPA.²⁹

²⁸ Ibid hlm. 172

²⁹ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia....Op.cit., hlm. 185*

Penguasaan hak ulayat dapat dilakukan secara perorangan baik oleh warga masyarakat hukum adat maupun bukan masyarakat hukum adat dan badan hukum. Atas kehendak warga masyarakat hukum adat yang menguasai bidang tanah menurut hukum adat yang berlaku tersebut, hak atas tanahnya dapat didaftarkan menurut ketentuan UUPA. Bagi instansi pemerintah, badan hukum atau perorangan bukan masyarakat hukum adat, penguasaan tanah menurut ketentuan UUPA baru dapat diberikan setelah tanah tersebut dilepaskan oleh masyarakat hukum adat itu atau oleh warganya sesuai dengan ketentuan dan tata cara hukum adat yang berlaku.³⁰

Hak ulayat merupakan hak penguasaan atas tanah yang tertinggi dalam hukum adat. Hak ulayat ini meliputi semua tanah yang ada dalam lingkungan wilayah masyarakat hukum adat yang bersangkutan, dimana mempunyai kekuatan berlaku ke dalam dan ke luar. Mempunyai kekuatan berlaku ke dalam artinya bahwa tiap-tiap anggota kaum atau warga nagari mempunyai hak untuk menggunakan hak ulayat itu menurut ketentuan-ketentuan yang telah ditetapkan oleh masyarakat hukum itu untuk kepentingan mereka bersama. Kekuatan berlaku keluar berarti bahwa orang-orang yang bukan warga suku/kaum atau daerah asli yang mempunyai hak ulayat itu, tidak diperkenankan menggunakannya kecuali dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh masyarakat hukum yang bersangkutan. Pengelolaan,

³⁰ Winahyu Erwiningsih, *Hak Menguasai Negara Atas Tanah*, Total Media, Yogyakarta, 2009, hlm. 238

penguasaan, dan pemeliharaan tanah ulayat dan bagian-bagiannya perlu diatur, direncanakan dan dipimpin agar terselenggara ketertiban dan kelestarian pemanfaatannya bagi generasi berikutnya.³¹

Sengaja UUPA tidak mengadakan pengaturan dalam bentuk peraturan perundang-undangan mengenai hak ulayat, dan membiarkan pengaturannya tetap berlangsung menurut hukum adat setempat. Mengatur hak ulayat menurut para perancang dan pembentuk UUPA akan berakibat menghambat perkembangan alamiah hak ulayat, yang pada kenyataannya memang cenderung melemah. Kecenderungan tersebut mempercepat bertambah kuatnya hak-hak individu, melalui pengaturannya dalam bentuk hukum yang tertulis dan penyelenggaraan pendaftarannya yang menghasilkan surat-surat tanda pembuktian haknya.

Melemahnya atau menghilangnya hak ulayat, diusahakan penampungannya dalam rangka pelaksanaan Hak Menguasai Negara, yang mencakup dan menggantikan peranan Kepala Adat dan para Tetua Adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan dalam hubungannya dengan tanah-tanah yang sudah dihaki secara individual para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan, seperti halnya tanah-tanah di daerah lain.³²

Hak ulayat yang sudah melemah tidak akan dikembalikan menjadi kuat lagi, yang sudah tidak ada, tidak akan dihidupkan kembali. Di daerah

³¹ Ibid hlm. 239

³² Boedi Harsono, *Hukum Agraria....., Op.cit*, hlm. 193

yang kenyataannya tidak pernah ada masyarakat hukum adat yang mempunyai hak ulayat, tidak diciptakan hak ulayat baru.³³

Hak ulayat pun tidak akan didaftar. UUPA tidak memerintahkan pendaftarannya, dan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, hak ulayat secara sadar tidak dimasukkan dalam golongan objek pendaftaran tanah. Secara teknis tidak mungkin, karena batas-batas tanahnya tidak mungkin dipastikan tanpa menimbulkan sengketa antar masyarakat hukum yang berbatasan. Selain itu, seperti halnya bilamana diatur dalam bentuk peraturan perundangan, mendaftarkan hak ulayat akan berakibat melestarikan keberadaannya. Melindungi masyarakat hukum adat yang masih mempunyai tanah ulayat, tidak mungkin dilakukan hanya dengan mendaftarkan tanah yang bersangkutan. Praktik menunjukkan, hal itu menyangkut tanah-tanah perseorangan yang sudah didaftar. Cara melindunginya adalah dengan dilaksanakan dan diterapkannya asas-asas dan ketentuan-ketentuan hukum yang diatur dalam hukum tanah kita, oleh siapapun, secara murni dan konsekuen.³⁴

3. Otonomi Daerah

Secara harfiah kata otonomi berasal dari istilah *autonomie* berasal dari bahasa Yunani *autos* yang berarti sendiri dan *nomos* yang berarti undang-undang, dengan demikian mempunyai arti perundangan sendiri

³³ Ibid

³⁴ Ibid hlm. 194

(*zelfwetgeving*). Dalam perkembangannya di Indonesia, otonomi selain mengandung arti “perundangan” juga mengandung arti “Pemerintahan” (*bestuur*).³⁵

Penyelenggaraan Pemerintahan tidak semata-mata dilakukan oleh Pemerintah Pusat (*central government*), melainkan oleh satuan-satuan Pemerintahan yang lebih rendah yang mandiri (*zelfstanding*), bersifat otonom (*territorial ataupun fungsional*). Oleh karenanya, desentralisasi bukan sekedar pemencaran wewenang (*speiding van bevoedheid*) tetapi mengandung juga pembagian kekuasaan (*scheiding van machten*) untuk mengatur dan mengurus penyelenggaraan dan Pemerintahan negara antara Pemerintah Pusat dengan satuan-satuan Pemerintah yang lebih rendah.³⁶ Lili Romli mengemukakan, bahwa dalam konsep otonomi daerah pada hakikatnya mengandung arti bahwa, adanya kebebasan daerah untuk mengambil keputusan, baik politik maupun administratif, menurut prakarsa sendiri. Oleh karena itu kemandirian daerah suatu hal yang penting, tidak boleh ada intervensi dari Pemerintah Pusat. Ketidakmandirian daerah berarti ketergantungan daerah pada Pemerintah Pusat.³⁷

Di dalam otonomi hubungan kewenangan antara Pusat dan Daerah, antara lain bertalian dengan cara pembagian urusan penyelenggaraan

³⁵ Winahyu erwiningsih, *Hak Menguasai... Op.Cit*, hlm.75

³⁶ Bagir Manan. *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*. Ctk.pertama, Pusat studi hukum Fakultas Hukum UII. Yogyakarta. 2001. hlm. 174

³⁷ Lili Romli, *Potret Otonomi Daerah Dun Wakil Rakyat*, Ctk.Pertama Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2007, hlm. 7.

Pemerintahan atau cara menentukan urusan rumah tangga Daerah. Cara penentuan ini akan mencerminkan suatu bentuk otonomi terbatas atau luas. Di golongan sebagai otonomi terbatas apabila: *Pertama*, urusan-urusan rumah tangga daerah ditentukan secara kategoris dan pengembangannya diatur dengan cara-cara tertentu. *Kedua*, apabila supervisi dan pengawasan dilakukan sedemikian rupa, sehingga daerah Otonom kehilangan kemandirian untuk menentukan secara bebas mengatur dan mengurus rumah tangga daerahnya. *Ketiga*, sistem hubungan keuangan antara Pusat dan Daerah yang menimbulkan hal-hal seperti keterbatasan kemampuan keuangan yang akan membatasi ruang gerak Otonomi Daerah.

Sedangkan otonomi luas adalah semua urusan Pemerintahan pada dasarnya menjadi urusan rumah tangga daerah, kecuali yang ditentukan sebagai urusan pusat. Dalam negara modern, apabila dikaitkan dengan paham negara kesejahteraan, urusan pemerintahan tidak dapat dikenali jumlahnya.³⁸ Begitu juga dengan prinsip otonomi yang dianut Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah menyebutkan dalam penjelasannya angka (1) penjelasan umum, bahwa:

“Prinsip otonomi daerah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam arti daerah diberikan kewenangan mengurus dan mengatur semua urusan Pemerintahan di luar yang menjadi urusan Pemerintah yang ditetapkan dalam undang-undang ini. Daerah memiliki kewenangan membuat

³⁸ ibid hlm. 37

kebijakan daerah untuk memberi pelayanan, peningkatan peranserta, prakarsa, dan pemberdayaan masyarakat yang bertujuan pada peningkatan kesejahteraan rakyat.”

D. Metode Penelitian

1. Pendekatan Penelitian

Penelitian ini menggunakan pendekatan undang-undang (*statute approach*) dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum dengan penelitian ini.³⁹ Karena bersifat normatif, maka penelitian ini tidak menggunakan kasus hukum yang bersifat spesifik untuk dijadikan sebagai objek penelitian.

2. Objek Penelitian

Yang menjadi objek dalam penelitian ini adalah semua hal-hal yang akan diteliti seperti:

- a. Peran pemerintah daerah di bidang pertanahan dalam hal pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat di era otonomi daerah di Indonesia.
- b. Perkembangan pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat di era otonomi daerah.
- c. Peraturan Daerah Kabupaten Lebak Nomor 32 Tahun 2001 Tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy, peraturan daerah

³⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama. Ctk. 5. (Jakarta : Kencana Prenada Media. 2009). Hal. 93.

ini salah satu terobosan awal di era otonomi daerah yang mempositifkan perlindungan hak ulayat masyarakat Baduy.

- d. Peraturan Daerah Provinsi Sumatera Barat Nomor 16 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya, peraturan daerah ini bukan hanya melakukan penetapan terhadap keberadaan hak ulayat, akan tetapi juga mendaftarkan hak ulayat ke kantor pertanahan.

3. Bahan Hukum

a. Bahan Hukum Primer

Beberapa peraturan perundang-undangan yang akan digunakan sebagai bahan hukum primer antara lain yaitu :

1. UUD Tahun 1945 pasal 33 ayat 3
2. UUD Tahun 1945
 - a. Amandemen II 18 Agustus 2000,
 - b. Amandemen III 9 November 2001,
 - c. Amandemen IV 11 Agustus 2002, tentang perubahan pada pasal 18, penambahan pada pasal 18 A dan 18 B
3. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria
4. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah
5. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi

Manusia

6. Peraturan Pemerintah Nomor 38 tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah (Pusat), Pemerintahan Daerah Provinsi, dan Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota.
 7. Peraturan Menteri Negara Agraria/ Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat.
 8. Peraturan-peraturan daerah yang mengatur tentang hak ulayat masyarakat hukum adat yaitu Peraturan Daerah Kabupaten Lebak Nomor 32 Tahun 2001 tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy dan Peraturan Daerah Provinsi Sumatera Barat Nomor 16 Tahun 2008 tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya.
- b. Bahan hukum sekunder

Selain itu juga digunakan bahan hukum sekunder (*secondary sources of authorities*) yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer yaitu seluruh karya akademik, mulai dari yang deskriptif sampai yang berupa komentar-komentar penuh kritik yang akan dapat memperkaya pengetahuan orang tentang

hukum positif yang tengah berlaku (*ius constitutum*), dan/atau yang seharusnya (demi dipenuhi rasa keadilan) juga dipoitifkan (*ius constituendum*).⁴⁰ Bahan Hukum sekunder yang berkaitan dengan penelitian ini yaitu:

1. Buku Doktrin Hukum
 2. Jurnal Hukum
 3. Artikel – artikel ilmiah
 4. Dan bahan-bahan lain yang terkait
- a. Bahan Hukum tersier

Bahan hukum tersier yaitu bahan-bahan yang memberikan petunjuk terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.⁴¹ Diantaranya berupa Kamus, situs-situs internet dan lain-lain.

4. Teknik pengumpulan data

Pengumpulan bahan hukum dilakukan dengan studi kepustakaan yaitu mengkaji berbagai peraturan perundang-undangan dan literatur-literatur atau dokumen yang berhubungan dengan permasalahan yang diteliti, yang dibagi dalam tiga bahan hukum, yaitu: bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.⁴²

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta : RajaGrafindo Persada. 2007. Hal. 33.

⁴² *Ibid.*

5. Pengolahan dan analisis data

Pengolahan data adalah kegiatan mengorganisir data penelitian sedemikian rupa sehingga dapat dibaca dan diinterpretasikan. Analisis data adalah kegiatan menguraikan, membahas, menafsirkan temuan-temuan penelitian dengan perspektif atau sudut pandang tertentu baik yang disajikan dalam bentuk narasi untuk data kualitatif.

Dalam penelitian ini penulis mengolah Data yang diperoleh dan diteliti serta sajikan berdasarkan analisis deskriptif kualitatif yaitu dengan menjabarkan, menguraikan, dan menyusun secara sistematis logis sesuai dengan tujuan penelitian atau memaparkan keadaan obyek sebagaimana adanya, berdasarkan fakta – fakta aktual yang terjadi saat sekarang.

VI. Kerangka Tesis

BAB I PENDAHULUAN

Pada bab I ini berisikan latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, metode penelitian, dan sistematika tugas akhir.

BAB II TINJAUAN UMUM TENTANG PERKEMBANGAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI INDONESIA

Pada BAB II, berisi tentang teori-teori yang akan digunakan oleh peneliti yang didapat dari peraturan perundang-undangan dan literatur-literatur yang terkait dengan penelitian. Di bab ini juga akan diuraikan tentang

perkembangan hak menguasai negara dan hak ulayat masyarakat hukum adat di era kolonial sampai pada era Orde Baru.

BAB III PERKEMBANGAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH

Berisi tentang hasil penelitian yang dilakukan oleh peneliti secara normatif, serta dalam bab ini juga akan membahas tentang perkembangan hak ulayat masyarakat hukum adat di era otonomi daerah yang akan ditinjau dari konstitusi, undang-undang, dan peraturan daerah mengenai hak ulayat masyarakat hukum adat.

BAB IV PERAN PEMERINTAH DAERAH DI BIDANG PERTANAHAN DALAM PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH

Bab ini berisi tentang pengertian otonomi daerah dan akan membahas tentang kewenangan pemerintah dalam pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat di era otonomi daerah

BAB V PENUTUP

a. Kesimpulan

Berisikan kesimpulan dari hasil pengamatan dimana merupakan pernyataan singkat tentang hasil akhir yang mengaitkan antara landasan teoritik yang di jadikan pijakan dengan hasil analisis data yang diperoleh.

b. Saran

Berisikan saran dari hasil pengamatan yang berdasarkan pertimbangan peneliti bagi semua pihak yang berkaitan dengan obyek penelitian.

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG PERKEMBANGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT DI INDONESIA

A. Pengertian Hukum Adat, Masyarakat Hukum Adat, Dan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat

1. Hukum Adat

Adat adalah sikap dan prilaku kepribadian suatu bangsa, sedangkan hukum adat adalah wujud sikap dan prilaku warga yang mempunyai sifat memaksa dan diberi sanksi sehingga dengan demikian hukum adat mempunyai akibat hukum. Hukum adat bersifat tidak tertulis, terkodifikasi, lahir dari putusan-putusan warga masyarakat dan kepala persekutuan dimana peraturan dipatuhi. Hukum adat yang mengatur mengenai sikap dan prilaku yang menurut warganya perlu diindahkan dan mempunyai kekuatan hukum, tidak bersifat statis namun terus berkembang mengikuti perkembangan zaman.⁴³

Van Vollenhoven menjelaskan bahwa hukum adat adalah keseluruhan aturan tingkah laku positif yang di satu pihak mempunyai sanksi (oleh karena itu disebut hukum) dan di pihak lain dalam keadaan tidak kodifikasikan (oleh karena itu disebut adat).⁴⁴

⁴³ Winahyu Erwiningsih, *Hak Menguasai..., Op. Cit*, hlm. 201

⁴⁴ <http://id.shvoong.com/writing-and-speaking/2148329-pengertian-hukum-adat/>, Akses 10 Juli 2012

Supomo dan Hazairin mengambil kesimpulan bahwa hukum adat adalah hukum yang mengatur tingkah laku manusia Indonesia dalam hubungan satu sama lain, baik yang merupakan keseluruhan kelaziman, kebiasaan dan kesusilaan yang benar-benar hidup di masyarakat hukum adat karena dianut dan dipertahankan oleh anggota-anggota masyarakat itu, maupun yang merupakan keseluruhan peraturan yang mengenal sanksi atas pelanggaran dan yang ditetapkan dalam keputusan-keputusan para penguasa adat. (mereka mempunyai kewibawaan dan berkuasa memberi keputusan dalam masyarakat hukum adat itu) yaitu dalam keputusan lurah, penghulu, pembantu lurah, wali tanah, kepala adat, hakim.⁴⁵

UUPA juga menjelaskan pengertian hukum adat sebagai mana pengertian ini merupakan hasil dari seminar hukum adat dan pembangunan hukum nasional. Adapun pengertian hukum adat menurut hasil seminar tersebut adalah⁴⁶

"Hukum aslinya golongan rakyat pribumi, yang merupakan hukum yang hidup dalam bentuk tidak tertulis dan mengandung unsur-unsur nasional yang asli, yaitu sifat kemasyarakatan dan kekeluargaan, yang berasaskan keseimbangan serta diliputi suasana keagamaan."

⁴⁵ Syukri Batubara, Perlindungan Terhadap Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat Baduy : Study Mengenai Pelaksanaan Perda No.32 Tahun 2001 Tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Tanah Baduy, *Disertasi*, Universitas Islam Indonesia, 2011, hlm. 62

⁴⁶ Boedi Harsono, *Hukum Agraria...*, *Op.Cit.*, hlm. 179

Hukum adat merupakan hukum yang telah lama berkembang di Indonesia dibandingkan dengan hukum positif yang berkembang saat ini di Indonesia. Di dalam masyarakat kita, pengertian Hukum Adat juga masih simpang siur. Untuk lebih jelasnya, maka perlu kiranya kita mengikuti beberapa paham yang berkembang dalam masyarakat tentang apa Hukum Adat itu, seperti yang dikemukakan oleh Moh. Koesno, yakni.⁴⁷

Paham Pertama, mengasosiasikan Hukum Adat dengan hukum primitif. Pandangan ini sering kita jumpai dalam hal bilamana kita datang pada sesuatu daerah untuk penelitian mengenai Hukum Adat. Oleh pejabat-pejabat setempat atau oleh informan-informan yang terpelajar di daerah yang bersangkutan, seringkali ditunjukkan suatu masyarakat dalam daerahnya yang hidup secara terisolir dan masih kuat berpegang pada tradisi-tradisi nenek moyangnya. Hukum Adat yang diartikan sebagai demikian, menimbulkan suatu konsekuensi yakni adanya suatu pandangan betapa tidak akan sesuainya Hukum Adat untuk dipergunakan sebagai hukum yang mengarah kepada kehidupan yang modern. Dalam pandangan ini, Hukum Adat hanya sesuai dengan kehidupan yang primitif.

Paham Kedua, melihat bahwa Hukum Adat sama dengan hukum kebiasaan dan melihat Hukum Adat sama dengan kebiasaan-kebiasaan hukum. Hukum Adat yang dilihat sama dengan hukum kebiasaan; yaitu sama

⁴⁷ Moh Koesno, *Catatan-Catatan Terhadap Hukum Adat Dewasa Ini*, Airlangga University Press, Surabaya, 1979, hlm. 122-125

dengan *gewoonterechf* atau sama dengan *customary law* yakni hukum yang hidup dalam praktek hukum sehari-hari dalam bentuknya yang relatif konstan untuk sepanjang masa mengenai persoalan-persoalan hukum yang terdapat di dalam masyarakat yang bersangkutan. Paham yang melihat Hukum Adat sebagai demikian ini membawa konsekuensi pandangan, bahwa Hukum Adat tidak berubah, tidak mengikuti perkembangan masyarakat dan tidak dapat menyesuaikan dengan perkembangan zaman. Sedangkan Hukum Adat yang dilihat sebagai kebiasaan-kebiasaan hukum, akan menunjuk Hukum Adat pada kebiasaan-kebiasaan yang masih diikuti dengan patuh oleh masyarakat desa yang masih terisolir atau masih berpegang teguh pada tradisi nenek moyangnya. Oleh karena kebiasaan hukum ialah segala tingkah laku yang nyata di dalam pergaulan kemasyarakatan sehari-hari yang menyangkut persoalan pelaksanaan suatu ketentuan hukum. Konsekuensi pandangan tersebut, melihat Hukum Adat sebagai hukum yang benar-benar tidak dapat dipergunakan di dalam kehidupan yang mengalami kemajuan.

Paham Ketiga, melihat hukum adat dalam arti sebagaimana diikuti oleh Snouck Hurgronje yang menyatakan bahwa Hukum Adat adalah Adat yang mempunyai akibat hukum, kemudian van Vollenhoven menegaskan lebih lanjut dengan menyatakan bahwa Adat yang mempunyai sanksi, dan kemudian Ter Haar lebih mempertegas untuk kepentingan penggarapan secara yuridis: Menurut Ter Haar, apabila seseorang ingin mengetahui Hukum Adat

maka ditujukan pada keputusan para penguasa adat terhadap masalah yang terjadi dalam atau di luar persengketaan yang terikat secara struktural dengan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat itu.

Paham Keempat, melihat Hukum Adat bukan sebagai suatu rumusan tentang isinya bagaimana, akan tetapi dimulai dengan menunjuk nama suatu pengertian hukum yang hidup di dalam masyarakat bangsa kita sebagai hukum yang merupakan milik bangsa, karena lahir dari perasaan dan cita-cita budaya bangsa. Paham ini menamakan hukum yang demikian itu sebagai Hukum Adat, yang dinyatakan dalam keputusan Kongres Pemuda tahun 1928 (Sumpah Pemuda). Kemudian dipertegas kembali pada tahun 1960 dengan adanya Ketetapan MPRS, yang dalam bidang Hukum menghendaki pembangunan Hukum Nasional berlandaskan Hukum Adat. Dalam pengertian ini, Hukum Adat sebagai golongan - golongan dalam kalangan rakyat Indonesia asli, dikehendaki menjadi hukum bagi bangsa Indonesia, artinya Hukum Nasional Indonesia.

2. Masyarakat Hukum Adat

Masyarakat hukum adat adalah entitas *antropologis* yang tumbuh secara alamiah pada suatu bagian muka bumi tertentu, yang terdiri dari berbagai komunitas *primordial* berukuran kecil yang warganya mempunyai

hubungan darah satu sama lainnya. Kata-kata kunci untuk memahami masyarakat hukum adat adalah *kekeluargaan* dan *kebersamaan*.⁴⁸

Istilah “masyarakat adat” biasanya digunakan dalam merujuk individu-individu dan kelompok-kelompok yang merupakan keturunan penduduk asli yang tinggal di sebuah negara. Istilah bahasa Inggris “*indigeneous*” berasal dari bahasa Latin “*indigenae*” yang digunakan untuk membedakan antara orang-orang yang dilahirkan di sebuah tempat tertentu dan mereka yang datang dari tempat lain (*advenae*). Sebab itu akar semantic dari istilah tersebut mempunyai elemen konseptual: lebih dahulu atau lebih awal dalam waktu.⁴⁹ Dokumen internasional seperti Konvensi ILO 169 membedakannya dalam dua kategori, yaitu *indigenous peoples* dan *tribal peoples*. Sandra Moniaga dan Stephanus Djuweng mengusulkan penerjemahannya dua istilah tersebut sebagai berikut: *indigenous peoples* diterjemahkan menjadi “bangsa pribumi” dan *tribal peoples* diterjemahkan menjadi “masyarakat adat”. Istilah masyarakat adat lebih dekat dengan *tribal peoples* daripada *indigenous peoples*. Namun berbagai diskursus dan dokumen HAM internasional setelah Konvensi ILO 169 lebih banyak menggunakan istilah *indigenous peoples* dari pada *tribal peoples* dan istilah *indigenous peoples* dipakai untuk menunjuk kedua-duanya.⁵⁰

⁴⁸ Syukri Batubara, *Perlindungan...*, Op.Cit., hlm. 62

⁴⁹ Rafael Edy Bosko, *Hak-Hak Masyarakat adat...*, Op.Cit., hlm 52

⁵⁰ Yance Arizona, *Hak Ulayat: Pendekatan Hak Asasi Manusia dan Konstitusionalisme Indonesia*, *Jurnal Konstitusi*, Edisi 2 Vol. 6, (Juli 2009), hlm. 106

Dalam dokumen hukum di Indonesia lebih banyak digunakan istilah “Masyarakat Hukum Adat” daripada “Masyarakat Adat”. Istilah masyarakat hukum adat lahir dari bentuk kategori pengelompokan masyarakat yang diajarkan oleh pemikir hukum adat seperti Van Vollenhoven dan Ter Haar. Kategori kelompok sosial itu yang kemudian dikenal dengan bentuk masyarakat hukum (*rechtsgemeenschappen*) adalah masyarakat yang seluruh anggota komunitasnya terikat sebagai satu kesatuan oleh hukum yang dipakai, yaitu hukum adat. Bahkan Van Vollenhoven membagi wilayah di Indonesia (*Nederlandsch Indie* dahulu) ke dalam 19 (sembilan belas) lingkaran hukum (*rechtskringen*) yang setiap lingkaran hukum dapat dibagi lagi ke dalam kukuban-kukuban hukum (*rechtsgouwen*). Jelas sekali bahwa pakar hukum adat dari Belanda menekankan pengategorian masyarakat adat berdasarkan hukum. Bahkan selain membagi berdasarkan teritori, hukum adat juga dibagi berdasarkan lapangan-lapangan yang berkembang dalam hukum barat, misalkan hukum waris adat, hukum tanah adat, hukum adat mengenai tata negara, hukum hutang-piutang, hukum delik adat dan bidang hukum lainnya.⁵¹

Istilah masyarakat hukum adat juga mengandung kerancuan antara “masyarakat-hukum adat” dengan “masyarakat hukum-adat”, yang satu menekankan kepada masyarakat-hukum dan yang lain menekankan kepada hukum adat. Pada pihak lain, kalangan yang keberatan dengan penggunaan

⁵¹ Ibid

istilah “masyarakat hukum adat” berargumen bahwa “masyarakat hukum adat” hanya mereduksi masyarakat adat dalam satu dimensi saja, yaitu hukum, sedangkan masyarakat adat tidak saja tergantung pada dimensi hukum, melainkan juga dimensi yang lainnya seperti sosial, politik, budaya, agama, ekonomi dan ekologi.⁵²

Di Indonesia terdapat beberapa penyebutan masyarakat hukum adat dalam literatur dan peraturan perundang-undangan yaitu ada yang menyebutkan dengan istilah *masyarakat adat* dan ada pula yang menyebutnya dengan istilah *masyarakat hukum adat* juga ada yang menyebut sebagai *persekutuan hukum*. Meskipun begitu, perbedaan penyebutan istilah itu tidak menafikan atau menegasikan hak-hak adat yang dimiliki oleh mereka.⁵³

Istilah “masyarakat adat” mulai disosialisasikan di Indonesia pada tahun 1993 setelah sekelompok orang menamakan dirinya Jaringan Pembelaan Hak-Hak Masyarakat Adat (JAPHAMA) yang terdiri dari tokoh-tokoh adat, akademisi dan aktivis ornop menyepakati penggunaan istilah tersebut sebagai suatu istilah umum pengganti sebutan yang saat itu sangat beragam. Pada saat itu, secara umum masyarakat hukum adat sering disebut sebagai masyarakat terasing, suku terpencil, masyarakat adat, orang asli, peladang berpindah, peladang liar, perusak hutan/lingkungan dan terkadang dicap sebagai penghambat pembangunan karena keterbelakangannya.

⁵² Ibid, hlm. 107

⁵³ Mukmin Zakie, “Perlindungan Hak Atas Tanah Masyarakat Hukum Adat Dalam Kontitusi”, *Jurnal Konsitusi*, Volume II Nomor 2 (November 2009), hlm. 121

Sedangkan pada tingkat lokal mereka menyebut dirinya dan dikenal oleh masyarakat sekitarnya sesuai nama suku mereka masing-masing.⁵⁴

Sedangkan Departemen Sosial menggunakan istilah “masyarakat terasing” atau “masyarakat suku terasing” yang kemudian diganti dengan istilah “komunitas adat terpencil” untuk menyebut masyarakat adat.⁵⁵

Dalam Kongres Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) pertama tahun 1999, Masyarakat Adat diartikan sebagai berikut:⁵⁶

”Masyarakat Adat adalah kelompok masyarakat yang memiliki asal usul leluhur (secara turun temurun) di wilayah geografis tertentu, serta memiliki sistem nilai, ideologi, ekonomi, politik, budaya, sosial dan wilayah sendiri.”

Dalam penelitian ini, penulis menggunakan istilah masyarakat hukum adat, karena secara khusus dalam dunia akademis istilah masyarakat hukum adat lebih banyak digunakan dan juga dalam beberapa peraturan perundang-undangan terutama dalam Undang-Undang Dasar tahun 1945 menggunakan istilah masyarakat hukum adat.

⁵⁴ Ibid, hlm. 122

⁵⁵ Yance Arizona, “Hak ulayat...”, Loc.Cit

⁵⁶ Ibid

Adapun ciri-ciri masyarakat hukum adat adalah sebagai berikut:⁵⁷

- a. Adanya kelompok manusia yang menyebutkan integritas mereka kelompok manusia ini akan bertindak keluar sebagai satu kesatuan.
- b. Di dalam kelompok manusia yang seperti itu terdapat pemerintahan yang mempunyai wewenang membuat peraturan dan memaksa berlakunya peraturan bagi seluruh warga masyarakatnya.
- c. Di dalam kelompok masyarakat yang seperti itu juga terdapat harta kekayaan yang terpisah dari masing-masing harta warga negara anggotanya.
- d. Kelompok manusia yang seperti itu mempunyai wilayah sebagai wilayah kekuasaan.
- e. Rasa solidaritas antara sesama anggota masyarakat yang bersangkutan masih sangat tinggi.
- f. Harta kekayaan kelompok dimaksudkan semata-mata hanya untuk kesejahteraan anggota masyarakat yang bersangkutan.
- g. Setiap warga anggota masyarakat yang bersangkutan merasa bertanggung jawab terhadap harta kekayaan masyarakat.
- h. Pada setiap warga masyarakat yang bersangkutan tidak terdapat pemikiran tentang pembubaran masyarakatnya.

⁵⁷ Syukri Batubara, *Perlindungan..., Op.Cit.*, hlm. 63

- i. Masyarakat yang bersangkutan dianggap keberadaannya sebagai sesuatu yang bersifat metayuridis artinya bahwa keberadaan masyarakat yang bersangkutan bukan dibentuk pihak luar dan tidak mungkin dibubarkan pihak luar.

3. Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat

Masyarakat hukum adat sebagai kesatuan tanah yang didudukinya, terdapat adanya hubungan yang erat sekali, hubungan tersebut bersumber pada pandangan yang bersifat *religio-magis*. Sehingga menyebabkan masyarakat hukum adat memperoleh hak untuk menguasai tanah tersebut, memanfaatkan tanah-tanah itu, memungut hasil dari tumbuh-tumbuhan yang hidup di atas tanah itu, juga berburu terhadap binatang-binatang yang hidup disitu. Hak masyarakat hukum adat atas tanah ini disebut hak pertuanan atau hak ulayat, dan dalam literatur hak ini oleh Van Volenhoven disebut *bechikkingsrecht*.⁵⁸

Hak ulayat pada hakekatnya merupakan kepunyaan bersama para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Ada bagian tanah ulayat yang digunakan bersama dan ada pula yang dikuasai warganya secara perorangan dan digunakan untuk pemenuhan kebutuhannya.⁵⁹ Hak ulayat merupakan seperangkat wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat yang berhubungan dengan tanah yang ada dalam lingkungan wilayah

⁵⁸ Bushar Muhammad. *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2006, hlm 103

⁵⁹ Winahyu Erwiningsih, *Hak Menguasai Negara...*, *Op.Cit.*, Hlm. 236

masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Dalam pengertian "tanah dalam lingkungan wilayahnya", itu mencakup luas kewenangan masyarakat hukum adat berkenaan dengan tanah, termasuk segala isinya, yakni perairan, tumbuh-tumbuhan, dan binatang dalam wilayahnya yang menjadi sumber kehidupan dan mata pencahariannya.⁶⁰

Masyarakat hukum adat sebagai penjelmaan dari seluruh anggotanya yang mempunyai hak ulayat, bukan orang-perorangan. Hak ulayat ini disertai wewenang dan kewajiban yang bersifat perdata, yaitu berhubungan dengan hak bersama kepunyaan atas tanah tersebut dan bersifat publik, yaitu berupa tugas untuk mengelola, mengatur, dan memimpin peruntukan, penguasaan, penggunaan, dan pemeliharannya. Dalam perpustakaan hukum adat, hak ulayat disebut dengan nama "*beschikkingsrecht*".⁶¹

Salah satu sifat khas dari hak ulayat pada masyarakat hukum adat yakni *komunalistik religius* dimana memungkinkan penguasaan tanah secara individu, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi sekaligus mengandung unsur kebersamaan. Unsur kebersamaan ini merupakan hak bersama masyarakat hukum adat atas tanah yang dikenal dengan hak ulayat, sekaligus bersifat religius karena tanah hak ulayat yang diperoleh warga

⁶⁰ Maria Sumardjono, *Tanah...*, *Op.Cit.*, hlm. 170

⁶¹ Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan...*, *Op.cit.*, hlm. 27

masyarakat diyakini sebagai karunia Tuhan yang diberikan kepada nenek moyang mereka sampai pada generasi selanjutnya.⁶²

Secara konseptual, hak ulayat merupakan hak tertinggi dalam sistem hukum adat. Di bawah hak ulayat hak kepala/tetua adat yang merupakan turunan hak ulayat dan semata-mata beraspek hukum publik. Selanjutnya, barulah hak-hak individual yang secara langsung maupun tidak langsung juga bersumber dari hak ulayat dan beraspek hukum keperdataan. Namun demikian, meskipun termasuk bidang hukum perdata, pengaturan penguasaan dan penggunaannya ditentukan oleh kepala adat, dan termasuk bidang hukum publik.⁶³

Kriteria dalam masih ada atau tidaknya hak ulayat masyarakat hukum adat itu tidak terdapat ketentuannya dalam UUPA dan penjelasannya, tapi Maria S.W Sumardjono menjelaskan tentang 3 (tiga) kriteria penentu masih ada atau tidaknya hak ulayat, yaitu:⁶⁴

- a. Adanya masyarakat hukum adat yang memenuhi ciri-ciri tertentu yang merupakan subyek hak ulayat.
- b. Adanya tanah/wilayah dengan batas-batas tertentu sebagai *Lebensraum* yang merupakan obyek hak ulayat
- c. Adanya kewenangan masyarakat hukum adat untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu.

Tindakan-tindakan tertentu yang dimaksud dalam huruf c diatas Maria

⁶² Husen Alting, *Dinamika Hukum dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2011, hlm. 56

⁶³ Ida Nurlinda, *Prinsip-Prinsip Pembaruan...*, *Op.Cit*, hlm. 71

⁶⁴ Maria S.W Sumardjono, *Kebijakan Pertanahan....Op.cit.*, hlm 57

S.W. Sumardjono menjelaskan lebih lanjut yaitu:⁶⁵

1. Mengatur dan meyelenggarakan penggunaan tanah (pemukiman, bercocok tanam, dan lain-lain), persediaan (pembuatan pemukiman/perswahan baru, dan lain-lain), dan pemeliharaan tanah);
2. Mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah (memberikan hak tertentu pada subyek tertentu);
3. Mengatur dan menetapkan hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang berkenaan dengan tanah (jual-beli, warisan, dan lain-lain).

Hak ulayat tidak dapat dilepaskan dari masyarakat hukum adat melalui upaya dan proses pembebasan/pelepasan hak atas tanah menurut ketentuan hukum positif yang berlaku rasional. Jika pemerintah atau suatu perusahaan memerlukan tanah yang termasuk ke dalam wilayah hak ulayat untuk suatu kegiatan pembangunan yang sangat penting/mendesak, maka harus dilakukan menurut prosedur dan tata cara yang berlaku dalam hukum adat setempat. Jika pemanfaatan tanah tersebut diperlukan untuk jangka waktu yang relatif lama, misalnya untuk kegiatan pertambangan atau perkebunan, maka jika pemanfaatan tanah itu telah selesai, tanah tersebut harus kembali kepada masyarakat hukum adat tersebut.⁶⁶

Hal di atas sesuai dengan ketentuan hukum adat yang menyatakan bahwa hak ulayat tidak dapat dilepaskan, dipindahtangankan atau diasingkan secara tetap (selamanya). Kenyataan selama ini yang terjadi adalah jika misalnya kegiatan pertambangan telah selesai atau hak guna usaha untuk

⁶⁵ *ibid.*, hlm. 56

⁶⁶ Ida Nurlinda, *Prinsip-Prinsip Pembaruan...*, *Op.Cit.*, hlm. 73

suatu perkebunan telah habis masanya, tanah-tanah itu kembali pada negara, bukan pada masyarakat hukum adat setempat. Hal inilah yang kemudian memicu dan berkembang menjadi konflik agraria yang tiada berkesudahan.

B. Hak Menguasai Negara

Pasal 2 ayat 1 UUPA disebutkan bahwa negara adalah organisasi kekuasaan seluruh rakyat Indonesia. Hal ini berarti bahwa bangsa Indonesia membentuk negara Republik Indonesia untuk melindungi segenap tanah air Indonesia dan melaksanakan tujuan bangsa Indonesia untuk memajukan kesejahteraan umum.

Untuk melaksanakan tujuan tersebut, Negara Republik Indonesia mempunyai hubungan hukum dengan tanah di seluruh wilayah Indonesia agar dapat memimpin dan mengatur tanah-tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia atas nama bangsa Indonesia melalui peraturan perundang-undangan, yaitu UUPA dan peraturan pelaksanaannya.

Hubungan hukum tersebut dinamakan Hak Menguasai Negara (HMN). Hak ini tidak memberi kewenangan untuk menguasai secara fisik dan menggunakannya seperti hak atas tanah karena sifatnya semata-mata sebagai kewenangan publik sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 2 UUPA.⁶⁷

Negara diberi kewenangan untuk mengatur tanah dari unsur-unsur sumber daya alam lainnya yang merupakan kekayaan nasional. Dalam hal ini negara berwenang mengatur persediaan, perencanaan, penguasaan, dan penggunaan tanah,

⁶⁷ Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan Pemerintah di Bidang Pertanahan*, Rajawali Pers, Jakarta, 2008, hlm. 23

serta pemeliharaan tanah atas seluruh tanah di wilayah Republik Indonesia dengan tujuan agar dapat dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Kewenangan tersebut dilaksanakan negara dalam kedudukannya sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat Indonesia atau berkedudukan sebagai badan penguasa.⁶⁸

Dalam tataran teoritis, menurut aliran hukum alam konsep Hak Menguasai Negara (HMN) menempatkan tanah sebagai salah satu objek pemilikan, baik oleh perseorangan maupun masyarakat. Dengan demikian, negara bukan sebagai pemilik (*privat*) atas tanah sebab pemilik atas tanah adalah manusia alami. Sementara itu, tanah-tanah tak bertuan atau tanah masyarakat hukum yang diduduki oleh warga masyarakat menjadi bagian dari sifat keteraturan pola kepemilikan tanah individual.⁶⁹

Konsep HMN menurut Teori Perjanjian Masyarakat (*Du Contract Social*) sebagaimana dikemukakan oleh J.J Rousseau yang didukung pendapat M. Kaser dan P.B.J Wubbe menyatakan bahwa milik perseorangan atas tanah diserahkan berdasarkan perjanjian masyarakat yang dijemakan sebagai hukum. Dalam kehidupan bernegara, seluruh kekayaan yang ada adalah milik publik dan dikuasai oleh hukum negara. Hal ini berlaku pula terhadap setiap hubungan hukum termasuk negara sehingga negara mempunyai kewenangan hukum atas kepunyaan negara. Pemilikan atas tanah oleh negara mengandung kategori sebagai berikut:⁷⁰

⁶⁸ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Djambatan, 2007, hlm. 6

⁶⁹ Imam Soetikno, *Politik Agraria Nasional, Hubungan Manusia dengan Tanah Berdasarkan Pancasila*, Gajahmada University Press, Yogyakarta, 1993, hlm. 11

⁷⁰ Achmad Rubaie, *Hukum Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*, Bayumedia Publishing, Bandung, 2007, hlm.15

1. Negara tidak memiliki tanah, tetapi secara khusus mempunyai hubungan dengan tanah khususnya berkaitan dengan kepentingan umum.
2. Negara merupakan satu-satunya pemilik tanah, baik dalam arti sepenuhnya maupun dalam arti mempunyai.
3. Negara memiliki tanah di samping milik orang perseorangan.
4. Negara menjalankan kekuasaan atas tanah yang dimiliki oleh masyarakat, seolah-olah tanah adalah miliknya.

Pada kenyatannya, negara dapat memiliki sepenuhnya tanah di wilayah negara, seperti di negara komunis bekas Uni Sovyet dan Republik Rakyat China. Di samping itu, negara juga dapat memiliki tanah dalam *domain privat* (milik para raja) dan *domain publik* (milik umum), baik yang dipergunakan untuk kepentingan pemerintahan negara sendiri maupun domain publik dalam artian dipergunakan untuk kepentingan umum seperti jalan dan fasilitas umum lainnya. Ada juga tanah-tanah domain kotapraja dengan kekuasaan yang bersifat administrative. Dengan demikian, negara yang bertindak atas tanah baik dalam bentuk pemilikan atau seperti milik (dikuasai secara administratif). Hal ini terjadi karena beberapa hal berikut:⁷¹

1. Sifat tanah yang tidak dapat dimiliki oleh perseorangan atau memang tidak mempunyai pemilik.
2. Fungsi tanah yang secara langsung berguna bagi masyarakat.
3. Mempunyai kemanfaatan umum.
4. Tanah dipergunakan sendiri oleh negara.

Pelaksanaan campur tangan negara atas tanah dapat dilakukan oleh pemerintah daerah menurut bentuk negara serta kemauan politik yang dianut. Akan tetapi, perseorangan dan kelompok masyarakat tertentu juga dapat memiliki tanah baik menurut kodratnya maupun atas perjuangannya untuk memperoleh tanah.

Penguasaan negara atas tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia

⁷¹ *Ibid*, hlm 15

bersumber pula pada Hak Bangsa Indonesia yang meliputi kewenangan negara dalam pasal 2 ayat (2) UUPA, yaitu:

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

Dengan rincian kewenangan mengatur, menentukan, dan menyelenggarakan berbagai kegiatan dalam pasal 2 tersebut, oleh UUPA diberikan suatu interpretasi autentik mengenai hak menguasai dari negara yang dimaksudkan dalam Undang-Undang Dasar 1945 sebagai hubungan hukum yang bersifat publik semata-mata. Dengan demikian, tidak akan ada lagi tafsiran lain mengenai pengertian dikuasai dalam pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 tersebut.⁷²

Adapun ruang lingkup pengaturannya, HMN berlaku atas semua tanah yang ada di Indonesia, baik itu tanah yang belum dihaki, juga tanah yang telah dihaki oleh perseorangan. Terhadap tanah yang belum dihaki perseorangan, HMN melahirkan istilah “tanah yang dikuasai langsung oleh negara,” atau kemudian disebut secara singkat sebagai “tanah negara”. Sedangkan tanah yang telah dihaki perseorangan disebut “tanah yang dikuasai tidak langsung oleh negara,” atau “tanah negara tidak

⁷² Boedi Harsono, *sejarah*, Op,Cit.,hlm. 232

bebas.” Kewenangan terhadap tanah yang sudah dihaki perseorangan ini pada dasarnya bersifat pasif, kecuali jika tanah itu dibiarkan tidak diurus/ditelantarkan. Sehingga negara dapat mengaturnya supaya produktif.⁷³

Selanjutnya, Moh. Mahfud. MD berharap bahwa HMN seharusnya justru memberi jalan bagi tindakan responsif lainnya karena dari hak tersebut Pemerintah dapat melakukan tindakan-tindakan yang berpihak bagi kepentingan masyarakat.⁷⁴ Dua hal penting dari pendapat tersebut, Pemerintah seharusnya bisa secara proaktif dan responsif mengeluarkan regulasi mengenai pengaturan dan penyelenggaraan pengelolaan sumber daya agraria, dengan memperhatikan setidaknya enam unsur yang terkandung dalam HMN tersebut di atas. Tetapi seluruh regulasi yang mengatasnamakan HMN tersebut harus dalam kerangka keberpihakannya pada kepentingan masyarakat.

Di dalam putusan Pengujian Undang-undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan yang merupakan pengujian undang-undang yang pertama kali diajukan kepada Mahkamah Konstitusi dan merupakan putusan pertama Mahkamah Konstitusi terhadap pengujian undang-undang yang mendalilkan persoalan penguasaan negara atas sumber daya ekonomi, dari situ dapat dilihat tafsir penting Mahkamah Konstitusi dalam menjelaskan kedudukan negara berdasarkan frasa

⁷³ Iman Soetikinjo, *Politik Agraria Nasional*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1994, hal. 53.

⁷⁴ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1998, hal. 349.

“dikuasai oleh negara” yang terdapat dalam Pasal 33 ayat (2) dan ayat (3) tersebut.

Hal itu adalah:⁷⁵

- a. Dalam konsepsi kepemilikan perdata, “dikuasai oleh negara” dipahami sebagai salah satu konsekuensi logis penguasaan oleh negara yang mencakup juga pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan alam.
- b. Pengertian “dikuasai oleh negara” dalam Pasal 33 Undang Undang Dasar 1945 mengandung pengertian yang lebih tinggi atau lebih luas daripada pemilikan dalam konsepsi hukum perdata, karena kepemilikan tersebut lahir dari konstruksi kedaulatan rakyat yang dinyatakan dalam hukum tertinggi, yaitu Undang Undang Dasar 1945.
- c. Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh Undang Undang Dasar 1945 memberikan mandat kepada negara untuk:
 - 1) Mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*) yang dilakukan oleh negara *c.q* pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*concessie*).

⁷⁵ Yance Arizona, PENAFSIRAN MAHKAMAH KONSTITUSI TERHADAP PASAL 33 UNDANG UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945 (Perbandingan Putusan Dalam Perkara Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 Mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan dengan Putusan Perkara Nomor 058- 059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 Mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air), *Skripsi*, Program Kekhususan Hukum Tata Negara, Universitas Andalas, 2007, hlm. 81-82

- 2) Pengaturan (*regelendaad*), dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama dengan Pemerintah, dan regulasi oleh Pemerintah (*eksekutif*).
 - 3) Pengelolaan (*beheersdaad*), dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara atau Badan Hukum Milik Negara sebagai instrumen kelembagaan melalui mana negara *c.q.* Pemerintah mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.
 - 4) Pengawasan (*toezichthoudensdaad*) dilakukan oleh negara *c.q.* Pemerintah agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas sumber-sumber kekayaan itu benar-benar dilakukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat.
- d. Pengertian “dikuasai oleh negara” **tidak dapat diartikan hanya sebatas sebagai hak untuk mengatur**, karena hal dimaksud sudah dengan sendirinya melekat dalam fungsi-fungsi negara tanpa harus disebut secara khusus dalam Undang Undang Dasar. Sekiranya pun Pasal 33 tidak tercantum dalam Undang Undang Dasar 1945, sebagaimana lazim di banyak negara yang menganut paham ekonomi liberal yang tidak

mengatur norma-norma dasar perekonomian dalam konstitusinya, sudah dengan sendirinya negara berwenang melakukan fungsi pengaturan.

- e. Mengutip pendapat Bung Hatta, makna dikuasai oleh negara ialah bahwa terhadap cabang produksi yang telah dimiliki oleh negara, **maka negara harus memperkuat posisi perusahaan tersebut** agar kemudian secara bertahap akhirnya dapat menyediakan sendiri kebutuhan yang merupakan hajat hidup orang banyak dan menggantikan kedudukan perusahaan swasta, baik nasional maupun asing.

Lima hal di atas akan menjadi pedoman utama bagi Mahkamah Konstitusi dalam memutus pengujian undang-undang terhadap Pasal 33 Undang Undang Dasar 1945, terutama yang mempermasalahkan penguasaan negara atas cabang-cabang produksi yang penting dan sumber kekayaan alam.

Ditinjau dari segi historisnya, Hak Menguasai Negara merupakan dasar pemerintah untuk membuat suatu peraturan perundang-undangan bersifat sektoral, hal ini terjadi sejak era orde baru hingga era reformasi dan di era tersebut telah banyak terjadi sengketa agraria antara hak ulayat dengan hak menguasai negara dalam penguasaan dan pengelolaan sumber daya alam.

C. Konsep Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat

Pengakuan dalam kaitannya dengan masyarakat hukum adat atas tanah mengarah pada pengertian pengakuan dari negara atau 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 sumber daya 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 terhadap hak masyarakat hukum adat atas tanah dan sumber daya alamnya.⁷⁶

Pengakuan hak ulayat masyarakat hukum adat tidak hanya terbatas pada bentuk pengakuan dalam hukum negara, tetapi karena secara faktual masyarakat Indonesia bersifat majemuk, maka pengakuan juga dapat diperoleh melalui hukum yang hidup dalam masyarakat yaitu hukum adat. Akan tetapi, hal ini belum bisa diterapkan di Indonesia, karena sejak zaman kolonial Belanda, Indonesia perlahan-lahan tunduk akan semua peraturan-peraturan yang dibuat oleh Belanda, walaupun masih dikenal hukum adat pada waktu itu.

Pemerintahan Kolonial Belanda di Indonesia mengakui keberadaan hukum adat sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan bangsa Belanda (Pasal 131 IS). Kemudian dalam Pasal 15 AB, bahwa kebiasaan hanya dapat disebut hukum apabila undang-undang menyebutnya. Pengakuan bersyarat dalam pemerintahan Belanda ternyata terjadi lagi pada saat Indonesia merdeka sampai saat ini. Pasal 3 dan

⁷⁶ Husen Alting, *Dinamika Hukum...*, *Loc.Cit*

Pasal 5 UUPA merupakan salah satu contoh pengakuan bersyarat yang diberikan kepada masyarakat hukum adat beserta kekayaannya. Kemudian pengakuan tersebut ditetapkan juga sebagai hak asasi manusia yang dirumuskan dalam Pasal 18B ayat (2) 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; Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan bahwa identitas budaya dan masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban. Sedangkan pada perubahan keempat UUD 1945 ditetapkan 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.⁷⁷

Melalui klausula persyaratan pemberlakuan di atas, dapat dimaknai bahwa Indonesia telah terjadi penundukan hukum adat terhadap hukum negara yang oleh Griffiths disebut sebagai pluralisme hukum yang lemah (*weak law pluralism*), karena hukum adat hanya dapat berlaku, jika keberadaannya diakui oleh hukum negara. Hal ini oleh Satjipto Rahardjo disebut sebagai keangkuhan hukum (negara), karena hukum adat itulah yang sebenarnya menentukan apa yang boleh terjadi di NKRI, termasuk eksistensi hukum adat.⁷⁸

⁷⁷ Ibid, hlm 67

⁷⁸ Ibid, hlm 68

Penundukan pemberlakuan hukum adat terhadap hukum negara menunjukkan bahwa negara lebih unggul (superior) dibandingkan dengan hukum adat. Bagi Indonesia, hak tersebut sesuai dengan salah satu pilihan sebagaimana yang dikemukakan oleh Achmad Sodiki bahwa jika pilihan hukum pengakuan hukum adat dibawah ketentuan hukum undang-undang, maka keberadaan hukum adat bergantung pada belas kasihan undang-undang (hukum negara).⁷⁹ Dengan demikian, berlakunya hukum adat harus tidak mengandung unsur bertentangan dengan peraturan perundang-undangan negara. Konsepsi inilah yang digunakan UUPA, dimana hukum adat dianggap terdapat kekurangan yang harus dibersihkan dengan menggunakan kriteria hukum nasional. Jadi, hukum nasional dianggap sebagai superior dibandingkan dengan hukum adat. Bukan hanya UUPA, peraturan-peraturan perundang-undangan setelah UUPA pun banyak memberikan pengakuan bersyarat kepada keberadaan masyarakat hukum adat terutama peraturan perundang-undangan di bidang sektoral seperti kehutanan, sumber daya air, pertambangan, dll.

Di era otonomi daerah sekarang ini juga memberikan kewenangan kepada pemerintah daerah untuk memberikan pengakuan terhadap keberadaan masyarakat hukum adat melalui peraturan daerah sesuai dengan amanah dari Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintah Propinsi dan Pemerintah Daerah/kota.

⁷⁹ Achmad Sodiki dalam Husen Alting, *Dinamika... Op.cit.*, hlm 69

Pengakuan hak ulayat masyarakat hukum adat, baik yang diatur dalam hukum negara maupun hukum yang hidup di masyarakat, memiliki makna apabila ketentuan tersebut diikuti oleh tindakan perlindungan dari negara.

Perlindungan mempunyai makna pemberian jaminan atas sesuatu sebagai konsekuensi dari sang pelindung. Dalam perlindungan, terdapat hak yang harus dijaga dan dihormati. Hak mengandung pengertian milik, kepunyaan, wewenang atau kekuasaan untuk berbuat sesuatu yang ditentukan oleh undang-undang. Inti yang terkandung dalam hak yaitu adanya suatu tuntutan dan dalam kaitannya dengan perlindungan hukum bagi rakyat terbayang adanya suatu *claim* dari rakyat.⁸⁰

Perlindungan hukum pada hakikatnya bukan hanya menyangkut aspek hukum negara, tetapi juga perlindungan hukum yang dituangkan dalam kaidah yang diyakini dan ditaati oleh masyarakat. Selama kaidah (hukum tidak tertulis) tersebut masih berlaku dan hidup di dalam suatu masyarakat, hukum negara tidak bisa masuk sebagai hukum dalam masyarakat tersebut.

Landasan pijak bagi perlindungan hukum bagi rakyat Indonesia adalah Pancasila dan UUD 1945, karena Pancasila merupakan dasar ideologi dan falsafah bangsa Indonesia yang menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan dengan menempatkan hukum sebagai panglima, bukan kekuasaan sebagai penentu. Penghormatan terhadap hak asasi manusia, dan pemosisian Indonesia sebagai negara

⁸⁰ Ibid, hlm. 74

hukum akan menimbulkan konsekuensi hukum yang harus ditaati dan dilaksanakan oleh pemerintah sebagai penyelenggara negara.⁸¹

Hak masyarakat hukum adat atas sumber daya alam juga menjadi kewajiban dari negara untuk memberikan perlindungan terhadap hak atas sumber daya alam yang berada di wilayah masyarakat hukum adat. Sebagai amanah dari Pancasila dan UUD 1945 pemerintah sebagai penyelenggara negara membuat undang-undang sebagai bentuk perlindungan terhadap hak-hak masyarakat hukum adat. Dalam membuat undang-undang harus ada prinsip dasar perlindungan yang termuat dalam undang-undang tersebut. Prinsip perlindungan hukum itu adalah melalui penghormatan harkat dan martabat masyarakat harus diarahkan pada perlindungan terhadap hak sosial, hak ekonomi, dan hak kultural.

D. Perkembangan Pengaturan Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat di Indonesia Sebelum Otonomi Daerah

Perkembangan hak ulayat masyarakat hukum adat di Indonesia, dari zaman penjajahan Belanda hingga sekarang terjadi dinamisasi hukum dalam eksistensi, penghormatan, dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat di Indonesia. Berikut akan dijelaskan perkembangan hak ulayat masyarakat hukum adat di Indonesia mulai dari zaman Kolonial Belanda hingga zaman Orde Baru.

1. Zaman Kolonial Belanda

Pada masa Pemerintahan Hindia Belanda, ada pemisahan antara pengakuan terhadap hukum adat dengan pengakuan terhadap peradilan adat

⁸¹ Ibid, hlm. 77

dan keberadaan persekutuan hukum adat. Pengakuan ketiga unsur tersebut diatur dalam peraturan perundangan yang terpisah. Pengakuan formal terhadap hukum adat sudah ada sejak tahun 1848.⁸² Pengakuan pertama kali yaitu dalam Pasal 11 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* (AB) tahun 1848 yang berbunyi:

”Kecuali dalam hal-hal orang pribumi atau orang-orang yang dipersamakan (orang Timur Asing) dengan sukarela menaati peraturan-peraturan hukum perdata dan hukum dagang Eropa, atau dalam hal-hal bahwa bagi mereka berlaku peraturan perundangan-undangan semacam itu, atau peraturan perundang-undangan lain, maka hukum yang berlaku yang diperlakukan oleh hakim pribumi dan kebiasaan masyarakat, asal saja tidak bertentangan dengan asas-asas keadilan yang dipakai umum”⁸³

Pengakuan berikutnya dilakukan oleh *Regerings Reglement* (RR) tahun 1854 pasal 75 (lama), khususnya ayat (3) dan ayat (6). Reglemen ini mengatur bahwa kepada setiap orang pribumi dan timur asing yang tidak menundukkan diri secara sukarela atau yang pada mereka tidak diberlakukan hukum perdata Eropa oleh Gubernur Jenderal, hakim akan menggunakan undang-undang agama, lembaga-lembaga dan kebiasaan sepanjang tidak bertentangan dengan asas-asas yang diakui umum tentang kepatutan dan keadilan. Pasal 75 RR diganti dengan Pasal 131 ayat (6) *Indische Staatregeling* (IS) yang menyatakan tidak memberlakukan seluruhnya hukum perdata Eropa bagi orang Pribumi dan Timur Asing atau dengan adanya penundukan sukarela, maka pembuat undang-undang harus menghormati

⁸² Rikardo Simarmata, *Pengakuan...*, *Op.Cit*, hlm. 32

⁸³ *Ibid*

hukum adat asalkan hukum adat tersebut tidak bertentangan dengan dasar-dasar keadilan yang diakui umum.⁸⁴

Tradisi pengakuan terhadap hukum adat diteruskan pada tahun 1929 oleh Pasal 134 ayat (2) IS, yang tidak lagi menggunakan undang-undang agama (*godsdientiege wetten*), peraturan lembaga-lembaga (*volksintellingen en geburiken*), melainkan sudah memakai istilah *adatrecht*.⁸⁵

Pengakuan terhadap peradilan adat (*inheemse rechtspraak*) tertulis di dalam Pasal 130 IS dan Pasal 3 Ind. Staatsblad 1932 Nomor 80. Peraturan ini mengatur mengenai peradilan adat yang berada di luar Jawa dan Madura. Peradilan asli dibiarkan mempunyai sendiri yang disebut dengan peradilan adat. Peradilan asli ini memiliki kewenangan untuk memeriksa dan mengadili baik perkara pidana maupun perdata berdasarkan hukum adat.⁸⁶

Keberadaan persekutuan hukum adat diatur dalam *De Inlandsche Gemeente Ordonantie* (IGO) yang diundangkan pada tahun 1906 lewat stbl. 1960 No. 83. Ordonansi ini berlaku untuk Jawa dan Madura dan bermaterikan pengaturan mengenai urusan pengelolaan dan kepentingan rumah tangga komunitas pedesaan yang diperintah langsung oleh pemerintah Hindia Belanda. IGO tidak diberlakukan pada desa-desa yang terletak di luar Jawa dan Madura karena pemerintah Hindia Belanda merasa lebih memahami desa-desa di Jawa yang dalam kenyataannya memang semakin berkarakter sebagai

⁸⁴ Ibid, hlm. 32

⁸⁵ Ibid

⁸⁶ Ibid, hlm. 33

persekutuan teritorial seiring dengan semakin pudarnya karakter ikatan geneologis. Namun, IGO menunjukkan ambisi pemerintah Hindia Belanda yang hendak menjadi desa sebagai rujukan bagi seluruh persekutuan hukum. IGO mengatur materi mengenai urusan organisasi dan pendatan desa dan pertanggungjawabannya, pengelolaan harta milik dan kekayaan desa serta penyelenggaraan kerja-kerja untuk kepentingan negara.⁸⁷

IGO juga mengatur tentang pelepasan hak mengenai tanah desa kepada orang bumiputera atau badan hukum bumiputera. Pasal 12 ayat (1) IGO menyatakan bahwa pelepasan tanah desa asal itu dilarang kecuali pelepasan kepada negara dan dilarang melakukan pelepasan tanah desa kepada orang yang bukan golongan bumiputera. Walaupun demikian, dengan mempergunakan Pasal 12 IGO tersebut, masih ada kesempatan atau kemungkinan untuk memberikan hak benda atas tanah milik desa kepada orang bukan bumiputera dengan perantaraan pemerintah.⁸⁸

Dalam hal yang lebih mendasar, IGO dianggap telah mentransformasikan desa-desa dari hanya sekedar eksistensi sosiologis menjadi realitas hukum yang disebut badan hukum. Sebagai badan hukum, desa menjadi pengemban hak dan kewajiban. Desa juga diakui sebagai pemilik harta kekayaan khusus pemilik harta komunal. Sebagai persekutuan

⁸⁷ Soetandyo Wignjosebroto, *Desentralisasi Dalam Pemerintahan Hindia Belanda*, Bayumedia Publishing, Jakarta, 2004, hlm. 33

⁸⁸ Aboesono, *Sejarah Hukum dan Politik Agraria di Indonesia (Jilid 1, jaman Penjajahan)*, hlm 91

hukum yang memiliki hak, desa juga mempunyai pengurus beserta anggota.⁸⁹ Akan tetapi, diluar pengakuan keberadaan persekutuan hukum, peraturan ini ternyata tetap ingin mengambil tanah desa untuk kepentingan pemerintahan Hindia Belanda, hal ini tersirat dalam Pasal 12 IGO yang jelas menyatakan bahwa pelepasan hak hanya dapat dilakukan kepada negara, dengan melepaskan hak atas tanah kepada negara maka selanjutnya oleh negara memberikan hak atas tanah tersebut kepada siapa saja yang negara (pemerintahan Hindia Belanda) kehendaki.

Pada tahun 1870, Pemerintah Belanda mengeluarkan *Agrarische Wet* yang isinya menekankan pada 2 (dua) hal yaitu: dimungkinkannya perusahaan-perusahaan perkebunan swasta dan diakuinya eksistensi tanah-tanah pribumi atas hak adat mereka. *Agrarische wet* 1870 kemudian dimasukkan dalam Pasal 51 Konstitusi Hindia Belanda⁹⁰ (*de Wet Op Staatsinrichting van Nedherlands Indie*).

Berdasarkan Pasal 51 Konstitusi Hindia Belanda untuk wilayah Jawa dan Madura, dibentuklah *Agrarische Besluit* 1870 Nomor 118. Pasal 1 aturan ini menyatakan bahwa dengan pengecualian atas tanah-tanah yang termasuk

⁸⁹ Rikardo Simarmata, *Pengakuan...*, *Op.Cit.*, hlm. 38

⁹⁰ Pasal 51 berbunyi : 1) Gubernur jenderal tidak boleh menjual tanah, 2) larangan ini tidak berlaku terhadap bidang-bidang tanah sempit untuk perluasan kota atau desa atau untuk pendirian perusahaan komersil; 3) Gubernur Jenderal boleh menyewakan tanah terkecuali terhadap tanah yang telah dibuka oleh penduduk asli yang digunakan untuk penggembalaan desa atau kepentingan-kepentingan desa lainnya; 4) waktu sewa berlangsung sampai dengan 75 tahun; 5) dalam memberikan hak sewa, Gubernur Jenderal akan menghormati hak-hak tanah penduduk asli; 6) tanah-tanah yang dalam kenyataannya dimiliki oleh penduduk asli dapat diberikan hak *eigendom* (hak milik) kepadanya; 7) persyaratan dan atau tata cara sewa tanah dari penduduk asli harus sesuai dengan Undang-Undang.

dalam klausul 5 dan 6 Pasal 51 dari Konstitusi Hindia Belanda, maka semua tanah yang hak miliknya tidak dapat dibuktikan akan dianggap menjadi tanah negara.⁹¹

Teori domein menciptakan hak-hak barat tertentu, seperti hak *eigendom*, hak *opstal* dan hak *erfpacht*, namun juga membiarkan hak-hak adat terus berlanjut sehingga di Jawa khususnya terdapat bermacam-macam hak yaitu hak milik adat, hak milik individu, hak milik yang didasarkan pada *agrarische eigendom*, hak milik yang diberikan oleh pemerintah Hindia Belanda pada pribumi, hak milik kerajaan, hak untuk sewa, membangun, mengusahakan tanah-tanah milik orang lain serta hak-hak atas tanah pemerintah yang dikuasai oleh orang-orang asing asia (seperti Cina yang berlokasi di Jakarta, Karawang dan Bekasi).⁹²

Pada tahun 1874 pemerintah mengeluarkan *Staatblad* Nomor 97 yang menetapkan bahwa tanah-tanah dalam kekuasaan desa adalah tanah penggembalaan bersama, tanah untuk usaha pertanian penduduknya secara terus menerus, tanah untuk kepentingan umum. Selain tanah-tanah itu, ketika akan dipergunakan haruslah dengan ijin pemerintah. Dengan kenyataan, *Staatblad* ini menimbulkan berbagai pertentangan.⁹³ Dengan adanya pertentangan tersebut, pemerintah akhirnya mengakui hak-hak pribumi atas

⁹¹ Ibid, hlm. 136

⁹² Ibid

⁹³ Di Sumatera Barat tidak ada pejabat Negara yang berani mengumumkan adanya ordonansi mengenai pernyataan *domein* yaitu yang tertuang dalam *Staatblad* Nomor 75 sampai 119a tertanggal 14 September 1875. Di Jambi, Residen tidak berani mengumumkan karena akan menciptakan 2.400 sengketa tanah.

kepemilikan sebidang tanah yang berasal dari pengolahan atau pengambilan hasil hutan dengan cara diakui dan disetujui oleh para tetangga, Kepala Desa dan Residen. Mulai saat itu terjadi penguatan konflik kepentingan antara masyarakat hukum adat dengan pemerintah mengenai tanah-tanah hak milik dan hak ulayat.⁹⁴

Pada tahun 1870 parlemen menyetujui memberikan hak *erfpacht* selama 75 tahun yang dituangkan sebagai tambahan dalam Pasal 62 RR, kemudian menjadi Pasal 51 *Indische Staatsregeling*. Ketentuan tersebut selanjutnya diatur dalam peraturan yang dikenal dengan *Domein Verklaring*, dimana semua tanah yang tidak dapat dibuktikan hak pemilikannya (*eigendom*) adalah tanah negara.⁹⁵ Pernyataan domein Negara yang diatur dalam Pasal 1 *Agrarisch Besluit* ini paralel dengan yang diatur dalam BW. Dimana dapat dilihat dalam Pasal 519 dan Pasal 520 BW, mengatur bahwa: *setiap bidang tanah selalu ada yang memiliki. Kalau tidak dimiliki oleh perorangan atau badan hukum, maka negaralah pemiliknya.*

Pernyataan *domein* negara atas tanah yang dimaksud adalah tidak lain untuk mempertegas adanya hubungan penguasaan penuh dari negara atas tanah. Selain hubungan antara negara (pada waktu itu) dengan tanah yang yang diletakkan dalam hubungan *domein*, terdapat pula hubungan antara tanah

⁹⁴ Ibid, hlm, 137

⁹⁵ ibid

dengan perseorangan yang diberikan menurut hukum barat, serta hubungan antara tanah dengan golongan bumiputera.⁹⁶

Dalam Pasal 1 *Agrarische Besluit* bahwa negara memandang dirinya sebagai pemilik dari semua tanah-tanah yang tidak dapat dibuktikan pemilikannya, sedangkan jika tanah penduduk asli yang dikuasai hukum adat termasuk di dalam lingkup dari teori domein tersebut karena pemegang hak atas tanah menurut hukum adat tidak dapat membuktikan kepemilikannya, maka hal itu berarti bahwa saat yang bersamaan berlaku dua jenis hukum di atas bidang tanah yang sama. Dalam keadaan demikian, penciptaan hubungan hukum antara tanah dengan Belanda atau Eropa lainnya atau Timur Asing memperoleh perlakuan yang diistimewakan.⁹⁷

Dari uraian-uraian diatas menunjukkan bahwa pengakuan hukum terhadap hukum adat dan keberadaan persekutuan hukum adat di masa pemerintahan Hindia Belanda telah disertai dengan persyaratan. Dalam Pasal 75 RR dan 131 IS ditentukan bahwa penyelesaian perkara oleh hakim dan pembuatan peraturan oleh pembuat peraturan perundang-undangan yang menggunakan hukum adat dan lembaga serta kebiasaan adat, tidak boleh bertentangan dengan asas-asas kepatutan dan keadilan yang diakui oleh umum. Dengan cara terbalik bisa dikatakan bahwa pembuat peraturan perundang-undangan diperbolehkan menyimpangi hukum adat jikalau hukum

⁹⁶ Winahyu Erwiningsih, *Hak Menguasai...., Op.Cit.*, hlm. 138

⁹⁷ Ibid

adat tersebut bertentangan dengan asas-asas kepatutan dan keadilan yang diakui oleh umum. Dengan bernada arogan, asas-asas kepatutan dan keadilan yang diakui umum itu dianggap berada di dalam hukum perdata Eropa. Sehingga, setiap hakim yang harus memutus perkara yang peraturannya belum ada di dalam undang-undang agama, lembaga-lembaga dan adat kebiasaan Indonesia, maka diminta untuk mencari asas-asas umum hukum perdata Eropa dalam memberikan keadilan.⁹⁸

Dalam perkembangannya, dengan berlakunya asas *domein verklaring*, maka lebih mempersempit hak masyarakat hukum adat dalam mengelola hak ulayat mereka karena tanah ulayat tidak diberikan hak *eigendom*. Sehingga pada zaman pemerintahan Hindia Belanda, pengakuan bersyarat terhadap masyarakat hukum adat sudah diterapkan dengan memberikan kepentingan istimewa kepada pemerintahan Hindia Belanda.

2. Zaman Kemerdekaan 1945 sampai UUPA

Setelah proklamasi kemerdekaan pada tahun 1945 segera bermunculan tuntutan kepada pemerintahan untuk membuat produk hukum agraria nasional yang baru dan berwatak responsif.⁹⁹ Produk hukum agraria tersebut telah dikerjakan dalam waktu yang panjang pada periode ini dan baru selesai setelah terjadi perubahan politik atau periode sesudahnya. Hukum agraria produk zaman kolonial memiliki karakter eksploitatif, dualistik dan

⁹⁸ Rikardo Simarmata, *Pengakuan...*, *Op.Cit*, hlm. 41

⁹⁹ Kar J. Pelzer, *Sengketa Agraria; Pengusaha Perkebunan Melawan Petani*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1991, hlm 80

feodalistik.¹⁰⁰ Terutama dengan adanya asas *domein verklaring* yang menyertainya, sangat bertentangan dengan kesadaran hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat. Oleh karena itu, timbul tuntutan agar segera diadakan pembaharuan terhadap hukum agraria.

Berdasar pada ketentuan dalam Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 yang menyatakan bahwa “segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut undang-undang dasar ini”, maka peraturan perundang-undangan yang ditinggal oleh pemerintah kolonial Belanda masih tetap dapat diberlakukan selama pemerintah belum dapat membuat produk hukum – hukum baru yang sesuai dengan jiwa kemerdekaan. Hal ini berarti bahwa di Indonesia masih terdapat pola penguasaan tanah baik oleh negara, perkebunan asing, kerajaan, masyarakat dan lembaga-lembaga serta individu perorangan dengan dilandasi berbagai macam hak, baik yang berasal dari hak-hak barat maupun hak-hak adat.

Tanggapan pemerintah pada periode ini terdiri dari dua macam yaitu: *Pertama*; mengeluarkan berbagai UU secara parsial dalam bidang agraria yang berisi pencabutan terhadap beberapa bagian dalam hukum agraria peninggalan kolonial yang sangat menindas.¹⁰¹

¹⁰⁰ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3S Indonesia, 1998, hlm. 118

¹⁰¹ Pada masa ini dapat dilihat dikeluarkannya berbagai peraturan, antara lain: UU No.5 Tahun 1952 tentang Penetapan "Undang-Undang Nr 6 Tahun 1951 Untuk Mengubah "*Grondhuur Ordonantie*" Dan "*Vorstenlandsch Grondhuurreglement*" Sebagai Undang-Undang.; UU No.14 Tahun

Kedua; membuat rancangan UU Agraria Nasional untuk menggantikan *Agrarische Wet* (AW) 1870 melalui beberapa panitia perancang. Usaha untuk menyusun Undang-Undang Agraria mulai dilakukan pada tahun 1948 berdasarkan Penetapan Presiden Republik Indonesia Nomor 16 tertanggal 21 Mei 1948. Dalam rangka menyusun undang-undang yang bercorak nasional dan bulat (menyeluruh) guna menggantikan undang-undang agraria peninggalan kolonial, sejak awal kemerdekaan telah dibentuk komisi atau panitia yang diberi tugas menyusun dasar-dasar hukum agraria yang baru.¹⁰² Pada akhirnya rancangan UU tersebut berhasil disusun tetapi

1952 tentang Penunjukan Jawatan Regi Garam Sebagai Perusahaan I.B.W. Dengan Nama Baru "Perusahaan Garam Dan Soda Negeri"; UU No.6 Tahun 1953 tentang Pernyataan Perlunya Beberapa Tanah Partikelir Dikembalikan Menjadi Tanah Negeri.; UU No.25 Tahun 1953 tentang Penetapan "Undang-Undang Darurat Nomor 12 Tahun 1950, Tentang Mengadakan Pajak Peredaran 1950" Dan "Undang-Undang Darurat Nomor 38 Tahun 1950 Tentang Tambahan Dan Perubahan Undang-Undang Pajak Peredaran 1950" Sebagai Undang-Undang.; UU No.14 Tahun 1954 tentang Pencabutan Ordonansi "Uitvoerverbod Plantenmateriaal Negara Sumatera Timur 1949"; UU No.19 Tahun 1954 tentang Peraturan Penagihan Penghasilan Lebih Kepada Negara.; UU No.24 Tahun 1954 tentang Penetapan Undang-Undang Darurat Tentang Pemindahan Hak Tanah-Tanah Dan Barang-Barang Tetap Yang Lainnya Yang Bertakluk Kepada Hukum Eropah Sebagai Undang-Undang.; UU No.21 Tahun 1957 tentang Menetapkan Undang-Undang Darurat Nomor 14 Tahun 1952 Tentang Perubahan Dan Penambahan Peraturan Pemungutan Pajak Peralihan, Pajak Upah Dan Pajak Kekayaan Sebagai Undang-Undang.; UU No.76 Tahun 1957 tentang Pengubahan Undang-Undang No. 24 Tahun 1954 Dan Undang-Undang No. 28 Tahun 1956 Mengenai Penggantian Perkataan "Menteri Kehakiman" Dengan Perkataan "Menteri Agraria"; UU No.78 Tahun 1957 tentang Perubahan Canon Dan Cijns Atas Hak Hak Erfpacht Dan Konsesi Guna Perusahaan Kebun Besar.; UU No.13 Tahun 1959 tentang Penetapan "Undang-Undang Darurat No. 25 Tahun 1957 Tentang Penghapusan Monopoli Garam Dan Pembikinan Garam Rakyat" Sebagai Undang-Undang.; UU No.16 Tahun 1959 tentang Penetapan "Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1959 Tentang Badan Perusahaan Produksi Bahan Makanan Dan Pembukaan Tanah" Sebagai Undang-Undang.; UU No.2 Tahun 1960 tentang Perjanjian Bagi Hasil.

¹⁰² Panitia tersebut diantaranya adalah Panitia Agraria Yogya tahun 1948, Panitia Agraria Jakarta tahun 1951, Panitia Soewahjo dan Rancangan Soenarjo tahun 1958. Dalam perkembangannya, adanya dekrit Presiden 5 Juli 1959, RUU Agraria Nasional mengalami penundaan. Walau akhirnya pada tahun 1960 atau dalam periode berikutnya dapat diundangkan, dengan menganut asas-asas yang pernah diajukan oleh beberapa panitia sebelumnya. Periode setelah kemerdekaan menunjukkan konfigurasi politik yang cenderung demokratis dan dapat diidentifikasi sebagai demokrasi liberal,

pengundangannya baru dilakukan pada periode berikutnya. Secara umum produk hukum dan respons pemerintah dalam masalah agraria pada periode ini merupakan produk hukum dan tindakan-tindakan yang *responsif*.

Rancangan UU tentang Agraria Nasional yang berhasil disusun pada periode 1945-1959, diadakan penyesuaian dengan konstitusi dan konfigurasi politik yang baru yakni UU No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria yang biasa disingkat dengan UUPA.

Dengan mulai berlakunya UUPA, terjadi perubahan fundamental pada Hukum Agraria di Indonesia, terutama Hukum Tanah, yang di kalangan pemerintahan dan umum dikenal sebagai Hukum Agraria. Perubahan ini bersifat fundamental, karena baik mengenai struktur perangkat hukumnya, mengenai konsepsi yang mendasarinya, maupun isinya, yang dinyatakan dalam bagian "Berpendapat" UUPA harus sesuai dengan kepentingan rakyat Indonesia serta memenuhi pula keperluannya menurut permintaan zaman.¹⁰³

Kalau ditinjau dari Memori Penjelasan dari UUPA, maka akan ditemukan delapan prinsip filosofi dari UUPA, yaitu:¹⁰⁴

- a. Prinsip kesatuan hukum agraria untuk seluruh wilayah tanah air.

Dengan prinsip ini telah dinyatakan kita telah melepaskan adanya dualisme dalam hukum agraria di Indonesia, yang pernah berlaku

keadaan ini berlangsung sampai tahun 1959. Lihat Winahyu Erwiningsih, *Hak Menguasai Negara Atas Tanah*, Total Media, Yogyakarta, 2009, hlm. 146-150

¹⁰³ Boedi Harsono, *Hukum Agraria...., Op.Cit.*, hlm. 1

¹⁰⁴ A.P Parlindungan, *Komentar Atas Undang-Undang Agraria*, Mandar Maju, Bandung, 1991, hlm. 23-26

pada zaman penjajahan di Indonesia dan demikian pula kita telah melepaskan pluralisme dalam pelaksanaan hak-hak adat di Indonesia (khususnya mengenai keagrariaan). Dengan demikian hanya berlaku satu hukum yang mengatur keagrariaan di tanah air kita, dan untuk itu telah dipercayakan kepada UUPA yang akan kelak menjabarkannya dalam peraturan-peraturan pelaksanaannya. Prinsip kesatuan hukum agraria ini sama saja nilainya dengan gagasan yang diajukan oleh Wawasan Nusantara kita.

b. Penghapusan pernyataan domein

Hal ini sudah diungkapkan sebelumnya, alasan-alasan kita menghapuskan asas domein tersebut dan menerapkan Hak Menguasai Negara seperti yang ditegaskan oleh Pasal 33 ayat 3 UUD 1945 dan kelak akan dibicarakan oleh Pasal 1 dan 2 UUPA.

c. Fungsi sosial hak atas tanah, merupakan jawaban dan kejelasan dari hak-hak Keagrariaan di Indonesia, bukan penerapan bahwa memiliki sesuatu itu sebagai sesuatu yang "*sacre*" (suci) sebagai hak-hak dasar manusia dan setiap orang harus "lepas tangan" dari hak-hak orang lain dalam dia menjalankan hak-hak atas agrariannya dan dia dapat mempertahankan hak-haknya itu terhadap siapa pun maupun terhadap pemerintah sendiri. Semua orang harus menghormati haknya itu. Dalam konsep dari fungsi sosial ini,

terkandung makna yang mendalam sekali, bahwa dalam setiap hak seseorang terkandung hak dari masyarakat.

- d. Pengakuan Hukum Agraria Nasional berdasarkan hukum adat dan pengakuan dari eksistensi hak ulayat.

Pernyataan ini memperjelas dengan dikembalikannya marwah hukum adat dan hak ulayat Indonesia dan penyesuaian pada perkembangan kemajuan perekonomian dan lalu lintas perdagangan. Hukum adat harus dapat menjawab tantangan hukum modern.

- e. Persamaan derajat sesama warga negara Indonesia dan antara laki-laki dan wanita.

Pernyataan ini tidak membedakan warga negara Indonesia apakah dia warga negara pribumi ataupun warga negara keturunan. Kita hanya melindungi yang ekonomis lemah sebagaimana yang diatur dalam Pasal 11 ayat 3 UUPA yang menyatakan bahwa:

“Perbedaan dalam keadaan masyarakat dan keperluan hukum golongan rakyat dimana perlu dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional diperhatikan, dengan menjamin perlindungan terhadap kepentingan golongan yang ekonomis lemah.”

Demikian pula UUPA telah secara apriori menyatakan tidak perlu dan tidak ada tempatnya dilakukan perbedaan antara laki-laki dan wanita dalam hubungannya dengan bumi, air, dan ruang angkasa.

- f. Pelaksanaan reforma agraria hubungan antara manusia (Indonesia) dengan tanah atau dengan bumi, air, dan ruang angkasa.

Akibat penjajahan telah terjadi ketimpangan hubungan tersebut dan negara berkembang selalu dihadapkan kepada masalah tersebut. Oleh karena itu perlu orientasi baru dan perombakan hubungan agar tercipta trilogi pembangunan di Indonesia.

- g. Rencana umum penggunaan, persediaan, pemeliharaan bumi, air, dan ruang angkasa.

Masalah ini semakin jelas bahwa kita harus mempunyai rencana umum, dan berarti kita harus mempunyai suatu undang-undang yang akan mengatur mengenai tata ruang dan tata guna tanah di Indonesia.

- h. Prinsip nasionalitas

Prinsip ini memperjelas bahwa sebagai sikap tanpa kompromi dinyatakan "hanya warga negara Indonesia mempunyai hubungan yang sepenuhnya dengan bumi, air, dan ruang angkasa" sehingga orang asing sebagaimana yang pernah mereka miliki boleh

mempunyai hak-hak atas tanah di Indonesia asal mau tunduk kepada *Burgelijk Wetboek* (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) dan peraturan-peraturan keperdataan yang telah kita tinggalkan. Disini kita membedakan di satu pihak warga negara Indonesia dan di lain pihak orang asing dan UUPA penuh dengan ketentuan-ketentuan itu dan tidak ada jalan keluar apapun untuk melegalkan orang asing mempunyai hubungan yang sepenuhnya dengan bumi, air, dan ruang angkasa dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, sama dengan warga negara Indonesia.

Orientasi kebijakan pembangunan ekonomi mempunyai implikasi terhadap pengembangan strategi pencapaian tujuan hukum pertanahan yaitu kemakmuran seluruh rakyat melalui penguasaan tanah. Rezim Orde Lama yang berorientasi pada kepentingan pemerataan lebih memilih strategi mendistribusikan secara langsung sumber daya tanah sebagai salah satu faktor produksi kepada sebanyak mungkin warga masyarakat. Hal ini tercermin dalam peraturan-peraturan pelaksanaan UUPA dalam periode 1960-1966 yang lebih cenderung menggunakan kelompok nilai sosial yang tradisional sebagai acuan pembentukan peraturan-peraturan pelaksanaan tersebut.¹⁰⁵

Dari segi politik hukum, eksistensi hukum adat masih diakui berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 jo Pasal 3 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1942 jo. Ayat 2 sub b dan ayat 6 Pasal 131 IS (*Indische*

¹⁰⁵ Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum....., Op.cit.*, hlm. 84

Staatregeling). Ada dua faktor yang mempengaruhi tebal tipisnya kekuatan material suatu peraturan hukum yaitu: a) banyak tidaknya penetapan hukum yang dihasilkan mampu menjaga eksistensi kehidupan persekutuan hukum adat atau selaras dengan sistem hukum adatnya dan syarat-syarat eksternal kemanusiaan dan, b) perubahan sosial, politik dan ekonomi masyarakat persekutuan. Konsekuensi dari pengaruh perkembangan yang terjadi terutama dalam politik ketatanegaraan adalah hukum adat di Indonesia juga mendasarkan dan berjiwa pada Pancasila yang didalamnya mengandung nilai-nilai kegotongroyongan, penghargaan atas hak asasi, fungsi sosial dan demokratis. Dalam lingkup sistem hukum nasional, maka hukum adat merupakan bagian dari hukum nasional baik jiwa maupun sistemnya dimana hukum adat akan tetap ada terutama pada hukum privat.¹⁰⁶

Dalam hukum adat, hak perseorangan dibatasi oleh hak ulayat. Hak ulayat diakui oleh UUPA, tetapi pengakuan itu disertai 2 (dua) syarat yaitu mengenai “eksistensi” dan mengenai “pelaksanaannya” hak ulayat diakui “sepanjang menurut kenyataannya masih ada”, demikian yang disebutkan di dalam pasal 3 UUPA.

Pelaksanaan hak ulayat diatur juga dalam Pasal 3 UUPA. *“pelaksanaan hak ulayat harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-*

¹⁰⁶ Winahyu Erwiningsih, *Hak Menguasai...*, *Op.Cit*, hlm. 201

peraturan lain yang lebih tinggi.”

Pasal 3 ini jika dikaitkan dengan Pasal 58 UUPA yang mengakui masih berlakunya hak ulayat maupun hak-hak lain sejenis yang tidak bertentangan dan selama belum diatur khusus, maka yang menjadi petunjuk dari Pasal 3 itu adalah sebagai berikut:¹⁰⁷

- a. Bahwa hak ulayat itu masih terdapat dalam masyarakat dan masih ada atau (masih merupakan masih hidup) artinya hak ulayat itu masih berfungsi dalam masyarakat dan masih dipatuhi oleh masyarakat sebagai suatu lembaga dalam masyarakatnya.
- b. Harus disesuaikan dengan kepentingan nasional, artinya ada prinsip nasionalitas, yaitu sungguhpun diketahui menurut hukum adat ada sejumlah justiaselnya menurut hukum adat masih berhak atas tanah hak-hak adat di daerah asalnya, namun karena mereka bukan lagi warga negara Indonesia maka hak-hak mereka menjadi terdinding.
- c. Harus disesuaikan dengan kepentingan negara, dalam kepentingan keluar, negara tidak akan suatu kompromi atau toleransi yang akan meniadakan hak-hak bangsa Indonesia terutama prinsip nasionalitas tersebut, dan ke dalam. Kepentingan negara diatas segalanya sehingga kepentingan perorangan harus mengalah jika negara menghendaknya.¹⁰⁸
- d. Harus berdasarkan pada persatuan bangsa, artinya hak ulayat itu selama ini melayani hanya orang yang menjadi anggota suku itu saja dan orang luar sukunya hanya boleh mempunyai sesuatu hak setelah membayar suatu rekognisi. Dengan konsep ini, maka setiap warga negara Indonesia di manapun dia berada di dalam wilayah Indonesia sama berhak dengan lain-lain suku bangsa untuk mempunyai hak-hak agraria.
- e. Akhirnya bahwa hak ulayat itu seterusnya *untergeordnet* kepada undang-undang maupun peraturan lainnya yang diterbitkan oleh pemerintah Indonesia. Dengan demikian biarpun hak ulayat itu adanya sebelum UUPA, namun kemudian harus seirama dan sejalan dan tunduk kepada ketentuan-ketentuan umum yang dibuat untuknya dalam konteksnya keberlakuannya di Indonesia.

¹⁰⁷ A.P. Parlindungan, *Komentar..., Op.Cit.*, hlm. 57-58

¹⁰⁸ *Ibid*, hlm. 53

Dalam penjelasan umum (angka II/3) menegaskan, bahwa kepentingan sesuatu masyarakat hukum harus tunduk pada kepentingan nasional dan negara yang lebih tinggi dan lebih luas. Hak ulayat pelaksanaannya harus sesuai dan tidak boleh bertentangan dengan kepentingan yang lebih luas itu tidak dapat dibenarkan demikian memori penjelasan jika dalam bernegara dewasa ini satu masyarakat hukum adat masih mempertahankan isi dan pelaksanaan hak ulayatnya secara mutlak. Seakan-akan masyarakat hukum adat itu terlepas dari masyarakat-masyarakat hukum dan daerah-daerah lainnya, di dalam lingkungan negara sebagai kesatuan. Seakan akan anggota-anggota masyarakat hukum itu sendirilah yang berhak atas tanah wilayahnya itu hanya diperuntukkan hanya bagi anggota-anggota masyarakat hukum adat itu sendiri. Sikap yang demikian itu oleh UUPA dianggap bertentangan dengan asas yang tercantum dalam Pasal 1 dan Pasal 2 UUPA.¹⁰⁹

Pasal 3 dan Pasal 5 UUPA yang secara eksplisit menjelaskan eksistensi dan pelaksanaan hak ulayat masyarakat hukum adat. Namun, dalam pengakuannya, UUPA masih terdapat pembatasan-pembatasan dalam memberikan pengakuan terhadap keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat. Adanya pembatasan ini didasarkan pada pandangan dasar bahwa setelah menjadi sebuah negara, seluruh bumi, air, ruang angkasa dan kekayaan alam yang ada di dalamnya, menjadi milik atau hak dari seluruh bangsa Indonesia. Tidak lagi menjadi semata-mata hak dari pemiliknya saja. Dan masyarakat-

¹⁰⁹ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia....Op.cit.*, hlm. 185

masyarakat hukum adat, setelah merdeka, bukan lagi bagian terpisah dari bangsa Indonesia.

Sekalipun mengakui secara terbatas, namun pengakuan tersebut tetap membawa implikasi. Menurut UUPA, implikasinya adalah kewajiban bagi pihak ketiga untuk mendengar dan memberikan *recognitie*¹¹⁰ setiap kali akan memberikan hak atas tanah di atas tanah ulayat atau setiap kali pemanfaatan tanah ulayat. *Recognitie* hanya memindahtangankan hak ulayat untuk sementara waktu bukan untuk selamanya.

Adapun pembatasan pengakuan terhadap hukum adat di latar belakang oleh misi UUPA untuk menghapuskan dualisme hukum pertanahan, sekaligus menciptakan hukum pertanahan yang sederhana dan mejamin kepastian hukum. Selain itu, ada dua anggapan yang dianut oleh UUPA, para penyusun dan pendukungnya. *Pertama*, hukum adat hanya akan menciptakan pluralisme hukum dan membiarkan hukum dalam keadaan yang tidak tertulis. *Kedua*, hukum adat tidak lagi murni karena sudah dipengaruhi oleh politik masyarakat kolonial yang kapitalistik dan masyarakat swapraja yang feodal (Penjelasan Umum III angka 1). Kepastian hukum baru tidak akan terancam hanya apabila diberlakukan hukum pertanahan yang unikatif. Oleh karena itu, keberadaan UUPA harus mampu menghapus dualisme hukum pertanahan

¹¹⁰ *Recognitie* adalah tanda pengakuan dari orang luar atau pihak ketiga atas kepemilikan dan penguasaan tanah ulayat tertentu oleh masyarakat hukum adat. *Recognitie* diberikan untuk menggantikan penghasilan-penghasilan dan pajak-pajak yang hilang yang sedianya diberikan kepada kepala persekutuan. Lihat dalam Rikardo Simarmata, *Pengakuan...*, *Op.Cit.*, hlm. 61

sekaligus menyelenggarakan unifikasi hukum pertanahan. Sehingga hukum adat yang terdapat dalam Pasal 5 UUPA adalah hukum adat yang telah mengalami penyempurnaan dan disesuaikan dengan kepentingan masyarakat dalam negara yang modern.¹¹¹

Dalam perlindungan hukum, sengaja UUPA tidak mengadakan pengaturan dalam bentuk peraturan perundang-undangan mengenai hak ulayat, dan membiarkan pengaturannya tetap berlangsung menurut hukum adat setempat. Mengatur hak ulayat menurut para perancang dan pembentuk UUPA akan berakibat menghambat perkembangan alamiah hak ulayat, yang pada kenyataannya memang cenderung melemah. Kecenderungan tersebut dipercepat membuat bertambah kuatnya hak-hak individu, melalui pengaturannya dalam bentuk hukum yang tertulis dan penyelenggaraan pendaftarannya yang menghasilkan surat-surat tanda pembuktian haknya. Melemahnya atau menghilangnya hak ulayat, diusahakan penampungannya dalam rangka pelaksanaan Hak Menguasai Negara, yang mencakup dan menggantikan peranan Kepala Adat dan para Tetua Adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan dalam hubungannya dengan tanah-tanah yang sudah dihaki secara individual para warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan, seperti halnya tanah-tanah di daerah lain.¹¹²

Daerah-daerah dimana hak ulayat itu sudah menghilang maka sifat

¹¹¹ Ibid, hlm. 62

¹¹² Boedi Harsono, *Hukum Agraria....*, Op.cit, hlm. 193

individualitas dan komersial berkembang sehingga pembangunan yang seharusnya untuk kepentingan sendiri, pemerintah terpaksa mengeluarkan uang yang tidak sedikit untuk membebaskan tanah-tanah tersebut, sedangkan keuntungannya akan dinikmati mereka sendiri, karena terjadinya eskalasi harga tanah akibat bertambahnya fasilitas yang ditimbulkan ataupun jikalau tanah pertanian dengan diciptakan saluran irigasi.¹¹³

Keberadaan UUPA yang masih berlaku hingga saat ini merupakan UUPA yang sama seperti saat dibentuknya, akan tetapi, seiring berjalannya waktu, UUPA yang tidak berubah ini “dikalahkan” dengan keberadaan UU yang bersifat sektoral, sehingga terjadinya tumpang tindih peraturan perundang-undangan tidak bisa dihindari lagi. UUPA yang bersifat sentralisasi menjadi alasan mengapa UUPA ini dipertahankan walaupun adanya asas desentralisasi di era otonomi daerah. Sentralisasi merupakan implementasi dari Hak Menguasai Negara sebagaimana diatur dalam Pasal 33 UUD 1945.

3. Zaman Orde Baru

Berbeda dengan Orde Lama, dalam pemerintahan Soeharto memfokuskan pembangunan pada pertumbuhan ekonomi, dan memulai kebijakan pembangunan ekonominya dengan mengeluarkan UU No.1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing untuk menarik investasi asing dalam pengelolaan sumber daya alam. Terjadi denasionalisasi (*privatisasi*)

¹¹³ AP. Parlindungan, *Komentar..., Op.Cit.*, hlm. 59

perusahaan asing pada tahun 1967 yang sebelumnya telah dinasionalisasi oleh pemerintahan Soekarno pada tahun 1958. Hal ini dengan alasan kondisi perekonomian yang kritis dan defisit sebagai peninggalan Orde Lama. “Bahkan sebelumnya dilakukan negosiasi penjadwalan ulang atas utang-utang luar negeri sekaligus mengajukan pinjaman-pinjaman baru”.¹¹⁴

Pergantian rezim dari Orde Lama ke Orde Baru pada tahun 1967 diikuti dengan penilaian terhadap strategi pencapaian kepentingan dalam hukum pertanahan nasional. Perombakan struktur penguasaan dan pemilikan tanah sebagai upaya untuk melakukan pemerataan pemilikan tanah dalam periode Orde Lama dinilai sebagai strategi yang tidak akan mampu mendukung pencapaian pertumbuhan ekonomi. Bahkan strategi yang demikian justru dinilai sebagai penghambat terhadap pertumbuhan ekonomi karena tidak memacu setiap orang untuk bersaing dalam prestasi.¹¹⁵

Kemakmuran rakyat dapat dicapai bukan dengan cara membagikan tanah secara langsung kepada setiap petani atau kepada sebanyak mungkin orang, namun strategi pencapaiannya diupayakan dengan memberikan kesempatan kepada setiap orang untuk memperoleh dan mempunyai tanah dengan syarat tertentu yaitu mereka mampu mengembangkan kegiatan usaha melalui penguasaan dan penggunaan tanah serta bersaing untuk berprestasi dalam peningkatan produksi. Melalui strategi

¹¹⁴ Rikardo Simarmata, *Kapitalisme Perkebunan: Dinamika Konsep Pemilikan Tanah oleh Negara*, Insist Press&Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2002, hlm. 64-65

¹¹⁵ Nurhasan Ismail, *Perkembangan...., Op.Cit.*, hlm. 88

yang demikian, di satu sisi setiap orang sudah diberi kesempatan yang sama untuk memperoleh dan mempunyai tanah, namun kesempatan untuk sungguh-sungguh dapat menguasai dan mempunyai tanah akan terseleksi berdasarkan kemampuan mereka memenuhi persyaratan dan prestasinya dalam meningkatkan produksi dari penggunaan tanah yang diperolehnya. Melalui strategi yang demikian pula, kesempatan untuk mewujudkan kemakmuran seluruh rakyat dapat diupayakan melalui ketersediaan lapangan kerja dan peningkatan produksi oleh mereka yang memenuhi persyaratan tersebut di atas.¹¹⁶

Selama pemerintahan Orde Baru, sudah banyak dikeluarkan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan bidang agraria, bahkan beberapa undang-undang yang sifatnya parsial dalam bidang agraria sudah diundangkan seperti: Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kehutanan, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Pertambangan, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang minyak dan gas bumi, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan, dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1982 tentang Lingkungan Hidup. Namun masalah yang dihadapi oleh pemerintah terus berkembang. Akar permasalahannya adalah kenyataan bahwa luas tanah tidak pernah bertambah sedangkan manusia sebagai penghuninya akan terus bertambah dan perkembangan masyarakat dengan berbagai kegiatan industrialnya senantiasa

¹¹⁶ Ibid

memerlukan lahan seperti halnya setiap pertambahan manusia. Hal semacam inilah yang kemudian sering menimbulkan masalah sosial yang bisa diidentifikasi sebagai masalah tanah. Persoalan yang dihadapi pemerintah pada masa Orde Baru bukanlah bagaimana mengubah UUPA, bagaimana melaksanakan UUPA agar dapat mengakomodasikan masalah-masalah yang kini muncul.¹¹⁷

Berikut ini adalah pengaturan pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1967 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kehutanan dan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan Era Orde Baru adalah sebagai berikut:

a. Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1967 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kehutanan

Menurut pernyataan Undang-Undang Pokok Kehutanan (UUPK) semua hutan dalam wilayah Republik Indonesia termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, dikuasai oleh negara. Dengan pernyataan tersebut bukan berarti UUPK tidak mengakui keberadaan hak ulayat. Hak ulayat masyarakat hukum adat diakui, tetapi sepanjang menurut kenyataannya masih ada, sesuai dengan ketentuan Pasal 3 UUPA. Di dalam Pasal 17 ditentukan bahwa:

¹¹⁷ Ibid, hlm. 172

“Pelaksanaan hak-hak masyarakat hukum adat dan anggota-anggotanya serta 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”.

Di dalam Pasal 2 dipergunakan istilah “*Hutan Negara*” untuk menyebut semua hutan yang bukan “*Hutan Milik*”. Dengan demikian maka pengertian “*Hutan Negara*” itu mencakup pula hutan-hutan yang baik berdasarkan peraturan perundang-undangan maupun hukum adat dikuasai oleh masyarakat hukum adat.¹¹⁸

Sebagaimana dijelaskan di atas, penguasaan masyarakat hukum adat atas hutan-hutan tertentu yang didasarkan pada hukum adat yang lazimnya disebut Hak Ulayat, diakui dalam UUPA, tetapi sepanjang menurut kenyataannya memang masih ada. Berhubung dengan itu, dimasukkannya hutan-hutan yang dikuasai oleh masyarakat hukum adat tersebut ke dalam pengertian “*Hutan Negara*” tidaklah meniadakan hak-hak masyarakat hukum adat yang bersangkutan serta anggota-anggotanya untuk mendapatkan manfaat dari hutan-hutan itu, sepanjang hak-hak itu menurut kenyataannya memang masih ada dan pelaksanaannya pun harus sedemikian rupa hingga tidak mengganggu aturan pelaksanaannya.¹¹⁹ Hal ini ditegaskan pula di dalam Penjelasan Umum Pasal 17 yang menyatakan bahwa:

“Selain hukum perundang-undangan di beberapa tempat di Indonesia berlaku hukum adat, antara lain tentang pembukaan hutan, pengembalaan

¹¹⁸ Boedi Harsono, *Hukum Agraria...*, *Op.Cit.*, hlm. 199

¹¹⁹ *Ibid*, hlm.

ternak, pemburuan satwa liar dan pemungutan hasil hutan. Dalam pelaksanaan hukum adat setempat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus dijaga jangan sampai terjadi kerusakan hutan, sehingga mengakibatkan manfaat hutan yang lebih penting di bidang produksi dan fungsi lindung daripada hutan akan berkurang adanya. Demikian pula hak ulayat sepanjang menurut kenyataannya masih ada tetap diakui, tetapi pelaksanaannya harus sesuai dengan kepentingan nasional serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan perundangan lain yang lebih tinggi. Karena itu, tidak dapat dibenarkan andaikata hak ulayat suatu masyarakat hukum adat setempat digunakan untuk menghalang-halangi pelaksanaan rencana umum pemerintah, misalnya : menolak dibukanya hutan secara besar-besaran untuk proyek-proyek besar atau untuk kepentingan transmigrasi dan lain sebagainya. Demikian pula tidak dapat dibenarkan, apabila hak ulayat dipakai sebagai dalih bagi masyarakat hukum adat setempat untuk membuka hutan secara sewenang-wenang”.

Pada kenyataannya, jika suatu wilayah hutan sudah diberikan Hak Pengusahaan Hutan (HPH) kepada pengusaha, kemungkinan para anggota masyarakat hukum adat untuk mengambil hasil hutan berdasarkan hak ulayat, **dibatasi**. Dalam Pasal 6 Peraturan Pemerintah Nomor 21 Tahun 1970 disebutkan bahwa hak-hak masyarakat hukum adat dan anggota-anggotanya untuk memungut hasil hutan yang didasarkan atas suatu peraturan hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, pelaksanaannya perlu ditertibkan, sehingga tidak mengganggu pelaksanaan pengusahaan hutan. Pelaksanaan hak tersebut harus ada izin dari pemegang Hak Pengusahaan Hutan, yang diwajibkan meluluskan pelaksanaannya, yang diatur dalam tata tertib sebagai hasil musyawarah antara pemegang hak dan masyarakat hukum adat, dengan bimbingan dan pengawasan Dinas Kehutanan. Ditentukan selanjutnya, bahwa demi keselamatan umum, di dalam areal hutan yang

sedang dikerjakan dalam rangka pengusahaan hutan, pelaksanaan hak rakyat untuk memungut hasil hutan, **dibekukan**.¹²⁰

Pengaturan lebih lanjut mengenai hak pemungutan hasil hutan oleh masyarakat hukum adat dapat dijumpai dalam keputusan-keputusan Menteri Kehutanan, salah satunya adalah Keputusan Menteri Kehutanan No. 251/Kpts-II/93 tentang Ketentuan Pemungutan Hasil Hutan Oleh Masyarakat Hukum Adat atau Anggotanya di Dalam Areal Penguasaan Hutan. Selain menegaskan pengakuan dengan syarat sepanjang masih ada dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, keputusan ini juga memberlakukan syarat-syarat prosedural tambahan, yakni: *Pertama*, menegaskan kembali keharusan untuk memperoleh izin dari pemegang hak pengusahaan. *Kedua*, masyarakat hukum adat yang mengajukan hak memungut hasil hutan adalah masyarakat hukum adat yang diakui keberadaannya oleh Bupati Kepala Daerah Tingkat II. *Ketiga*, hak pemungutan hasil hutan hanya diberikan pada areal Hak Pengusahaan Hutan di luar blok tebangan tahunan. *Keempat*, pemungutan hasil hutan baru bisa dilakukan bila mendapatkan izin dari Kepala Dinas Kehutanan Propinsi Dati I. *Kelima*, hasil hutan yang dipungut wajib disertai pembayaran pungutan serta diangkut dengan dokumen yang sah. Selain kelima syarat prosedural tersebut, keputusan tersebut juga memperbolehkan pemungutan kayu dan non kayu

¹²⁰ Ibid

untuk keperluan dipakai sendiri dan/atau keperluan sosial, tidak untuk diperdagangkan.¹²¹

b. Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat Dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (UUKPP) ini lahir atas dasar keinginan pemerintah di era Orde Baru untuk menguasai dan mengelola sumber daya alam dalam rangka pelaksanaan Hak Menguasai Negara. Semua ini tidak terlepas dari paradigma Orde Baru yang menekankan pada pertumbuhan ekonomi yang bersandarkan pada kapitalis internasional untuk lebih berperan aktif dalam industri pertambangan di Indonesia.¹²²

Dilihat dari konteks penguasaan dan pengelolaan sumber daya alam sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1 UUKPP 1967 yang menegaskan:

“Segala bahan galian yang terdapat dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia yang merupakan endapan-endapan alam sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa, adalah kekayaan nasional bangsa Indonesia dan oleh karenanya dikuasai oleh negara untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.

Lebih jauh mengenai dominasi negara atas bahan tambang ini dapat kita lihat pada Pasal 4 UUKPP 1967 menyebutkan bahwa: *(1) pelaksanaan penguasaan negara dan pengaturan usaha pertambangan ... dilakukan oleh menteri...; (2)... oleh pemerintah daerah tingkat I...* Pernyataan pasal ini

¹²¹ Rikardo Simarmata, *Pengakuan...*, Loc.Cit

¹²² Lihat Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan.

mendeskripsikan bahwa pihak pemerintah merupakan wakil dari negara untuk melaksanakan hak menguasai atas barang-barang tambang. Pada tataran implementasinya HMN atas kekayaan alam yang terdapat dalam perut bumi dapat diberikan dalam bentuk “Kuasa Pertambangan (KP)”.¹²³

Kuasa Pertambangan ini juga dapat diberikan dalam bentuk Kontrak Karya Pertambangan (KK Pertambangan). Pengertian Kontrak Karya terdapat dalam Pasal 1 Keputusan Menteri Pertambangan dan Energi Nomor 1409.K/201/M.PE/1996 tentang Tata Cara Pengajuan Pemrosesan Pemberian Kuasa Pertambangan, Izin Prinsip, Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Batu Bara. Kontrak Karya adalah:

“Suatu perjanjian antara Pemerintah Republik Indonesia dengan perusahaan swasta asing atau patungan antara asing dengan nasional (dalam rangka PMA) untuk perusahaan mineral dengan berpedoman kepada Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing serta Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan Umum”.

Dalam definisi ini, kontrak karya dikonstruksikan sebagai sebuah perjanjian. Subjek perjanjian itu adalah Pemerintah Indonesia dengan perusahaan swasta asing atau *joint venture* antara perusahaan asing dan perusahaan nasional. Objeknya adalah perusahaan mineral. Pedoman yang

¹²³ Pengertian kuasa Pertambangan ini dapat dilihat dalam Pasal 2 Huruf I UUKPP 1967 yang menyatakan, Kuasa Pertambangan adalah wewenang yang diberikan kepada badan/perseorangan untuk melaksanakan usaha pertambangan.

digunakan dalam implementasi kontrak karya adalah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing serta Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan Umum.¹²⁴

Model awal kontrak karya bukanlah konsep yang dirancang Pemerintah Indonesia, melainkan rancangan PT. Freeport Indonesia. Awalnya Menteri Pertambangan Indonesia menawarkan kepada Freeport konsep “bagi hasil” berdasarkan petunjuk pelaksanaan kontrak perminyakan asing yang disiapkan pada waktu pemerintahan Soekarno. Freeport menyatakan kontrak seperti itu hanya menarik untuk perminyakan yang dapat menghasilkan dengan cepat, tetapi tidak untuk pertambangan tembaga yang memerlukan investasi besar dan waktu lama untuk sampai pada tahap produksi. Ahli hukum Freeport, Bob Duke, menyiapkan sebuah dokumen yang didasarkan pada model “Kontrak Karya” yang pernah digunakan di Indonesia di zaman kolonial Belanda dan sebelum diberlakukannya “kontrak bagi hasil” di era Orde Lama.¹²⁵

Secara singkat, kontrak karya mengambil jalan tengah antara model “konsesi”¹²⁶ pada zaman kolonial belanda dimana kontraktor asing mendapat hak penuh terhadap mineral dan tanah, dengan model kontrak bagi hasil

¹²⁴ Salim HS, *Hukum Pertambangan Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, 2007, hlm. 128

¹²⁵ Ibid, hlm. 134

¹²⁶ Sistem Konsesi di atur dalam *Indische Mijnwet* 1899, sistem ini merupakan sistem di mana dalam pengelolaan pertambangan umum kepada perusahaan pertambangan tidak hanya diberikan kuasa pertambangan, tetapi diberikan juga hak menguasai atas tanah. Jadi, hak yang dimiliki perusahaan pertambangan adalah kuasa pertambangan dan hak atas tanah. Bentuknya 5AE untuk eksploitasi atau kontrak 5AEE untuk eksplorasi dan eksploitasi. Lihat Salim HS, *Hukum Pertambangan Indonesia...*, *Op.Cit.*, hlm. 132

dimana negara tuan rumah langsung mendapatkan hak atas peralatan dan prasarana serta dalam waktu singkat seluruh operasi menjadi milik negara.¹²⁷

Pernyataan tersebut diatas mendeskripsikan bahwa pemegang KP dan atau KK pertambangan memiliki hak yang eksklusif atas wilayah pertambangan yang diberikan kepadanya, sehingga makna “dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat” akan semakin hilang. Dengan kata lain, yang terjadi adalah proses pemarginalan hak-hak masyarakat hukum adat secara sistematis, meskipun pada dasarnya hak-hak masyarakat hukum adat diakui dalam khasanah peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹²⁸

Pemberian ganti kerugian juga menjadi salah satu permasalahan dalam undang-undang ini, dapat dilihat dalam Pasal 27 ayat (1-4) yang menyatakan bahwa jika pemilik hak tidak menerima ganti rugi yang ditetapkan secara bersama-sama antara pemilik hak dengan pemegang KP, maka penetapan ganti rugi akan diserahkan kepada menteri, jika tetap tidak menerima ganti rugi yang ditetapkan oleh menteri, maka akan ditetapkan oleh pengadilan negeri. Hal ini memberikan asumsi bahwa mau tidak mau tanah harus dilepaskan oleh pemegang hak dan jika tidak akan dianggap mengganggu usaha pertambangan dan dapat dikenai ancaman pidana sebagaimana yang diatur dalam Pasal 32 ayat (2) yang menyatakan bahwa:

¹²⁷ Ibid

¹²⁸ Busyra Azheri, “Pemberdayaan Hak-Hak Masyarakat Adat Dalam Usaha Pertambangan (Kajian Kritis Terhadap Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967)”, *Argumentum*, Edisi No. 2 Vol. 5, (Juni 2006), hlm. 87

”Dihukum dengan kurungan selama-lamanya tiga bulan dan atau dengan denda setinggi-tingginya sepuluh ribu rupiah, barang siapa yang berhak atas tanah merintang atau mengganggu usaha pertambangan yang sah, setelah pemegang kuasa pertambangan memenuhi syarat-syarat sebagaimana tercantum dalam Pasal 26 dan Pasal 27 undang-undang ini”.

UUKPP 1967 sebenarnya memberikan pengakuan terhadap masyarakat hukum adat tetapi pengaturannya tidak diatur secara eksplisit. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 2 huruf n, Pasal 5 huruf h, Pasal 11, dan Pasal 16 yang mengatur tentang pertambangan rakyat dan atau pertambangan berskala kecil. Pasal 2 huruf n mengatur bahwa pertambangan rakyat adalah satu usaha pertambangan bahan-bahan galian dari semua golongan A, B, dan C yang dilakukan oleh rakyat setempat secara kecil-kecilan atau secara gotong royong dengan alat-alat sederhana untuk pencaharian sendiri. Dengan demikian, besar kemungkinan bahwa yang dimaksud dengan rakyat adalah masyarakat hukum adat yang melakukan pertambangan yang tinggal di dalam atau di sekitar Wilayah Pertambangan Rakyat (WPR).

Pertambangan rakyat bertujuan memberikan kesempatan kepada rakyat setempat dalam mengusahakan bahan galian untuk turut serta membangun negara di bidang pertambangan dengan bimbingan pemerintah (Pasal 11 ayat (1)). Berkaitan dengan itu, undang-undang ini memberikan kesempatan kepada “pertambangan rakyat” untuk melakukan usaha pertambangan di samping instansi pemerintah, perusahaan negara, perusahaan daerah, perusahaan modal bersama negara dan daerah, koperasi, badan atau

perseorangan swasta, dan perusahaan dengan modal bersama antara negara dan/atau daerah dengan koperasi dan/atau badan/perseorangan swasta (Pasal 5). Namun, pertambangan rakyat memang hanya dilakukan oleh rakyat setempat yang memegang “kuasa pertambangan” pertambangan rakyat (Pasal 11 ayat (2)).¹²⁹

Dengan memperhatikan ketentuan Pasal 11 tersebut, jelas bahwa masyarakat hukum adat yang mau melakukan pertambangan harus terlebih dahulu mendapatkan izin dari penguasa. Pernyataan ini jelas-jelas menegaskan adanya persyaratan mengenai sah atau tidak sah suatu aktifitas pertambangan rakyat, jika tidak memenuhi syarat pertambangan itu dianggap illegal atau penambang tanpa izin (PETI). Lebih parah lagi mereka melakukan pertambangan tersebut diusir dengan cara refresif dengan dalih bahwa diatas wilayah pertambangan itu telah keluar izin kuasa pertambangan yang diberikan kepada perusahaan tertentu.¹³⁰

Jadi, dapat disimpulkan bahwa, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan tidak mengatur secara rinci tentang pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat hukum adat. Dengan tidak diakuinya hak-hak masyarakat hukum adat dalam undang-undang tersebut, banyak tanah-tanah masyarakat hukum adat yang

¹²⁹ Maria S.W Sumardjono, dkk, *Pengaturan Sumber Daya Alam di Indonesia, Antara yang Tersurat dan Tersirat (Kajian Kritis Undang-Undang Terkait Penataan Ruang dan Sumber Daya Alam)*, Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada bekerja sama dengan Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 84

¹³⁰ Busyra Azheri, *Pemberdayaan Hak-Hak...., Op. Cit.*, hlm. 92

mengandung bahan galian yang direbut secara paksa oleh pemerintah dan penguasa. Masyarakat hukum adat diberikan ganti rugi yang ditentukan oleh pemerintah dan diharamkan untuk membatalkan aktivitas penambangan (Pasal 26), hal ini sama sekali tidak menghormati keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat.

BAB III

PERKEMBANGAN PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN

HAK ULAYAT MASYARAKAT HUKUM ADAT

DI ERA OTONOMI DAERAH

A. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Undang-Undang Dasar 1945

Menurut E.C.S Wade dalam Miriam Budiardjo, undang-undang dasar adalah naskah yang memaparkan rangka dan tugas-tugas pokok dari badan-badan pemerintahan suatu negara dan menentukan pokok-pokok cara kerja badan-badan tersebut.¹³¹ Jadi pada pokoknya undang-undang dasar merupakan dasar dari setiap sistem pemerintahan diatur dalam suatu naskah.

Di dalam negara yang mendasarkan dirinya atas demokrasi konstitusionil, undang-undang dasar mempunyai fungsi yang khas yaitu membatasi kekuasaan pemerintah sedemikian rupa sehingga penyelenggaraan kekuasaan tidak bersifat sewenang-wenang. Dengan demikian diharapkan hak-hak warga negara akan lebih terlindungi. Gagasan ini dinamakan *Konstitusionalisme*.¹³²

Menurut Carl J. Freidrich dalam Miriam Budiardjo, konstitusionalisme merupakan gagasan bahwa pemerintahan merupakan kumpulan kegiatan yang diselenggarakan oleh dan atas nama rakyat, tetapi yang dikenakan beberapa

¹³¹ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Cetakan kedua puluh tujuh, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005, Hlm. 96

¹³² *ibid*

pembatasan yang diharapkan akan menjamin kekuasaan yang diperlukan untuk pemerintahan itu tidak disalahgunakan oleh mereka yang mendapat tugas untuk memerintah.¹³³

Cara pembatasan yang dianggap efektif ialah dengan jalan membagi kekuasaan. Pembatasan ini tercermin dalam undang-undang dasar. Jadi, dalam anggapan ini undang-undang dasar ini mempunyai fungsi yang khusus dan merupakan perwujudan atau manifestasi dari hukum yang tertinggi yang harus ditaati, bukan hanya oleh rakyat, tetapi oleh pemerintah serta penguasa sekalipun.¹³⁴

Gagasan tentang konstitusionalisme telah timbul lebih dahulu daripada konstitusi itu sendiri. Konstitusionalisme dalam arti bahwa penguasa perlu dibatasi kekuasaannya dan karena kekuasaannya harus diperinci secara tegas.¹³⁵ Oleh karena itu, negara-negara yang menganut demokrasi konstitusional dalam materi muatan konstitusinya lebih mengatur hal-hal yang pokok saja. Menurut CF. Strong pada umumnya materi muatan suatu konstitusi meliputi:¹³⁶

1. Adanya jaminan terhadap hak asasi manusia dan warga negara.
2. Ditetapkan susunan ketatanegaraan suatu negara secara fundamental.
3. Pembagian dan pembatasan tugas dan ketatanegaraan.

Berkaitan dengan ini dan materi muatan suatu konstitusi, dapat dibedakan menjadi dua kelompok yaitu : konstitusi yang hanya memuat hal-hal pokok saja dan

¹³³ Ibid

¹³⁴ Ibid, hlm. 96

¹³⁵ Ibid, hlm. 97

¹³⁶ Mukmin Zakie, "Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Dalam Konstitusi", *Jurnal Konstitusi*, Edisi No. 2 Vol. II, (Nopember 2009), hlm. 130

konstitusi yang materi muatannya terdiri atas banyak pasal yang mengatur hal-hal pokok dan penting dengan rumusan yang jelas. Terhadap konstitusi kelompok pertama secara teoritis selalu dapat menyesuaikan diri perkembangan masyarakat atau bersifat fleksibel, sedangkan konstitusi yang tergolong pada kelompok kedua, tidak dapat menyesuaikan diri apabila terjadi perubahan dalam masyarakat atau bersifat rigid.¹³⁷

Setiap undang-undang dasar memuat ketentuan-ketentuan mengenai hal-hal sebagai berikut:¹³⁸

1. Organisasi negara, misalnya pembagian kekuasaan antara badan legislatif, eksekutif dan yudkiatif: dalam negara federal, pembagian kekuasaan antara pemerintah federal dan pemerintah negara bagian; prosedur menyelesaikan masalah pelanggaran yuridiksi oleh salah satu badan pemerintah dan sebagainya.
2. Hak-hak asasi manusia.
3. Prosedur mengubah undang-undang dasar.
4. Ada kalanya memuat larangan untuk mengubah sifat tertentu dari undang-undang dasar. Hal ini biasanya terdapat jika para penyusun undang-undang dasar ingin menghindari terulangnya kembali hal-hal yang baru saja diatasi, seperti misalnya munculnya seorang diktator atau kembalinya suatu monarki.

Selain dari itu dijumpai bahwa undang-undang dasar sering memuat cita-cita rakyat dan azas-azas ideologi negara. Ungkapan ini mencerminkan semangat dan spirit yang oleh penyusun undang-undang dasar ingin diabadikan dalam undang-undang dasar itu sehingga mewarnai seluruh naskah undang-undang dasar itu.¹³⁹

¹³⁷ Ibid

¹³⁸ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar...*, Op.Cit., hlm. 101

¹³⁹ Ibid

1. Hak Ulayat Dalam Amandemen Pasal 18 B UUD 1945

Sebagai akibat dari perkembangan yang terjadi, tentu saja diperlukan keinginan baru yang tidak dimuat dalam konstitusi. Untuk memungkinkan pertumbuhan dan perkembangannya maka setiap konstitusi memuat kaedah-kaedah yang memungkinkan dilakukan perubahan baik secara *formal amendement* maupun secara *non-formal amendement*.¹⁴⁰

Pengakuan masyarakat hukum adat di Indonesia sebelum amandemen terdapat dalam Pasal 18 UUD 1945 yang berbunyi,

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

Bunyi pasal ini diperjelas dengan penjelasan yang berbunyi,

“Dalam teori, Indonesia terdapat lebih kurang 250 *Zelfbestrunde landschappen dan Volkgemeenschappen* seperti desa di Jawa dan Bali, nagari di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli, dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingat hak-hak asal usul daerah tersebut”.

Melihat dari penjelasan tersebut dapat dikatakan bahwa UUD 1945 mengandung pengakuan keberadaan “persekutuan-persekutuan hubungan dan politik tradisi” yang bersumber dan/ atau merupakan bagian dari sistem budaya berbagai kelompok masyarakat yang tercakup dalam teritorial (wilayah hukum) Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dengan demikian secara mudah secara terbatas dapat

¹⁴⁰ Mukmin Zakie, “*Perlindungan...*, *Op.Cit.*, hlm. 131

dipahami bahwa pengakuan ini tidak hanya terbatas pada aspek wujud lembaga semata, melainkan juga pada aspek-aspek struktural organisasi, mekanisme kerja, peraturan-peraturan yang dikandungnya, serta berbagai hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang terkandung di dalam sistem kelembagaan tersebut.¹⁴¹

Amandemen UUD 1945 kedua yang disahkan pada 18 Agustus 2000 memberikan aturan yang lebih luas tentang masyarakat hukum adat dibandingkan dengan UUD 1945 generasi pertama. Dikatakan lebih luas karena disamping meneguhkan pemerintahan masyarakat hukum adat yang istimewa, juga diatur secara deklaratif bahwa: “*Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya...*” Namun, sayangnya pengakuan itu diikuti dengan persyaratan-persyaratan: “*... sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang*”.¹⁴²

Rumusan UUD tersebut mensyaratkan 4 (empat) hal pengakuan dan penghormatan negara terhadap eksistensi masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya yaitu: sepanjang masih hidup, sesuai dengan perkembangan masyarakat, sesuai dengan prinsip NKRI, diatur dalam undang-undang.

Satjipto Rahardjo dalam M. Syamsudin¹⁴³ memberi catatan terhadap Pasal 18B UUD 1945 tersebut sebagai berikut. *Pertama*, Pasal 18B sudah menjadi hukum

¹⁴¹ Ibid, hlm. 133

¹⁴² Ibid

¹⁴³ M. Syamsudin, “Beban Masyarakat Adat Menghadapi Hukum Negara”, *Jurnal Hukum*, Edisi No. 3 Vol. 15 (Juli 2008), hlm. 346

positif, sehingga setiap warga negara terikat kepadanya. Terikat berarti menerima dan harus dimulai dengan membaca isi peraturan tersebut. Membaca bukan sekedar mengeja kalimat demi kalimat, akan tetapi memberi makna terhadap peraturan tersebut. Makna yang diberikan haruslah bertolak dari tata pikiran (*mind-set*) bahwa hukum adat adalah suatu hukum yang khas mengandung bahan-bahan muatan sosio-antropologis Indonesia. Sifatnya yang penuh dengan afeksi membuat para penggunanya merasa bahagia. Hal ini menjadi alasan penting untuk menjaga dan merawatnya. *Kedua*, tata pikir (*mind-set*) yang demikian itu harus menjadi pemandu dalam mencermati dan memahami keempat syarat di atas.

Keempat persyaratan tersebut dijabarkan oleh Satjipto Rahardjo sebagaimana berikut ini.¹⁴⁴

Persyaratan *sepanjang masih hidup* perlu dimaknai bahwa persyaratan tersebut perlu diteliti dengan seksama dan hati-hati, tidak hanya menggunakan tolak ukur kuantitatif-rasional, melainkan lebih dengan empati dan partisipasi. Tidak semata-mata melakukan pengamatan dari luar, melainkan juga dari dalam, dengan menyelami perasaan masyarakat setempat. Metode yang digunakan adalah partisipatif.

Sesuai dengan perkembangan masyarakat harus ditafsirkan tidak dari segi ekonomi politik, melainkan dari kacamata masyarakat setempat. Penafsiran dari segi ekonomi politik mengandung resiko untuk memaksakan (*imposing*) kepentingan raksasa atas nama kepentingan masyarakat. Masyarakat hukum adat akan sulit

¹⁴⁴ Ibid, hlm. 347

menghindar dari penetrasi teknologi dan itu akan menimbulkan dinamika di dalam masyarakat tersebut. Masyarakat hukum adat perlu diberi peluang dan dibiarkan berproses sendiri secara bebas.

Sesuai dengan prinsip NKRI perlu dipahami dan dimaknai bahwa masyarakat hukum adat adalah satu kesatuan tubuh NKRI. Keduanya tidak perlu dihadapkan secara dikotomis atau hitam putih. Masyarakat hukum adat adalah bagian dari darah-daging NKRI itu sendiri. Metode yang perlu dikembangkan adalah metode holistik untuk melihat masalah tersebut.

Diatur dalam undang-undang harus diberi catatan bahwa di negara hukum Indonesia, kehidupan sehari-hari tidak memadai segalanya diserahkan kepada undang-undang, karena akan menjadi tidak produktif. Banyak kejadian yang telah membuktikan hal itu. Hukum (undang-undang) yang selalu ingin mengatur ranahnya sendiri dan merasa cakap itu telah gagal.

Nonet dan Selznick menyarankan jalan keluar yang lebih konkrit, yaitu dengan mensintesakan "*jurisprudence*" dan "*sosial sciences*" hukum yang selalu ingin mengatur ranahnya sendiri dan merasa cakap untuk itu telah gagal. Maka disarankan agar hukum itu dicerahkan dan diperkaya oleh ilmu-ilmu sosial.¹⁴⁵

Penataan masyarakat hukum adat dengan undang-undang perlu memperhatikan kenyataan bahwa wilayah Indonesia yang dikenal sebagai negara kepulauan tidak mengalami perkembangan yang sama. Pada umumnya Jawa lebih

¹⁴⁵ Nonet dan Selznick dalam M. Syamsudin, "Beban Masyarakat Adat", Loc.Cit

bersifat masyarakat perkotaan dibanding dengan bagian besar wilayah di luar Jawa. Jawa telah terkena dampak kuat dari industrialisasi dan penetrasi modernitas. Perkembangan yang brebeda tersebut telah memunculkan dikotomi antara daerah-daerah yang mengalami *penetrasi industrialisasi* dan *daerah perawan*.¹⁴⁶

Mahkamah Konstitusi pun dalam putusannya mencoba menafsirkan tentang empat persyaratan pengakuan hak masyarakat hukum adat beserta hak ulayat [Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 *juncto* Pasal 51 ayat 1 huruf b UU MK] dengan beberapa tolok ukur sebagai berikut.¹⁴⁷

1. Suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya yang bersangkutan secara *de facto* masih ada dan/atau hidup (*actual existence*), apabila setidaknya mengandung unsur-unsur:
 - a. ada masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*);
 - b. ada pranata pemerintahan adat;
 - c. ada harta kekayaan dan/atau benda-benda adat;
 - d. ada perangkat norma hukum adat;
 - e. khusus bagi kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial juga terdapat unsur wilayah hukum adat tertentu.
2. Suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dimaksud sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila:
 - a. keberadaannya telah diakui berdasarkan undang-undang yang berlaku sebagai pencerminan 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;
 - b. substansi hak-hak tradisionalnya diakui dan dihormati boleh warga kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak asasi manusia.
3. Suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dianggap sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia apabila tidak mengganggu eksistensi NKRI sebagai satu kesatuan politik dan kesatuan

¹⁴⁶ Ibid, hlm 373

¹⁴⁷ Yance Arizona, "Hak Ulayat: Pendekatan Hak Asasi Manusia dan Konstitusionalisme Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Edisi 2 Vol. 6, (Juli 2006), hlm. 132

hukum, yaitu: (i) keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas NKRI; dan (ii) substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan;

Namun berbagai pengakuan bersyarat yang ada belum memberikan penjelasan yang benar-benar jelas dan utuh tentang siapa seharusnya mengakui masyarakat hukum adat. Hal ini mengindikasikan bahwa pemerintah masih belum bersungguh-sungguh membuat ketentuan yang jelas dan tegas untuk menghormati dan mengakui hak ulayat masyarakat hukum adat. Dikatakan tidak jelas karena belum ada aturan yang konkret tentang apa saja hak-hak yang terkait dengan keberadaan masyarakat dan hak yang dapat dinikmatinya. Dikatakan tidak tegas karena belum diatur secara tegas bagaimana mekanisme pemenuhan dan penegakan yang dapat ditempuh agar masyarakat hukum adat beserta dengan hak-haknya dapat dinikmati melalui administrasi pemerintahan dan di muka pengadilan (*justiciable*).¹⁴⁸

Ketidakkjelasan dan ketidaktegasan itu terjadi dikarenakan dua hal, yaitu antara ketidakmampuan dan ketidak-mauan pemerintah membuat ketentuan yang umum tentang pengakuan (hak-hak) masyarakat hukum adat. Tidak mampu karena persekutuan masyarakat hukum adat di Indonesia sangat beragam berdasarkan sebaran pulau, sistem sosial, antropologis dan agama. Sehingga tidak mudah membuat satu ketentuan yang bersifat umum untuk mengakui masyarakat adat yang satu sama lain memiliki karakter yang berbeda-beda. Tidak mau karena pengaturan yang kabur tentang masyarakat memberikan ruang diskresi dan hegemoni kepada pemerintah untuk dapat memanipulasi hak-hak asli masyarakat demi kepentingan

¹⁴⁸ Ibid, hlm. 134

eksploitasi sumberdaya alam yang berada di wilayah masyarakat hukum adat. Ketidakmauan ini menguntungkan penguasa dan merugikan masyarakat hukum adat.¹⁴⁹

Persyaratan dalam Pasal 18B ayat (2) beserta dengan serangkaian persyaratan yang dilanjutkan oleh beberapa UU Sumber Daya Alam menunjukkan bahwa Negara cq Pemerintah, baru bisa mengakui (*to respect*) hak ulayat masyarakat adat secara deklaratif, belum sampai pada tindakan hukum untuk melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfill*) agar hak ulayat masyarakat hukum adat dapat terpenuhi. Belum ada mekanisme pemenuhan dan penegakan hukum nasional bila terjadi pelanggaran terhadap hak ulayat yang merupakan hak asasi manusia. Selama ini walaupun ada putusan pengadilan yang mengakui hak-hak masyarakat hukum adat atas tanah ulayat dalam penyelesaian sengketa, hal itu masih sangat tergantung kepada penafsiran hakim terhadap aturan yang masih kabur.¹⁵⁰

Pasal 18 B UUD 1945 hanya sekedar teks tetapi belum ada konteksnya, artinya adalah secara tertulis terdapat pengakuan dari negara tentang keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat akan tetapi dalam implementasinya tidak melindungi keberadaan hak ulayat dan hanya sekedar memberikan pengakuan. Hal ini mengakibatkan banyaknya konflik-konflik di daerah-daerah terkait keberadaan hak ulayat. Seperti yang dijelaskan diatas, masih kaburnya pengaturan tentang hak ulayat

¹⁴⁹ Ibid hlm. 135

¹⁵⁰ Ibid hlm. 135

sehingga jika masuk dalam pengadilan, hak ulayat bergantung pada penafsiran para hakim.

2. Hak ulayat dalam Pasal 28I UUD 1945

Dalam banyak peraturan dan diskursus yang berkembang, rujukan tentang hak konstitusional masyarakat hukum adat pertama-tama selalu merujuk kepada Pasal 18B ayat (2) UUD 1945. Padahal ketentuan tersebut disadari mengandung problem normatif berupa sejumlah persyaratan dan kecenderungan untuk melihat masyarakat hukum adat sebagai bagian dalam rezim pemerintahan daerah. Padahal advokasi dan dikursus masyarakat hukum adat lebih banyak pada level hak asasi manusia yang lebih sesuai dengan landasan konstitusional Pasal 28I ayat (3) UUD 1945. Sama dengan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, ketentuan Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 juga merupakan hasil dari amandemen kedua UUD 1945 tahun 2000. Pasal 28I ayat (3) berbunyi:

“Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.”

Pasal 28 UUD 1945 merupakan pasal yang berisi tentang Hak Asasi Manusia. HAM menjadi hak konstitusional ketika dituliskan sebagai norma-norma di dalam konstitusi. Sejalan dengan doktrin kontrak sosial, positivisasi. HAM itu banyak dipengaruhi oleh pandangan para pemikir klasik. John Locke yang paling banyak dikutip dalam sejarah HAM menyatakan bahwa HAM merupakan hak alamiah (*natural rights*) yang seiring dengan kelahiran negara membutuhkan konversi agar

hak alamiah itu menjadi bagian dari unsur negara. Cara yang ditempuh adalah dengan meneguhkan hak alamiah (*natural rights*) menjadi hukum alamiah (*natural law*) yang tertulis dalam hukum suatu negara. Dan hukum tertinggi dalam suatu negara adalah konstitusi. Dalam logika pengembangan HAM dari para pemikir tersebut, posisi hak ulayat menjadi dilematis. Pada satu sisi karena membutuhkan positivisasi maka hak ulayat hanya akan diakui apabila diatur di dalam hukum tertulis yang dibuat oleh institusi negara. Secara negatif, dapat dikatakan bahwa, jika tidak diakui secara hukum maka eksistensi masyarakat adat itu dianggap lenyap (*excluded*). Padahal hak ulayat sebagaimana HAM yang lain adalah hak yang melekat pada diri masyarakat hukum adat. Hak ulayat adalah hak yang *otohton* atau hak asal yang menjadi penanda keberadaan suatu komunitas masyarakat hukum adat, bukan hak berian. Tanpa dituliskan di dalam konstitusi maupun dalam bentuk hukum tertulis lainnya yang dibuat oleh negara, hak ulayat tetap menjadi lembaga yang hidup di dalam masyarakat hukum adat.¹⁵¹

Oleh karena itu, maka hak ulayat merupakan tanggung jawab dari negara sebagai bentuk hak asal atau tradisional yang melekat oleh masyarakat hukum adat. Hal paling mendasar bagi pemahaman yang realistis tentang kewajiban-kewajiban negara ini adalah bahwa individu merupakan subjek yang aktif bagi seluruh pengembangan sosial dan ekonomi, seperti dinyatakan dalam Deklarasi Hak Atas Pembangunan (Pasal 2). Setiap individu diharapkan kapan saja melalui usaha-

¹⁵¹ Yance Arizona, "Hak Ulayat: Pendekatan Hak Asasi Manusia dan Konstitusionalisme Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Edisi 2 Vol. 6, (Juli 2006), hlm. 120

usahanya sendiri dan dengan menggunakan sumber dayanya, berupaya menjamin pemenuhan kebutuhan-kebutuhannya sendiri, baik secara individual maupun secara bersama-sama dengan orang lain. Akan tetapi, penggunaan sumber dayanya disini berarti orang tersebut memiliki sumber daya yang dapat dipergunakan (biasanya tanah atau modal lain) atau juga menjadi buruh. Ini bisa termasuk hak-hak bersama atas tanah-tanah komunal, dan hak atas tanah yang dimiliki oleh masyarakat hukum adat.¹⁵²

Sumber daya yang menjadi hak kolektif oleh masyarakat hukum adat harus dihargai dalam rangka memungkinkan mereka mengupayakan kebutuhannya sendiri. Akibatnya, sebagai bagian kewajiban negara untuk menghormati sumber daya-sumber daya ini, negara harus mengambil langkah-langkah untuk mengakui dan mendaftarkan hak-hak atas tanah yang belum menentu. Dengan berbuat demikian, negara telah membantu mereka untuk menggunakan sumber dayanya sendiri dengan lebih nyaman dalam rangka memperjuangkan standar kehidupan yang layak. Serupa dengan itu, hak-hak masyarakat untuk melaksanakan kedaulatan permanen terhadap sumber daya alam mereka, mungkin akan sangat penting bagi mereka mampu memenuhi kebutuhan-kebutuhan anggota kelompoknya, melalui upaya-upaya kolektif mereka sendiri.¹⁵³

Upaya-upaya kolektif yang dilakukan terhadap keberadaan tanah adat yang dimanfaatkan secara kolektif untuk kesejahteraan masyarakat hukum adat di daerah

¹⁵² Ifdhal Kasim dan Johannes da Masenus Arus, *Hak Ekonomi, Sosial, Budaya*, ELSAM, Jakarta, 2001, Hlm. 35

¹⁵³ Ibid, hlm. 36

masing-masing. Akan tetapi, sifat kolektif tersebut semakin hari semakin hilang, karena dalam beberapa peraturan perundang-undangan terutama dalam bidang sektoral adanya indikasi perubahan sifat kolektif ke sifat individualistik, hal ini terjadi pada era orde baru sebagaimana dalam beberapa peraturan perundang-undangannya melakukan privatisasi sumber daya alam kepada swasta.

B. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam beberapa Undang-Undang bidang Sektoral di Era Otonomi Daerah

a. Pengakuan dan Perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat dalam Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan

Berdasarkan Pasal 3 UUPA, pengakuan hak ulayat dibatasi pada dua hal yakni berkenaan dengan eksistensi dan pelaksanaannya. Pemikiran yang melandasi penyusunan undang-undang saat itu lebih didorong oleh pengalaman empiris berupa hambatan ketika pemerintah memerlukan tanah yang dimiliki masyarakat hukum adat untuk proyek pertanian di Sumatera Selatan menjelang tahun 1960, yang antara lain membuahakan pokok pikiran bahwa kepentingan masyarakat hukum adat harus tunduk kepada kepentingan nasional dan bahwa hak ulayat tidak bersifat eksklusif.¹⁵⁴

Sektor kehutanan merupakan sektor yang paling sering bersinggungan langsung dengan masyarakat hukum adat. Hal ini dikarenakan banyaknya masyarakat hukum adat yang tinggal di kawasan hutan. Konflik-konflik yang melibatkan masyarakat hukum adat sering terjadi di kawasan hutan.

¹⁵⁴ Maria SW. Sumardjono, *Tanah, Dalam ..., Op.Cit*, hlm. 171

Pada masa reformasi, UU No. 5 Tahun 1967 tentang Ketentuan Pokok Kehutanan diganti dengan UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. UU Kehutanan baru ini mencoba mengoreksi UU Kehutanan lama yang mengingkari keberadaan dan hak-hak masyarakat adat atas hutan. Hal ini ditegaskan dalam konsideran dan juga beberapa ketentuan di dalam batang tubuh undang-undang.¹⁵⁵

Dalam pasal 67 ayat (1) UU Nomor 41 Tahun 1999 dikatakan bahwa masyarakat hukum adat sepanjang kenyataannya masih ada dan diakui keberadaannya berhak:¹⁵⁶

- 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.

Penjelasan Pasal 67 menyatakan masyarakat hukum adat diakui keberadaannya jika menurut keadaannya memenuhi unsur antara lain:

- a. Masyarakatnya masih berbentuk paguyuban (*rechtsgemeenschap*);
- b. Ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adatnya;
- c. Ada wilayah hukum adat yang jelas;

¹⁵⁵ Yance Arizona, . *Satu dekade legislasi masyarakat adat: Trend legislasi nasional tentang keberadaan dan hak-hak masyarakat adat atas sumber daya alam di Indonesia (1999-2009)*. Kertas Kerja Epistema No.07/2010, Jakarta: Epistema Institute 2010, Hlm. 16

¹⁵⁶ Winahyu erwiningsih, *Hak Menguasai Negara Atas...*, *Op.Cit*, hlm. 237

- d. Ada pranata dan perangkat hukum, khususnya peradilan adat, yang masih ditaati;
- e. Masih mengadakan pemungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya untuk pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari.

Dalam pasal tersebut mengindikasikan adanya keinginan pemerintah untuk tetap menjadi pemilik dari hutan adat, hal tersebut dapat terlihat dari adanya persyaratan yang diatur oleh undang-undang bagi masyarakat hukum adat yang ingin melakukan kegiatan pengelolaan hutan walaupun sudah berdasarkan hukum adat yang berlaku di masyarakat tersebut. Perlu juga diingat bahwa ditengah himpitan globalisasi, privatisasi, dan otonomi daerah, hak - hak masyarakat adat dan komunitas – komunitas lokal sangat terancam.

Perlu ditegaskan bahwa dalam konsepsi hukum tanah nasional, pembicaraan tentang hak ulayat tidak hanya mengenai tanahnya saja, melainkan juga meliputi segala isinya, termasuk di dalamnya hutan (ulayat). Dengan demikian, jika hak ulayat terbukti memang eksis dalam suatu masyarakat hukum adat tertentu, maka apabila di atas tanah ulayat itu terdapat juga hutan, hutan itu termasuk ruang lingkup hak ulayat masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

Sekalipun UU 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (UU Kehutanan) telah mencantumkan istilah Hutan Adat, bukan berarti masyarakat hukum adat pasti akan memiliki hak pengelolaan atas hutan adat tersebut. Masyarakat hukum adat masih harus membuktikan dirinya telah memenuhi kriteria-kriteria menurut UU Kehutanan

agar diakui oleh negara sebagai masyarakat hukum adat dan baru kemudian berhak mengajukan diri untuk mendapatkan persetujuan untuk mengelola Hutan Adat dari Pemerintah (cq. Menteri Kehutanan). Ironinya, pun setelah mendapatkan pengakuan dan persetujuan, masyarakat hukum adat tetap diwajibkan untuk mengajukan ijin pemanfaatan atas hutan dari pemegang hukum otoritas negara di bidang kehutanan. Ini berarti objek pengakuan atas hak tidak cukup menjadi dasar untuk menikmati segala sesuatu di atas hak tersebut. Ini bisa juga disebut sebagai prasyarat berlapis.¹⁵⁷

Jika dalam konsepsi hukum tanah nasional, dikenal 3 (tiga) entitas berkenaan dengan status tanah, yakni tanah negara, tanah hak dan tanah ulayat, maka dalam konsepsi hukum kehutanan, hanya dikenal 2 (dua) status hutan, yakni hutan negara dan hutan hak. Sebagai catatan, ruang lingkup bidang pertanahan adalah pengaturan tentang penguasaan tanah, sedangkan ruang lingkup bidang kehutanan adalah pada pemanfaatan hutan.¹⁵⁸

Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (UUK) menganut persepsi yang berbeda tentang hak ulayat. Jika dalam hukum tanah nasional hak ulayat disikapi sebagai hak atas tanah plus segala isinya (termasuk hutan), maka dalam konsepsi kehutanan, status hutan hanya dibagi menjadi 2 (dua) hutan negara dan hutan hak, dengan perkataan lain, hutan adat dimasukkan dalam hutan negara. Konsekuensinya adalah, UUK tidak mengakui keberadaan hutan adat disamping

¹⁵⁷ Asep Yunan Firdaus, Hutan Adat, *Waspada Sebelum Berharap Ada Peluang*, Working Group on Forest Land Tenure www.wg-tenure.org - Warta Tenure Nomor 5 - April 2008. Di akses pada 29 Juli 2011

¹⁵⁸ Maria Soemardjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi*...., *Op.Cit.*, hlm. 172

hutan negara dan hutan hak.¹⁵⁹

Hal ini dapat disimpulkan dari pengertian hutan adat (ketentuan umum, butir 6) sebagai berikut: hutan adat adalah hutan negara yang berada di wilayah masyarakat hukum adat, sedangkan hutan negara didefinisikan sebagai hutan yang berada pada tanah yang tidak dibebani hak atas tanah. Dalam penjelasan UUK, lebih tegas dinyatakan persepsi bidang kehutanan terhadap hutan ulayat. Dijelaskan antara lain bahwa:

”Hutan negara adalah hutan yang berada pada tanah yang tidak dibebani hak atas tanah, termasuk di dalamnya hutan-hutan yang sebelumnya dikuasai masyarakat hukum adat yang disebut hutan ulayat, hutan marga atau sebutan lain. Dimasukkan hutan-hutan yang dikuasai masyarakat hukum adat dalam pengertian hutan negara adalah sebagai konsekuensi adanya hak menguasai dan mengurus negara sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat. Jika masyarakat hukum adat itu menurut kenyataannya masih ada dan diakui, dapat melaksanakan kegiatan pengelolaan hutan dan pemanfaatan hasil hutan”.

Masalahnya adalah, walaupun suatu masyarakat hukum itu dinyatakan masih ada, kegiatan pengelolaan hutan dan pemanfaatan hasil hutan itu dilaksanakan di atas hutan negara dan bukan di atas hutan ulayatnya karena sesuai definisi, hutan adat adalah hutan negara yang berada di wilayah masyarakat hukum adat.

Penafian keberadaan hutan ulayat, menimbulkan inkonsistensi pola pikir perancang UUK ketika dalam Pasal 67 diatur tentang persyaratan eksistensi hak

¹⁵⁹ Ibid, hlm. 173

ulayat. Jika memang "hutan adat" tidak diakui sebagai entitas tersendiri yang terpisah dari hutan negara dan hutan hak, semestinya keberadaannya tidak perlu diatur. Lagi pula pengaturan tentang eksistensi hak ulayat lebih tepat dilakukan oleh instansi pertanahan, karena hak ulayat utamanya berkenaan dengan hubungan hukum antara masyarakat hukum adat dengan tanah dalam lingkungan wilayahnya (tanah "plus").¹⁶⁰

Jika dalam Keputusan Kepala BPN RI No. 5 tahun 1999, penentuan kriteria itu bersifat umum, dalam arti yang menentukan bahwa ketiga unsur itu benar-benar ada, ditempuh sesuai dengan hukum adat yang masih ditaati dalam lingkungan masyarakat hukum adat yang bersangkutan, melalui suatu hasil penelitian partisipatif yang objektif, maka pasal 67 UUPK menentukan kriteria keberadaan hutan ulayat secara ketat. Dalam penjelasan pasal 67 ayat (1) tentang unsur-unsur yang menentukan keberadaan hak ulayat disebutkan antara lain : a) masyarakat masih dalam bentuk paguyuban, b) ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adatnya, c) ada wilayah hukum adat yang jelas, d) ada pranata dan perangkat hukum, khususnya peradilan adat yang masih ditaati, e) masih mengadakan pungutan hasil hutan di wilayah hutan sekitarnya. Dengan keberadaan yang ketat itu, maka di lapangan akan sulit menemukan keberadaan hak ulayat.

Pembicaraan tentang tanah dan hutan adalah berbicara tentang dua hal yang berbeda. Pengaturan hak atas hutan tidak akan berbicara tentang hak-hak kepemilikan (*land-rights*), tetapi berbicara tentang hak-hak untuk menggunakan hutan termasuk

¹⁶⁰ Ibid hlm. 173

dalam lingkup hak penggunaannya (*use-rights*). Dalam menyelesaikan masalah-masalah sumber daya hutan, perlu adanya kejelasan penetapan hak untuk menggunakan hutan, dilakukan atas dasar status penguasaan hutan, maupun berdasarkan fungsi-fungsi lindung, konservasi, produksi maupun fungsi khusus di bidang sosial budaya maupun pendidikan dan penelitian. Dalam UUK No. 41 tahun 1999, Dephut diberikan mandat untuk menetapkan mana yang merupakan kawasan hutan dan mana yang bukan serta juga menetapkan fungsi hutannya. Seharusnya Dephut hanya menetapkan fungsinya bukan statusnya, untuk mencegah *conflict of interest*.¹⁶¹

Dengan adanya Departemen saat ini (Depdagri dan Deptanhut atau bahkan mungkin lebih) yang berwenang atas penetapan status atas tanah dengan kriteria yang berbeda menimbulkan konflik status tanah, mana yang merupakan tanah negara (*public land*) dan mana yang bukan (*private land*) menurut kriteria yang berbeda pula. Dilihat dari keberadaan UUPA dan UUPK seharusnya UUPA 5/1960 yang lahir lebih dulu harus diacu oleh UUPK 5/1967 maupun penggantinya UUK 41/1999 mengatur bentuk-bentuk penguasaan atas sumber-sumber agraris termasuk hutan didalamnya. Sehingga kriteria atas tanah dan kawasan hutan negara sama dan pengaturannya tidak tumpang tindih.¹⁶²

¹⁶¹ Martua Sirait, Chip Fay dan A. Kusworo, *Bagaimana Hak-hak Masyarakat Hukum Adat dalam Mengelola Sumber Daya Alam Diatur*, Southeast Asia Policy Research Working Paper, No. 24, hlm. 8

¹⁶² *ibid*

Dengan terbitnya Keputusan Kepala BPN RI Nomor 5 tahun 1999 tegas dan fleksibel dijelaskan bahwa Tanah Ulayat dapat didaftarkan menjadi kepemilikan adat, dapat menjadi hak milik perorangan bila ingin dimiliki secara perorangan dan dapat juga dipinjamkan kepada pemerintah untuk diberikan HGU kepada pihak lain pada jangka waktu yang disepakati. Bentuk pengakuan tanah ulayat tidak sama dengan tanah milik perorangan yang disertifikatkan, tanah ulayat didaftarkan pada buku register tanah, sedapat mungkin dilampiri peta dan tidak dapat dipindah tangankan.¹⁶³

Selain UU Kehutanan juga terdapat Surat Edaran Menteri Kehutanan yang berkaitan dengan keberadaan dan hak-hak masyarakat adat atas hutan. Surat Edaran No. S.75/Menhut- II/2004 tentang Surat Edaran Masalah Hukum Adat dan Tuntutan Kompensasi/Ganti rugi oleh Masyarakat Hukum Adat yang ditandatangani tanggal 12 Maret 2004 ditujukan kepada Gubernur dan Bupati/Walikota seluruh Indonesia. Pada intinya Surat Edaran Menteri Kehutanan itu berisi tujuh hal, antara lain:¹⁶⁴

- a. Perlu dilakukannya penelitian oleh pakar hukum adat, tokoh masyarakat, instansi atau pihak lain yang terkait serta memperhatikan aspirasi masyarakat setempat untuk menentukan apakah suatu komunitas yang melakukan tuntutan terhadap kawasan hutan yang dibebani Hak Pengusahaan Hutan/Izin Usaha Pemanfaatan Hasil Hutan Kayu (IUPHHK) masih merupakan masyarakat hukum adat atau bukan. Penelitian tersebut harus mengacu kepada kriteria keberadaan masyarakat

¹⁶³ Ibid

¹⁶⁴ Ibid

hukum adat sebagaimana ditentukan dalam penjelasan Pasal 67 ayat (1) UU Nomor 41 Tahun 1999.

- b. Untuk menetapkan hutan negara sebagai hutan adat yang pengelolaannya diserahkan kepada masyarakat hukum adat (*rechtsgemeenschap*), Bupati/Walikota melakukan pengusulan hutan negara tersebut untuk ditetapkan sebagai hutan adat dengan memuat letak, luas hutan serta peta hutan adat yang diusulkan kepada Menteri Kehutanan dengan rekomendasi Gubernur, dengan ketentuan sepanjang menurut kenyataannya masyarakat hukum adat yang bersangkutan masih ada (*de facto*) dan diakui keberadaannya (*de jure*).
- c. Apabila berdasarkan hasil penelitian permohonan tersebut memenuhi syarat, maka agar masyarakat hukum adat tersebut dapat ditetapkan dengan Peraturan Daerah Provinsi.
- d. Peraturan daerah tentang keberadaan masyarakat hukum adat selanjutnya disampaikan kepada Menteri Kehutanan untuk diajukan permohonan penetapannya sebagai hutan adat. Atas permohonan tersebut Menteri Kehutanan dapat menerima atau menolak penetapan hutan adat.
- e. Apabila berdasarkan permohonan tersebut Menteri Kehutanan dapat menerima, maka akan ditetapkan hutan adat untuk masyarakat yang bersangkutan. Berdasarkan Keputusan Menteri Kehutanan tentang penetapan hutan adat tersebut, yang akan dikirimkan kepada pemohon,

maka pemerintah meminta bantuan pemohon untuk dapat memfasilitasi pertemuan antara masyarakat hukum adat (yang telah ditetapkan) dengan pemegang HPH/IUPHHK.

- f. Berkaitan dengan tuntutan ganti rugi atau kompensasi oleh masyarakat hukum adat terhadap para pemegang HPH/IUPHHK yang melakukan kegiatan/operasi di wilayah masyarakat hukum adat tersebut, maka ganti rugi atau kompensasi tidak harus berbentuk uang, tetapi dapat berupa bentuk mata pencaharian baru atau keterlibatan dalam usaha pemanfaatan hutan disekitarnya atau pembangunan fasilitas umum/sosial yang bermanfaat bagi masyarakat hukum adat setempat dan dalam batas kewajaran/tidak berlebihan, serta tidak bertendensi pemerasan dan bertujuan untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat hukum adat setempat.
- g. Dengan adanya tuntutan ganti rugi atau kompensasi oleh masyarakat hukum adat terhadap para pemegang HPH/IUPHHK, Gubernur atau Bupati/Walikota dapat memfasilitasi pertemuan antara pihak yang bersangkutan untuk penyelesaian dengan cara musyawarah dan mufakat. Namun apabila mengalami jalan buntu, maka penyelesaiannya disarankan dilakukan melalui proses pengadilan dengan mengajukan gugatan secara perdata melalui Peradilan Umum.

Surat Edaran Menteri Kehutanan yang dikeluarkan pada saat menteri kehutanan dijabat oleh Muhammad Prakosa itu tidak memberikan manfaat yang berarti bagi penguatan hak-hak masyarakat adat atas hutan. Hal itu karena tidak berapa lama setelah Surat Edaran tersebut keluar, menteri kehutanan berganti. Selain itu juga karena bentuk hukumnya hanya berupa Surat Edaran yang tidak memiliki daya ikat kuat secara hukum.

b. Pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air

Sektor sumber daya air di Indonesia saat ini sedang mengalami perubahan yang mendasar dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1974 tentang Pengairan. Perubahan tersebut terkait dengan reformasi kebijakan pengelolaan sumber daya air yang dimulai sejak Tahun 1993, namun secara efektif baru dilaksanakan Tahun 1999. Pada Tahun 1993 telah tersusun draft Rencana aksi tentang Kebijakan Nasional perihal Sumberdaya Air (1994-2020) yang merupakan hasil dari studi tentang *National Water Resources Policy* yang disponsori oleh UNDP dan FAO. Kemudian pada Tahun 1997 BAPPENAS menginisiasi berbagai diskusi dan seminar yang bertema *Agenda for Water Resources Policy and Program Reform* yang bertujuan untuk memberikan masukan bagi REPELITA VII. Dari beberapa diskusi dan seminar tersebut dihasilkan beberapa visi bagi pengelolaan sumberdaya air di Indonesia yang terkait dengan pendekatan pengelolaan dari pendekatan penyediaan

(*supply side approach*) menjadi pendekatan permintaan (*demand side approach*), kemudian cara pandang terhadap air dimana air tidak hanya dipandang sebagai barang publik tetapi juga sebagai barang ekonomi, dan pelaksanaan pengelolaan air dengan menerapkan kebijakan insentif dan disinsentif.¹⁶⁵

Dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, penyelenggaraan oleh swasta dapat dilakukan jika pada daerah tersebut belum ada BUMN/BUMD yang menyelenggarakan layanan pemenuhan kebutuhan air bagi masyarakatnya. Dengan aturan tersebut jelas bahwa Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 membuka kesempatan bagi keterlibatan sektor swasta (*privatisasi*) dalam penyediaan air bagi masyarakatnya. Pemberian kesempatan kepada badan usaha swasta dalam penyediaan air baku bagi masyarakat jelas akan menghilangkan penguasaan negara atas sumber daya air. Sebagai sebuah institusi yang berorientasi pada keuntungan, badan usaha swasta tentunya hanya akan mau menanamkan investasinya jika ada jaminan bahwa investasi yang ditanamkan dapat kembali. Untuk itu badan usaha membutuhkan jaminan baik itu terhadap resiko politik maupun resiko kinerja, dan permasalahannya jaminan tersebut dibebankan kepada masyarakat melalui pembayaran kompensasi dari pemerintah dan penyesuaian tarif. Penyesuaian tarif dilakukan dengan menerapkan *full cost recovery* (*tariff biaya penuh*), untuk menjamin tingkat pengembalian yang tetap (*steady rate of return*) bagi pemegang kontrak. Lebih lanjut, dalam penyediaan air baku bagi masyarakat badan usaha

¹⁶⁵ Kesimpulan Pengujian Undang-Undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Diajukan oleh: Tim Advokasi Koalisi Rakyat untuk Hak atas Air Di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Maret 2005

swasta tidak akan mau menanamkan investasinya jika pendapatan masyarakatnya rendah dan secara topografis sulit karena kesemuanya membuat investasi yang mereka tanamkan sangat sulit untuk kembali, sehingga penyediaan air baku untuk masyarakat di daerah terpencil menjadi terbengkalai.¹⁶⁶

UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air juga mencantumkan pengakuan terhadap masyarakat hukum adat atas hak ulayat. Pasal 6 ayat (2) UU Sumber Daya Air pada intinya mengatur bahwa penguasaan sumber daya air 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. Di dalam penjelasannya disebutkan bahwa yang dimaksud dengan hak yang serupa dengan hak ulayat adalah hak yang sebelumnya diakui dengan berbagai sebutan dari masing-masing daerah yang pengertiannya sama dengan hak ulayat, misalnya: tanah wilayah *pertuanan* di Ambon; *panyam peto* atau *pewatasan* di Kalimantan; *wewengkon* di Jawa, *prabumian* dan *payar* di Bali; *totabuan* di Bolaang-Mangondouw, *torluk* di Angkola, *limpo* di Sulawesi Selatan, *mur* di Pulau Buru, *paer* di Lombok, dan *panjaean* di Tanah Batak.¹⁶⁷

Sedangkan Pasal 6 ayat (3) UU tersebut menyebutkan bahwa hak ulayat masyarakat hukum adat atas sumber daya air tetap diakui sepanjang kenyataannya masih ada dan telah dikukuhkan dengan peraturan daerah setempat. Penjelasan

¹⁶⁶ *ibid*

¹⁶⁷ Arizona Yance, *Satu Dekade... Op. Cit*, Hlm. 20

ketentuan ini menyebutkan bahwa pengakuan adanya hak ulayat masyarakat hukum adat termasuk hak yang serupa dengan itu hendaknya dipahami bahwa yang dimaksud dengan masyarakat hukum adat adalah sekelompok orang yang terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum adat yang didasarkan atas kesamaan tempat tinggal atau atas dasar keturunan. Hak ulayat masyarakat hukum adat dianggap masih ada apabila memenuhi tiga unsur, yaitu:¹⁶⁸

- i. 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 kehidupannya sehari-hari;
- ii. unsur wilayah, yaitu terdapatnya tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum tersebut dan tempatnya mengambil keperluan hidupnya sehari-hari; dan
- iii. 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.

Pengaturan masyarakat hukum adat dalam UU Sumber Daya Air menjabarkan pola pengakuan bersyarat dari Pasal 18B ayat (2) UUD 1945. UU ini dapat dikatakan sebagai undang-undang pertama setelah amandemen UUD 1945 yang memuat

¹⁶⁸ Ibid, hlm. 21

rumusan pengaturan sebagai penjabaran dari norma konstitusi berkaitan dengan masyarakat adat. Sehingga mudah dipahami bahwa rumusan pengaturannya sudah mulai mengikuti trend norma konstitusi berkaitan dengan keberadaan dan hak-hak masyarakat adat.¹⁶⁹

c. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batu Bara

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batu Bara merupakan pengganti Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Peraturan Pokok Pertambangan yang dianggap sudah tidak bisa dipertahankan lagi karena bersifat sentralistik.

Undang-undang ini menganut asas pembangunan berkelanjutan, dan sesuai dengan tujuan pembangunan nasional yaitu untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Hal ini sesuai dengan amanat Pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Mengingat Mineral dan Batu Bara merupakan kekayaan alam yang terkandung di dalam bumi dan tak dapat terbarukan, maka perlu adanya pengelolaan mineral dan batu bara secara efisien, transparan dan berkeadilan agar dimanfaatkan secara berkelanjutan bagi sebesar-besar kemakmuran rakyat. Substansi dari peraturan ini adalah lebih aspiratif dibandingkan dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967, dengan diberikannya peran yang besar kepada pemerintah daerah dalam aspek pemberian ijin, pengawasan, pembinaan sumberdaya mineral dan batu bara, sedangkan Departemen

¹⁶⁹ Ibid

Energi dan Sumber Daya Mineral (ESDM) hanya melaksanakan pembuatan kebijakan serta melakukan aspek pembinaan, pengawasan, dan perijinan pada hal-hal tertentu. Selain dari itu, pelaksanaan desentralisasi sangat terasa dalam undang-undang minerba, dan memberikan kesempatan kepada masyarakat setempat baik secara individu maupun badan hukum untuk melakukan pengusaha mineral dan batu bara berdasarkan izin dari pemerintah maupun pemerintah daerah.

UU Minerba memang telah memuat beberapa perbaikan yang cukup mendasar, yang penting diantaranya adalah dihapuskannya sistem kontrak karya (KK) bagi pengusaha pertambangan dan diganti dengan sistem ijin usaha pertambangan (IUP). Namun demikian, meski telah memuat beberapa perubahan UU Minerba dapat dikatakan masih sangat minim dalam hal yang berkaitan dengan kejelasan perencanaan, pengelolaan, kebijakan dan strategi pertambangan nasional yang akan dituju. Dalam banyak aspek, UU Minerba cenderung masih memuat ketentuan yang bersifat sangat umum sehingga tidak operasional. Indikasi dari hal tersebut, dari 175 pasal yang terdapat dalam UU Minerba, setidaknya 22 pasal menyebutkan "*ketentuan sebagaimana dimaksud pada pasal ini, akan diatur dengan peraturan pemerintah*", dan 3 pasal menyebutkan "*ketentuan sebagaimana dimaksud pada pasal ini, akan diatur dengan peraturan daerah, provinsi/kabupaten/kota*".¹⁷⁰

¹⁷⁰ Sri Nur Hari Susanto, *PENGUASAAN DAERAH ATAS BAHAN GALIAN/PERTAMBANGAN DALAM PERSPEKTIF OTONOMI DAERAH*, Disampaikan pada Seminar Nasional Aspek Hukum Penguasaan Daerah Atas Bahan Galian, di Fakultas Hukum Undip pada 2 Desember 2009.

Hal tersebut berarti bagaimana nanti implementasi yang lebih pasti dari UU Minerba ini dan bagaimana arah serta gambaran pengelolaan sektor pertambangan ke depan lebih pasti, akan sangat tergantung pada situasi, kondisi, dan kepentingan pengambil kebijakan pada saat peraturan pemerintah (PP) dan Perda dibuat. Di samping itu UU Minerba juga mewajibkan pemerintah untuk menetapkan tata ruang nasional wilayah pertambangan dengan ditunjang data geologis secara tepat. Ini berarti sejauh penetapan itu belum dilakukan, maka tidak boleh ada pengeluaran ijin penambangan oleh pemerintah daerah sehingga bisa terjadi moratorium (jeda) tambang sampai ditetapkan tata ruang nasional pertambangan.¹⁷¹

Substansi UU No.4 Tahun 2009 berusaha menggunakan arah baru kebijakan pertambangan yang mengakomodasikan prinsip kepentingan nasional (*national interest*), kemanfaatan untuk masyarakat, jaminan berusaha, desentralisasi pengelolaan dan pengelolaan pertambangan yang baik (*good mining practices*). Dengan sejumlah prinsip tersebut, maka dalam terjemahannya pada tingkat konstruksi pasal-pasal terdapat beberapa point maju meski disertai dengan cukup banyaknya klausul yang masih membutuhkan klarifikasi dan memberikan akses kepada masyarakat dalam pengelolaan pertambangan.

Warga masyarakat khususnya yang berada di lokasi pertambangan mempunyai akses untuk: melakukan usaha pertambangan di WPR, warga menjadi pekerja di pertambangan yang diusahakan oleh badan usaha (Pasal 106), memberikan jaminan bagi pengusaha lokal untuk diikutsertakan sebagai mitra dari pelaku usaha

¹⁷¹ ibid

pertambangan besar, mendapatkan program pemberdayaan yang harus didasarkan pada program yang nyata serta dikonsultasikan pada pemerintah dan pemerintah daerah dan warga masyarakat yang bersangkutan (Pasal 95 dan Pasal 108), menjadi penyedia jasa terutama dalam pelaksanaan penyelidikan umum atau pengumpulan fakta yang harus dilakukan oleh badan usaha pelaksana usaha pertambangan.¹⁷²

UU Minerba juga melindungi Hak Asasi Manusia (termasuk hak ulayat masyarakat hukum adat), yaitu terdapat dalam Pasal 145 dan Pasal 135, perlindungan HAM dalam Undang-Undang ini hanya berkaitan dengan dua hal yaitu: pertama, Masyarakat yang terkena dampak negatif secara langsung dari kegiatan usaha pertambangan harus dilindungi dalam bentuk pemberian hak untuk memperoleh ganti kerugian yang layak sebagai akibat di luar kesalahannya dan hak untuk mengajukan gugatan kepada pengadilan. kedua, warga masyarakat yang tanahnya terdapat sumber daya mineral dan batubara dan dimasukkan dalam WIUP berhak diminta persetujuannya sebelum kegiatan pertambangan dilaksanakan.

Dalam hal pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat, undang-undang minerba tidak memberikan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat adat. Dalam BAB XIII tentang Hak dan Kewajiban, yang diatur hanya sebatas hak dan kewajiban bagi pemegang izin pertambangan (Pasal 90-112). UU tersebut tetap tak mau mengakui bahwa rakyat memiliki hak untuk membuat keputusan apakah investasi tambang bisa ditanamkan di tanah mereka atau di wilayah-wilayah yang jika ditambang akan mengancam sumber-sumber kehidupan

¹⁷² Ibid

mereka, yang belakangan dikenal dengan istilah *Free and Prior Inform Consent*.¹⁷³

Terkait tanahnya, rakyat hanya diberi 2 (dua) pilihan dalam UU ini, menerima ganti rugi yang ditentukan sepihak oleh pemerintah/ perusahaan atau jalur pengadilan.¹⁷⁴

Dalam UU Minerba hanya ada dua hak masyarakat yang terkena dampak, yaitu mendapat ganti rugi jika terjadi kesalahan dalam pengusahaan kegiatan pertambangan dan mengajukan gugatan ke pengadilan¹⁷⁵ itupun jika perusahaan menyalahi ketentuan. Dua pilihan itu sama pahit. Pilihan pertama menegaskan tidak diakuinya hak veto atau hak untuk menentukan nasib sendiri, khususnya jika mereka menolak pertambangan, termasuk hak memilih model pengembangan ekonomi yang lebih berkelanjutan dibandingkan dengan mengeruk batuan. Sementara itu, ganti rugi akan diatur dalam peraturan perundang-undangan. Namun, mengingat dalam setahun ke depan Departemen ESDM harus menyusun 20 Peraturan Pemerintah terkait, bisa dipastikan penyusunannya akan jauh dari transparansi dan partisipasi publik. Pilihan kedua tak kalah getir. Kawasan cadangan mineral dan batu bara tersisa kebanyakan ada di kawasan terisolasi informasi dan keberdayaan hukum, bahkan urusan beban pembuktian yang tidak mudah.¹⁷⁶

¹⁷³ Free Prior and Informed Concern (FPIC) dapat diartikan menjadi, hak masyarakat untuk mendapatkan informasi sebelum sebuah program atau proyek pembangunan dilaksanakan dalam wilayah mereka dan berdasarkan informasi tersebut, mereka secara bebas tanpa tekanan menyatakan setuju atau menolak, atau dengan kata lain sebuah hak masyarakat untuk memutuskan jenis kegiatan pembangunan macam apa yang mereka perbolehkan untuk berlangsung dalam tanah mereka

¹⁷⁴ Briefing Paper JATAM, WALHI, KIARA, ICEL – Januari 2009

¹⁷⁵ Pasal 145 Ayat (1) UU Minerba menyatakan: "Masyarakat yang terkena dampak negatif langsung dari kegiatan usaha pertambangan berhak: a). Memperoleh ganti rugi yang layak akibat kesalahan dalam pengusahaan kegiatan pertambangan sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan.b). Mengajukan gugatan kepada pengadilan terhadap kerugian akibat pengusahaan pertambangan yang menyalahi ketentuan.

¹⁷⁶ Ibid

Warga dihadapkan pada perusahaan tambang yang memiliki modal menyewa ahli hukum dan konsultan, juga membayar iklan di media. Sementara itu, proses pengadilan yang lama, biaya mahal, dan sistem yang korup membuat warga berisiko menjadi korban kedua kali. Sungguh, mereka sulit memenangi perkara di pengadilan, dalam sistem hukum yang kini tak berpihak kepada mereka.

Beberapa kelemahan fundamen dari UU Minerba adalah tidak adanya:¹⁷⁷

- a. Pengakuan dan perlindungan hak-hak masyarakat terutama yang memiliki keterkaitan langsung dengan sumber daya pertambangan dan lingkungan
- b. Pengakuan dan pengaturan secara jelas dan tegas tentang transparansi, partisipasi, dan akuntabilitas dalam pengelolaan sumber daya alam yang merupakan 3 pilar penting dalam mewujudkan *good governance* dan demokratisasi dalam pengelolaan pertambangan.
- c. Akses keadilan apabila hak-hak masyarakat dan prinsip transparansi dan partisipasi dilanggar.
- d. Pengakuan keterbatasan daya dukung dan daya tampung lingkungan

Berbagai kelemahan tersebut, muaranya lagi-lagi rakyat yang harus menanggung ongkos kerusakan lingkungan, pemiskinan dan pelanggaran HAM baik di sekitar pertambangan, hingga kawasan pesisir. Sementara, bahan-bahan mineral kita bisa dipastikan akan makin menipis jumlahnya, karena terus-terusan dikeruk untuk memasok kebutuhan asing. Hal ini diperparah juga dengan dilarangnya masyarakat untuk merintangi dan mengganggu kegiatan pertambangan, mereka dapat

¹⁷⁷ Briefing Paper JATAM, WALHI, KIARA, ICEL – Januari 2009

dikenakan sanksi pidana (Pasal 162), jelaslah hal ini akan menghalangi masyarakat hukum adat memperjuangkan hak-haknya akibat adanya kegiatan usaha pertambangan.

Mestinya, upaya reformasi kebijakan sektor pertambangan mensyaratkan 3 hal, yaitu:¹⁷⁸

- a. Dapat memfasilitasi pemulihan dan pengembalian hak masyarakat yang telah dirampas hak-nya oleh industri pertambangan, baik secara langsung melalui perampasan tanah masyarakat lokal maupun secara tidak langsung dengan mencemari perairan laut tempat bergantungnya kehidupan masyarakat nelayan tradisional.
- b. Dapat memfasilitasi pulihnya ekonomi masyarakat lokal dan ekosistem sekitar pertambangan. Dimana paradoks selama ini menunjukkan bahwa, daerah potensial dengan kegiatan pertambangan, justru identik dengan kemiskinan dan intensitas konflik yang tinggi.
- c. Dapat memfasilitasi proses penegakan hukum atas berbagai pelanggaran yang terjadi selama ini di sekitar lingkungan pertambangan, maupun secara luas dalam hal ekonomi nasional.

Hak ulayat masyarakat hukum adat berada dalam posisi yang tidak diuntungkan dalam UU Minerba, karena berbeda dengan UU kehutanan dan UU Sumber Daya Air, UU ini tidak memberikan pengakuan terhadap keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat. UU ini hanya memberikan akses kepada seluruh

¹⁷⁸ Ibid

masyarakat termasuk masyarakat hukum adat untuk melakukan pengelolaan terhadap mineral dan batu bara yang terdapat di wilayah mereka, itu pun harus mendapat izin terlebih dahulu dari pemerintah daerah. Hal ini terjadi karena *mind set* UU ini adalah pemegang “hak milik” atas kekayaan alam berupa aneka ragam bahan galian yang terkandung di dalam bumi dan air di wilayah hukum (pertambangan) Indonesia adalah hak milik bangsa Indonesia (*mineral right*).

Hal ini sebagai bentuk implementasi dari Hak Menguasai Negara atas bahan galian, tidak berarti negara sebagai pemilik. Pemerintah sebagai penyelenggara negara memiliki kewenangan penuh untuk menentukan kebijakan yang diperlukan semata-mata dalam bentuk tiga kewenangan yaitu mengatur (*regelen*), mengurus (*besturen*), mengawasi (*toezichtouden*).

C. Pengakuan dan Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat dalam beberapa Peraturan Daerah

a. Peraturan Daerah Kabupaten Lebak No. 32 Tahun 2001 tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy

Peraturan daerah ini disusun dengan pertimbangan bahwa masyarakat Baduy yang secara administratif bertempat tinggal di Desa Kanekes Kecamatan Leuwidamar Kabupaten Lebak, merupakan masyarakat hukum adat yang hingga saat ini masih terikat oleh tatanan hukum adatnya. Sebagai suatu kesatuan masyarakat hukum adat, masyarakat Baduy memiliki hak ulayat yang penetapan wilayahnya dibatasi pada tanah-tanah di wilayah Desa Kanekes Kecamatan Leuwidamar Kabupaten Lebak,

yang diukur sesuai dengan peta rekonstruksi dan dituangkan dalam berita acara sebagai landasan penetapan keputusan bupati (Pasal 2 Peraturan Daerah No. 32 Tahun 2001 tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy).

Sebagai peraturan turunan dan UUPA, Peraturan Menteri Negara Agraria No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat yang keluar pada masa reformasi menjadi landasan hukum bagi Pemerintah Daerah Lebak untuk membuat Perda pengakuan hak ulayat Masyarakat Baduy. Selain itu, pengakuan hukum melalui Perda juga didukung oleh situasi politik yang semakin terbuka pasca orde baru dan ditetapkannya peraturan perundang-undangan yang mengatur dan mengakui hak-hak masyarakat adat yang ditetapkan tidak lama sebelum Perda Baduy, seperti Amandemen UUD 1945, UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Dalam Penelitian yang dilakukan oleh Yance Arizona, menyebutkan ada dua faktor penting mengapa pengakuan hukum terhadap hak ulayat Masyarakat Baduy diperlukan, yaitu: Pertama, untuk melindungi wilayah adat dari pihak luar. Hal ini menjadi persoalan karena orang luar Baduy berkebun di tanah ulayat dengan menanam komoditas yang justru dilarang oleh hukum adat Masyarakat Baduy. Selain itu juga praktek penebangan kayu di hutan lindung Baduy oleh orang luar. Kedua, untuk mengamankan fungsi wilayah ulayat Masyarakat Baduy sebagai sumber mata air, mencegah banjir dan untuk melindungi hewan-hewan dari tindakan perburuan

orang luar.¹⁷⁹ Hal yang menarik adalah bahwa sebenarnya pengakuan hukum terhadap masyarakat Baduy ini sudah dilakukan sejak lama. Pada tahun 1968 pernah dikeluarkan SK Gubernur Jawa Barat No. 203/B.V/PEM./SK/68 tentang Penetapan Status Hutan Larangan Desa Kanekes Daerah Baduy, SK Gubernur Jawa Barat No. 140/KEP.526-PEMDES/1986 tentang Penetapan Desa Kanekes Dijadikan Desa Definitif dengan Luas 5.101 Ha dan Perda Lebak No. 13 Tahun 1990 tentang Adat Istiadat dan Lembaga Adat Baduy. Sayangnya, ketiga produk hukum ini tidak mampu mengatasi masalah penyerobotan lahan masyarakat Baduy. Selain itu, kedua peraturan ini dinilai tidak memiliki dasar hukum yang kuat dan kekuatan hukum karena berdasarkan UU No. 5 Tahun 1974 tentang Pemerintahan Daerah, ketiga instrumen hukum ini berada pada bagian paling bawah dalam tata urutan peraturan perundang-undangan.

Menurut Masyarakat Baduy, Perda No. 32 Tahun 2001 tersebut merupakan bentuk pengakuan hukum pemerintah terhadap Masyarakat Baduy atas sumber daya alamnya. Bahkan Perda ini dipandang dapat mengamankan wilayah adat sekaligus sumber daya alam yang ada di wilayah Masyarakat Baduy. Mereka menegaskan bahwa jika tidak ada Perda ini, maka Wilayah Adat Baduy akan habis dan rusak oleh pihak luar.

Perda ini kemudian menjadi dasar bagi Masyarakat Baduy untuk melakukan tindakan hukum ketika ada pelanggaran atau penyerobotan terhadap wilayah adat

¹⁷⁹ Yance Arizona, *Kuasa dan Hukum: Realitas Pengakuan Hukum Terhadap Hak Masyarakat Adat Atas Sumber Daya Alam Di Indonesia*. Kertas Kerja Epistema No.05/2010, Jakarta: Epistema Institute, hlm. 17

mereka dari orang luar. Penyerobotan lahan ini sudah terjadi sejak tahun 1960-an dan membuat wilayah mereka semakin menyempit. Hadirnya Perda ini kemudian menjadi media menyelesaikan konflik penyerobotan atau pelanggaran wilayah adatnya yang dilakukan dalam tiga cara, yaitu:¹⁸⁰

- a. Proses sosialisasi dan rekonsiliasi yang difasilitasi oleh pihak kecamatan, BPN, Babinsa, bagian hukum pemerintah daerah, kepolisian, dan kejaksaan.
- b. Pihak Masyarakat Baduy mengirimkan surat kepada beberapa orang yang menyerobot wilayah adat Baduy untuk meminta kembali tanah adat Masyarakat Baduy, yang kemudian ditindaklanjuti dengan penandatanganan kontrak pengembalian tanah kepada Masyarakat Baduy.
- c. Diselesaikan melalui pengadilan. Cara ini dilakukan ketika cara-cara di atas tidak dapat lagi dilakukan. Untuk cara ini tercatat telah ada lima orang yang dikenai sanksi pidana karena terbukti melanggar dan menyerobot Wilayah Adat Baduy.

Berkaitan dengan sumber daya hutan dan air, peraturan daerah tersebut merupakan kekayaan masyarakat Baduy. Tanah ulayat merupakan bagian dari kekayaan tersebut terdapat dalam wilayah Baduy sesuai pasal 6, yaitu meliputi

¹⁸⁰ Ibid, hlm. 18

kesatuan wilayah hukum adat dengan wilayah pemukiman masyarakat Baduy dengan batas tertentu yang sudah berlaku secara turun temurun.¹⁸¹

Pada bagian konsideran dari Peraturan Daerah Nomor 32 Tahun 2001 mengambil peluang yang diberikan oleh Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah kepada kabupaten untuk membentuk pemerintahan terendah (desa) otonom yang beragam sesuai dengan asal usul dan adat istiadat masing-masing. Peraturan Daerah ini menjelaskan bahwa pemerintahan desa merupakan bagian yang tak terpisahkan dari sistem pemerintahan NKRI. Pernyataan ini merupakan ide dasar dan semacam payung hukum dari interaksi hukum masyarakat Baduy dan hukum negara dalam pengaturan sumber daya hutan dan air yang terdapat dalam peraturan daerah ini.¹⁸²

Dalam masyarakat Baduy, terdapat begitu banyak hikmat dan kearifan lokal tentang pengolahan sumber daya alam dan air yang ada pada masyarakat Baduy. Jika diamati perkampungan Baduy itu pada umumnya terletak pada daerah aliran sungai. Menurut Syukri Batubara, kearifan lokal yang ada pada mereka merupakan hal yang potensial dari sistem kolektif untuk hidup di atas nilai-nilai yang membawa kelangsungan hidup berkeadaban. Mereka hidup dengan damai, saling pengertian, hidup harmonis dengan alam lingkungan. Mereka mampu membuktikan bahwa pengelolaan sumber daya alam dan air, khususnya hutan di kawasan Baduy telah

¹⁸¹ Syukri Batubara, "Perlindungan Terhadap Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat Study Mengenai Pelaksanaan Hak Ulayat dan Sumber Daya Alam Suku Baduy", *Disertasi*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2011, hlm. 187

¹⁸² *Ibid*, hlm. 188

membuat mereka *survive*. Kesadaran masyarakat Baduy terhadap sumber daya alam dan air, khususnya dalam menjaga kelestarian hutan dan air adalah hal yang luar biasa. *Pikukuli* masyarakat Baduy sampai hari ini masih dipegang teguh: *gunung ulah dilebur, lebak ulah dirusak* (gunung jangan dihancurkan, sawah jangan dirusak).¹⁸³

Tanah yang ada di Baduy dapat dikategorikan menjadi tiga peruntukkan, yaitu : sebagai lahan perladangan, tempat tinggal, dan hutan lindung. Hutan lindung dijadikan untuk berfungsi sebagai resapan air. Pohon yang ada tidak boleh ditebang termasuk untuk erladangan. Hutan itu membantu menjaga keseimbangan air. Walaupun masyarakat Baduy tidak memiliki teknologi pemotongan kayu seperti gergaji kayu, tetapi disana tidak terjadi *illegal logging*. Kawasan hutan Baduy tergolong sebagai hutan larangan yang tetap dijaga keberadaannya. Kearifan masyarakat Baduy dapat dijadikan contoh oleh siapa saja khususnya pengambil keputusan untuk belajar ke Baduy dalam mengurus sumber daya hutan dan air agar tidak terjadi bencana alam seperti banjir, tanah longsor dan kerusakan lainnya.¹⁸⁴

Kebijakan pengolahan sumber daya hutan dan air pada masyarakat Baduy secara peraturan minimal belum berpihak kepada hak-hak tradisional, misalnya dalam penentuan status dan kedudukan hutan adat. Sampai saat ini, secara yuridis kedudukan hutan adat masih belum jelas karena menurut Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, keberadaan hutan adat dianggap sebagai hutan negara. Kondisi ini diperparah lagi dengan ketidaksinkronan peraturan perundang-undangan

¹⁸³ Ibid, hlm. 193

¹⁸⁴ Ibid, hlm. 195

di tingkat nasional. Sektoralisme peraturan pengelolaan sumber daya agraria, terutama sumber daya hutan, telah menggiring hutan adat kepada posisi terjepit. Hukum agraria telah menegaskan aturan tentang status tanah secara keseluruhan, termasuk status tanah yang di atasnya terdapat hutan adat, tetapi kemudian undang-undang kehutanan juga merasa memiliki kompetensi untuk menentukan status hutan adat.

Upaya yang dilakukan untuk mengatasi adanya kerusakan hutan di kawasan Baduy, diawali dengan penyesuaian kebijakan dan tata organisasi Departemen Kehutanan pada tahun 1983. Di bawah Departemen Kehutanan dibentuk juga beberapa Direktorat Jenderal, salah satunya adalah Direktorat Jenderal Perlindungan Hutan dan Pelestarian alam. Pada tahun 2001 DPRD Lebak mengesahkan Peraturan Daerah Nomor 32 Tahun 2001. Tentang perlindungan Tanah Ulayat Baduy.

Untuk menekan laju kerusakan hutan di kawasan Baduy, maka kegiatan pengamanan hutan secara partisipatif oleh masyarakat Baduy senantiasa menjadi prioritas utama di dalam pengelolaan sumber daya hutan Baduy. Adapun beberapa kegiatan yang dilakukan oleh masyarakat Baduy untuk melindungi hutan dilakukan dengan beberapa kegiatan, yaitu:¹⁸⁵

Pertama, melakukan proses sosialisasi kepada masyarakat terutama kepada masyarakat di perbatasan tanah ulayat dalam melakukan perusakan hutan dan pelaku *illegal logging* agar tidak melakukannya lagi karena hal ini akan sangat merugikan generasi yang akan datang. Kegiatan ini tidak dapat dilaksanakan secara sempurna

¹⁸⁵ Ibid, hlm. 209

karena kurangnya kesadaran masyarakat sekitar tentang perlindungan hutan dan menyelamatkan air. Tim sosialisasi kurang efektif karena kekurangan tenaga, pengawasan dan dana. Setelah adanya perda ini dilakukan pendekatan persuasive edukatif terhadap masyarakat sekitar perbatasan Baduy dan program rehabilitasi dengan penanaman pohon.

Kedua, memagari dengan kawat berduri dengan bantuan Pemerintah Daerah dan Kantor Pertanahan Lebak tentang batas kawasan tanah ulayat Baduy. Rekonstruksi batas dilaksanakan pada tahun 2000-2001 dan pada orientasi batas, dilaksanakan dengan berpedoman pada batas kawasan sesuai dengan Peraturan Daerah No. 32 Tahun 2001. Rekonstruksi ini melibatkan masyarakat Baduy, pihak pemerintah daerah dan Kantor Pertanahan. Hasil rekonstruksi ini mengembalikan posisi tapal batas yang sebenarnya karena telah terjadi perubahan letak tapal batas kawasan dari hasil rekonstruksi yang dilakukan sebelumnya.

Ketiga, masyarakat Baduy melalui *Jaro Pamarentah* (kepala desa) selalu melaporkan kepada aparat dan Pemerintah Daerah kalau terjadi masalah disana. Masyarakat Baduy pun aktif mengkampanyekan untuk menjaga sumber daya hutan dan air melalui kegiatan pengawasan kawasan tersebut yang kian hari semakin menunjukkan hasilnya, karena pengrusakan hutan mulai berkurang dan penggembalaan ternak berkaki empat juga mulai berkurang setelah adanya Peraturan Daerah tersebut.

Keempat, pembuatan Peraturan Daerah No. 32 Tahun 2001 pada intinya mengatur tentang perlindungan hutan dan hal-hal yang tidak diperbolehkan dalam memanfaatkan sumber daya hutan dan air pada masyarakat Baduy. Sebagai contoh adalah adanya larangan mengambil ikan secara berlebihan di sungai sekitar tanah ulayat Baduy dengan cara meracun dan menggunakan bom. Masyarakat hanya boleh mengambil ikan dengan cara memancing dan menjala. Di samping itu juga adanya larangan untuk tidak memburu hewan berkaki empat kecuali kalau mau ada upacara serta adanya larangan untuk tidak menebang hutan.

Salah satu tujuan dari implementasi Peraturan Daerah No. 32 tahun 2001 tersebut adalah untuk mencegah kerusakan hutan, baik untuk kepentingan ekonomi maupun non ekonomi. Memperhatikan fungsi kawasan di atas dan upaya agar mempercepat pemulihan kondisi akibat perusakan hutan yang terjadi, maka Peraturan Daerah No. 32 Tahun 2001 harus ditegakkan dan bagi pelanggar dikenakan sanksi atau hukuman.¹⁸⁶

**b. Peraturan Daerah Propinsi Sumatera Barat Nomor 16 Tahun 2008
tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya**

Propinsi Sumatera Barat merupakan salah satu propinsi yang telah banyak memberikan pengakuan secara *de facto* dan *de jure* kepada masyarakat hukum adat di Propinsi Sumatera Barat. Pengakuan tersebut terdapat dalam Peraturan Daerah Propinsi Sumatera Barat Nomor 2 Tahun 2007 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Nagari. Sebenarnya pemerintahan Nagari telah mendapatkan pengakuan sejak tahun

¹⁸⁶ Ibid, hlm. 211

2000 dalam Peraturan Daerah Propinsi Sumatera Barat Nomor 9 Tahun 2000 tentang Ketentuan Pokok Pemerintahan Nagari.

Pemerintah Daerah Propinsi Sumatera Barat memandang bahwa sistem pemerintahan nagari efektif guna menciptakan ketahanan agama dan budaya, berdasarkan tradisi dan sosial budaya masyarakat Sumatera Barat yang demokratis dan aspiratif untuk tercapainya kemandirian, peran serta dan prakarsa masyarakat yang selama ini dipinggirkan dan diabaikan.¹⁸⁷

Struktur sosial nagari berakar pada nilai-nilai budaya yang terus menerus mengalami perkembangan menuju gambaran ideal secara kolektif, bercermin pada fenomena alam dan berlandaskan agama. *Alam Takambang Jadi Guru, Adat Basandi Syarak, Syarak Basandi Kitabullah*. Adat sopan santun dalam interaksi sosial dan agama merupakan kekuatan dasar anak nagari dalam mengarungi hidup dan kehidupan, di mana pun domisilinya. Struktur sosial yang kuat dan berakar telah menghargai sejarah individu dan masyarakat secara proporsional sehingga tidak anti terhadap perubahan dan sekaligus tidak hanyut dalam arus perubahan.¹⁸⁸

Sesuai dengan amanah Perda nomor 9 tahun 2000 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Nagari, maka mulai lah dirancangkan perda tanah ulayat di Sumatera Barat. Akan tetapi Raperda ditolak dengan alasan Oleh Kurniawarman dan

¹⁸⁷ Zukri Said, Dkk, *Kembali Ke Akar, Kembali Ke Konsep Otonomi Masyarakat Asli*, Forum Pengembangan Partisipasi Masyarakat, Jakarta, 2002, hlm. 49

¹⁸⁸ Ibid, hlm 46

Rachmadi¹⁸⁹ menyebutkan dua alasan yang mendasari penolakan tersebut, yakni; pertama, dari aspek formal Ranperda ini mengandung cacat karena tidak dilengkapi dengan naskah akademis. Selain itu, pelibatan unsur di luar Pemda sekedar sebagai alat untuk menguatkan alasan guna mendapatkan dana bagi pembuatan Perda, kedua; dari aspek materil, materi RPTU (Rancangan Perda Tanah Ulayat) ini dianggap berbahaya karena bukan malah melindungi dan menjamin tanah ulayat, namun hanya mengaakomodasi kepentingan pengusaha agar mudah mendapatkan tanah untuk investasi, selain itu RPTU meneruskan dan memperdalam sektoralisme pengelolaan Sumber daya alam karena objek pengaturannya hanya tanah, tidak termasuk sumber daya alam secara keseluruhan, walaupun sebenarnya patokan RPTU dari pasal 3 UUPA dan Permenag No. 5/1999 yang tidak memisahkan ruang lingkup hak ulayat atas tanah, hutan dan sumber daya alam lainnya. Secara materil, yang menjadi sorotan tajam adalah pasal 11 RPTU, yang menyatakan bahwa terhadap tanah hak ulayat yang telah diganti atas haknya menurut UUPA dan apabila masanya berakhir, maka tanah tersebut menjadi tanah yang langsung dikuasai oleh negara (tanah negara). Artinya, secara normatif tidak memberikan solusi bagi tanah ulayat yang beralih menjadi salah satu hak menurut UUPA seperti HGU, padahal selama ini konflik pertanahan berlangsung secara massif di wilayah tersebut.

¹⁸⁹ Kurniawarman, Rachmadi, *Hak ulayat Nagari atas Tanah di Sumatera Barat (Jejak Dan Agenda Untuk Era Desentralisasi)*, Yayasan Kemala, WRI dan Qbar, Jakarta, 2005. Hlm. 5

Setelah pengesahan Perda No.2/2007, maka upaya mengagendakan kembali RPTU oleh pemerintah propinsi Sumatera Barat yang tertunda sejak tahun 2001 mulai dibahas pada pertengahan tahun 2007, dengan mengajukan kembali draft RPTU. RPTU yang diajukan pada tahun 2007 terdapat perbedaan dengan draft yang diajukan di tahun 2001, yaitu pengaturan tentang tanah-tanah ulayat yang telah diganti dengan hak atas tanah oleh UUPA, setelah masanya berakhir akan kembali kepada masyarakat hukum adat, hal ini terlihat dalam pasal 11, yang menyebutkan:

- a. Terhadap Tanah Ulayat yang diberi alas hak erfpacht, hak pakai atau HGU, apabila masa berlakunya sudah berakhir, maka tanah ulayat tersebut kembali kepada masyarakat hukum adat.
- b. Pengaturan dan pemanfaatan selanjutnya terhadap tanah sebagaimana dimaksud ayat (1) dilaksanakan oleh Kerapatan Adat Nagari (KAN) bersama dengan pemerintahan Nagari, sedangkan Pemerintah Kabupaten/Kota, hanya sebagai mediator.

Secara keseluruhan roh pengaturan RPTU ini tidak jauh berbeda dengan RPTU yang diajukan pada inisiatif awal, yaitu: secara materil; pertama, RPTU mengatur ulayat secara sektoral yang mengatur pada soal tanah. Kedua, semangat RPTU masih pada semangat pemanfaatan yang notabene merupakan kepentingan investasi (pengelolaan oleh pemilik modal)¹⁹⁰ sehingga RPTU belum mampu memberikan semangat perlindungan hak ulayat, ketiga, RPTU tidak membedakan

¹⁹⁰ Lihat BAB VI tentang; pemanfaatan dan penggunaan tanah ulayat, pasal 5,6 dan pasal 7, selain itu pengaturan tentang pendaftaran tanah memperkuat upaya sertifikasi ulayat sehingga mempermudah arus modal terhadap tanah ulayat melalui hubungan hukum (pembebasan tanah)

antara tanah milik adat dengan tanah ulayat.¹⁹¹ Secara formil; RPTU tidak melalui mekanisme kaedah penyusunan Ranperda yang baik, yaitu belum terujinya partisipasi masyarakat, terutama masyarakat adat sebagai pemilik ulayat, selain itu RPTU tidak diiringi dengan naskah akademik.

Perda TUP mewarisi sektoralisasi sumberdaya alam yang dibangun oleh perundang-undangan di tingkat nasional. Fokus pengaturan terhadap tanah saja sudah terlihat dari dasar hukum dan sejumlah ketentuan pada batang tubuh yang tunduk pada konstruksi hukum pertanahan nasional. Sektoralisasi ini mempersempit objek ulayat yang bagi masyarakat Minangkabau mencakup sumberdaya alam lainnya seperti sungai, danau, laut, ruang angkasa, hutan dan pertambangan.¹⁹²

Dalam Pasal 6 Perda Nomor 16 tahun 2008 menyebutkan Penguasa dan pemilik tanah ulayat adalah:

- a. Ninik Mamak KAN untuk tanah Ulayat Nagari.
- b. Penghulu-penghulu suku mewakili semua anggota suku sebagai pemilik tanah ulayat suku, masing-masing suku di nagari.

¹⁹¹ Dalam analisis Kurniawarman, (dalam sebuah makalah yang berjudul kontroversi tanah ulayat Sumatera Barat) bahwa; Ranperda ini tidak membedakan antara tanah milik adat dengan tanah ulayat. Padahal dalam sistem penguasaan tanah menurut hukum adat tidak saja mengenal tanah ulayat tetapi juga tanah milik adat, baik yang bersifat individual maupun yang masih bersifat komunal. Hak ulayat merupakan hak tertinggi dan sebagai sumber dari semua jenis hak atas tanah yang ada dalam masyarakat hukum adat. Bagi masyarakat yang tidak punya tanah tetapi sangat berkeinginan untuk mengolah maka persekutuan harus membuka akses bagi yang bersangkutan untuk mendapatkan tanah olahan untuk mendukung kehidupannya. Bagi mereka yang terbukti sangat menggantungkan hidupnya kepada tanah tersebut dan mempunyai itikad baik untuk mengolah dengan sungguh, kepada mereka dapat diberikan hak yang bersifat individual.

¹⁹² <http://yancearizona.wordpress.com/2008/11/12/perda-tanah-ulyat-sumatera-barat/>, Akses 10 Juli 2012

- c. Mamak kepala waris mewakili anggota kaum masing-masing jurai/paruik sebagai pemilik tanah ulayat dalam kaum.
- d. Lelaki tertua pewaris rajo mewakili anggota kaum dalam garis keturunan ibu adalah pemilik tanah ulayat rajo.

Tabel Jenis-jenis Tanah Ulayat¹⁹³

No	Jenis tanah ulayat	Sifat	Status pendaftaran	Pengemban /pemilik	pengurusan
1	Tanah ulayat nagari	Penguasaan public	HGU, Hak Pakai, Hak pengelolaan	Secara adat dimiliki oleh anak nagari	Ninik mamak KAN, pengaturan dan pemanfaatan pemerintahan nagari
2	Tanah ulayat suku	Kepemilikan /perdata	Hak milik	Milik kolektif anggota suatu suku	Pegaturan dan pemanfaatan oleh penghulu-penghulu suku
3	Tanah ulayat kaum	Kepemilikan/ perdata	Hak milik	Milik kolektif suatu kaum	Pengaturan dan pemanfaatan oleh Mamak Jurai/ Mamak Kepala Waris
4	Tanah ulayat Rajo	Kepemilikan/ perdata	Hak pakai dan hak kelola	Laki-laki tertua dari garis keturunan ibu	Laki-laki tertua dari garis keturunan ibu

¹⁹³ ibid

Tabel diatas merumuskan bahwa tanah ulayat nagari memiliki aspek publik yang penguasaan dan pengurusannya dilakukan oleh ninik mamak KAN. Tanah ulayat suku dan tanah ulayat kaum merupakan hak milik kolektif anggota suatu suku atau kaum. Sedangkan tanah ulayat rajo merupakan tanah ulayat yang penguasaan dan pemanfaatannya diatur oleh laki-laki tertua dari dari garis keturunan ibu yang masih hidup di beberapa tempat di Sumatera Barat.¹⁹⁴

Ada beberapa keraguan terhadap eksistensi tanah ulayat rajo. Hal ini karena masyarakat Minangkabau tidak mengenal keberadaan raja. Hasil Penelitian Tim Penyusunan Draf Ranperda Tanah Ulayat yang dibentuk PEMDA SUM-BAR pada tahun 2001 menyatakan bahwa tanah ulayat rajo hampir sudah tidak dikenal lagi, walaupun ada dapat digolongkan ke dalam kelompok tanah ulayat nagari. Dahulunya tanah ulayat rajo terdapat di daerah rantau, seperti di Pasaman dan Sawahlunto Sijunjung. Antara tanah ulayat kaum, tanah ulayat suku dan tanah ulayat nagari memiliki hubungan berjenjang dan pencadangan. Bila tanah ulayat suatu kaum habis, maka tanah ulayatnya menjadi tanah ulayat suku. Bila suatu tanah ulayat suku habis maka tanah ulayatnya beralih menjadi tanah ulayat nagari. Sehingga tanah ulayat tidak akan habis. Hal ini sesuai dengan pepatah yang menyatakan bahwa tanah ulayat itu bersifat samporono habis.¹⁹⁵

Peraturan daerah ini juga memberikan kepastian hukum terhadap tanah ulayat di propinsi Sumatera Barat dengan melakukan pendaftaran tanah ulayat. Perda No. 16

¹⁹⁴ ibid

¹⁹⁵ ibid

tahun 2008 mengklasifikasikan tanah ulayat di Sumatera Barat atas 4 (empat) jenis tanah ulayat, yakni tanah ulayat nagari, tanah ulayat suku, tanah ulayat kaum dan tanah ulayat rajo. Tanah-tanah ulayat tersebut dapat didaftarkan pada Kantor Pertanahan Kabupaten/Kota. Bila didaftarkan, tanah ulayat nagari diberi status Hak Guna Usaha (HGU), hak pakai atau hak pengelolaan (HPL). Tanah ulayat suku dan tanah ulayat kaum diberi status hak milik. Sedangkan tanah ulayat rajo diberi status hak pakai dan hak pengelolaan.

Soal pendaftaran tanah ulayat di Sumatera Barat sudah menjadi kontroversi diberbagai kalangan. Ada dua pandangan utama, yaitu pihak yang menganggap hak ulayat sebagai hak yang mandiri dan dipihak lain terdapat anggapan bahwa tanah ulayat perlu mendapat kepastian hukum dari hukum nasional.

Dari ketentuan tersebut di atas, dipahami bahwa jika tanah ulayat didaftarkan pada Kantor Pertanahan, maka statusnya diubah menjadi HGU, hak pakai, HPL, hak milik. HGU, hak pakai, HPL dan hak milik merupakan status tanah yang dikenal dalam hukum pertanahan Indonesia.¹⁹⁶

HGU adalah hak untuk mengusahakan tanah yang dikuasai langsung oleh negara guna perusahaan pertanian, perkebunan, perikanan dan/atau peternakan . Bila tanah ulayat nagari didaftarkan pada Kantor Pertanahan dan pada pemegang haknya diberikan HGU, maka status hukum tanah ulayat nagari tersebut dapat dipastikan telah berubah menjadi tanah negara. Dalam hal ini, pemegang HGU tidak begitu

¹⁹⁶ Hengky Andora, "Pendaftaran Tanah Ulayat (Tinjauan Yuridis Atas Berlakunya Peraturan Daerah Provinsi Sumatera Barat No. 6 Tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat Dan Pemanfaatannya)", *Jurnal*, Risalah hukum Fakultas hukum Universitas Mulawarman, Vol. 1 No. 1, hlm. 66

leluasa memanfaatkan tanah yang dikuasainya. Peruntukannya dibatasi pada bidang pertanian, perkebunan, perikanan dan/atau peternakan. Pemanfaatannya pun juga dibatasi untuk jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) tahun dan dapat diperpanjang untuk jangka waktu paling lama 25 (dua puluh lima) tahun . Selain itu, pemegang HGU diwajibkan membayar uang pemasukan pada negara.¹⁹⁷

Hak pakai adalah hak untuk menggunakan dan/atau memungut hasil dari tanah negara, tanah hak milik atau tanah HPL . Artinya, hak pakai hanya dapat diberikan di atas tanah negara, tanah hak milik atau tanah HPL. Bila tanah ulayat didaftarkan, tentu status hukumnya berubah menjadi salah satu di antara 3 (tiga) jenis tanah tersebut. Kemungkinan terbesarnya, tanah ulayat itu berubah menjadi tanah negara. Hak pakai diberikan untuk jangka waktu paling lama 25 (dua puluh lima) tahun atau dapat diberikan jangka waktu yang tidak ditentukan selama tanahnya dipergunakan untuk keperluan tertentu.¹⁹⁸

HPL adalah hak menguasai negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan pada pemegangnya. Pemegang HPL dapat memberikan hak atas tanah pada pihak lain. Berdasarkan Pasal 67 ayat (1) Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN No. 9 tahun 1999 tentang Tata Cara Pemberian dan Pembatalan Hak Atas Tanah Negara dan Hak Pengelolaan, yang dapat menjadi pemegang HPL adalah: (1) Instansi Pemerintah termasuk Pemerintah Daerah; (2) BUMN; (3) BUMD; (4) PT. Persero; (5) Badan Otorita; (6) Badan-badan hukum Pemerintah

¹⁹⁷ ibid

¹⁹⁸ ibid

lainnya yang ditunjuk Pemerintah. Dalam praktiknya, terdapat berbagi jenis HPL, yakni: (a) HPL Pelabuhan, (b) HPL Otorita, (c) HPL Perumnas, (d) HPL Pemerintah Daerah, (e) HPL Transmigrasi, (f) HPL Instansi Pemerintah, dan (g) HPL Industri/pertanian/pariwisata/Perkeretaapian.¹⁹⁹

Hak milik adalah hak turun-temurun, terkuat dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atas tanah . Terkuat dan terpenuh maksudnya di sini adalah pemegang hak milik itu dapat berbuat apa saja terhadap miliknya itu, misalnya memakai/menguasainya sendiri maupun menjual, menyewakan, meminjamkan hak miliknya itu kepada pihak lain. Secara teoritis, hak milik dengan hak menguasai berbeda. Pemegang hak milik atas suatu benda pastilah pemilik dari benda tersebut sedangkan pemegang hak menguasai belum tentu pemilik dari benda itu . Bila dikaitkan dengan hak ulayat, maka hak ulayat termasuk ke dalam kategori hak menguasai. Karena hak ulayat merupakan kepunyaan bersama masyarakat hukum adat dimana penguasaannya dipimpin oleh Penguasa Adat.²⁰⁰

Beberapa konsekuensi bila tanah ulayat didaftarkan dengan status tanah menurut UUPA. Bila tanah nagari didaftarkan dengan status HGU dan Hak Pakai, maka akan menimbulkan konsekuensi, antara lain: (a) tanah yang diberikan HGU adalah tanah negara, sedangkan Hak Pakai dapat dari tanah negara, tanah milik maupun tanah Hak Pengelolaan; (b) soal batas waktu hak yang dapat diperpanjang dan dapat habis; pembayaran sejumlah uang dari pemanfaatan tanah ulayat; (c)

¹⁹⁹ Ibid, hlm. 67

²⁰⁰ ibid

laporan tertulis setiap akhir tahun; (d) tanah ulayat dapat dijadikan penjamin hutang; (e) dan dapat dialihkan melalui juga dapat dialihkan dengan cara jual beli, tukar menukar, penyertaan dalam modal, hibah, dan pewarisan. Demikian pula bila tanah ulayat rajo didaftarkan dengan status Hak Pakai. Sedangkan pendaftaran tanah ulayat suku dan tanah ulayat kaum menjadi hak milik menguatkan status “kepemilikan” tanah secara komunal. Tetapi seringkali persoalan kuatnya kepemilikan tanah secara komunal, atas nama penghulu dan Mamak Kepala Waris dimanfaatkan bagi kepentingan individu oknum penguasa adat. Praktik ini dicemaskan sebagai suatu upaya individualisasi hak komunal dibawah otoritas penghulu atau mamak kepala waris. Kekhawatiran ini cukup berasal sebab hukum nasional yang berwatak positivisme hukum mengutamakan hubungan hukum individu dalam banyak sektor. Hubungan hukum oleh masyarakat adat dengan pihak lain belum berkembang pesat dalam pengaturan hukum nasional.²⁰¹

Lahirnya Perda No.16 tahun 2008 tidak hanya semata ditujukan untuk melindungi eksistensi tanah ulayat di Sumatera Barat, namun juga hadir untuk kepentingan investasi dan pembangunan . Untuk itu, melalui Pasal 3 ayat (2), Perda No. 16 tahun 2008 membuka ruang bagi dimanfaatkannya tanah ulayat oleh pihak lain dengan kaedah “*adat diisi limbago dituang*” melalui musyawarah mufakat .

Secara eksplisit, Perda No.16 tahun 2008 menyatakan bahwa pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan Badan Hukum dan perorangan dapat dilakukan

²⁰¹ <http://yancearizona.wordpress.com/2008/11/12/perda-tanah-ulyat-sumatera-barat/>, Akses 10 Juli 2012

berdasarkan surat perjanjian pengusahaan dan pengelolaan tanah ulayat dalam jangka waktu tertentu dalam bentuk penyertaan modal, bagi hasil dan/atau bentuk lain yang disepakati . Kemudian, Perda No. 16 tahun 2008 juga memungkinkan investor memanfaatkan tanah ulayat dengan mengikutsertakan penguasa dan pemilik tanah ulayat sebagai pemegang saham, bagi hasil dan dengan cara lain dalam jangka waktu yang telah ditentukan dalam perjanjian. Apabila perjanjian penyerahan hak penguasaan dan/atau hak milik untuk pengusahaan dan pengelolaan tanah yang diperjanjikan berakhir, maka status pengusahaan dan/atau kepemilikan tanah kembali ke bentuk semula.²⁰²

Pemanfaatan tanah ulayat oleh pihak lain tersebut, dimungkinkan tidak hanya berdasarkan perjanjian saja. Perda No. 16 tahun 2008 juga memberi peluang untuk didaftarkannya tanah ulayat tersebut dengan hak-hak tertentu . Jikalau tanah ulayat didaftarkan, niscaya mekanismenya harus sesuai dengan ketentuan Pasal 8 Perda No.16 tahun 2008. Bila dilaksanakan, status hukum tanah ulayat akan berubah. Sebab, dalam hukum tanah Indonesia tidak ada pemberian HGU, HGB, dan hak pakai di atas tanah ulayat.

Selanjutnya, Pasal 14 ayat (1) Perda No.16 tahun 2008 mengatur bahwa bila perjanjian tanah ulayat yang terdaftar tersebut berakhir, maka pengaturan pemanfaatan tanah selanjutnya dilaksanakan oleh Pemerintah Kabupaten/Kota untuk diserahkan kepada penguasa dan/atau pemilik tanah ulayat semula. Bila perjanjian berakhir, mengapa tanah ulayat tersebut tidak langsung diserahkan pada masyarakat

²⁰² Hengky Andora, "PENDAFTARAN TANAH ULAYAT...", Op.Cit, hlm. 68

hukum adat dan harus melalui perantara Pemerintah Kabupaten/ Kota? Tidak mungkin ketentuan ini dibuat tanpa ada pertimbangan tertentu yang melatarbelakanginya.

Mekanisme pendaftaran tanah ulayat yang diatur oleh Perda No.16 tahun 2008 berimplikasi terhadap berubahnya status hukum tanah ulayat. Kondisi ini jelas bertolak belakang dengan asas utama tanah ulayat sebagaimana diusung oleh Pasal 2 ayat (1) Perda No.16 tahun 2008, yaitu *jua ndak dimakan bali, gadai ndak makan sando* . Hal ini merupakan kerugian besar bagi keberlangsungan tanah ulayat di Sumatera Barat.²⁰³

Di samping itu, pengaturan pemanfaatan maupun pendaftaran tanah ulayat tersebut, ditenggarai dapat pula memicu konflik antara Pemerintah Nagari dengan KAN. Dalam Perda Provinsi No.2 tahun 2007 tentang Pemerintahan Nagari dinyatakan bahwa tanah ulayat nagari merupakan harta kekayaan nagari. Pengaturan pemanfaatan dan pengelolaan harta kekayaan nagari dilaksanakan oleh Pemerintah Nagari berdasarkan peraturan nagari . Lebih lanjut, Pasal 17 ayat (2) menyebutkan, sebelum peraturan nagari untuk mengatur pemanfaatan dan pengelolaan harta kekayaan nagari ditetapkan, Pemerintah Nagari melakukan konsultasi/koordinasi dengan KAN. Jadi yang bertindak mengatur dan mengelola tanah ulayat nagari adalah Pemerintah Nagari, sedangkan KAN merupakan mitra dari Pemerintah Nagari, yaitu sebatas lembaga konsultasi/koordinasi. Berbeda dengan Perda No. 2 tahun 2007, Perda No.16 tahun 2008 menyatakan bahwa penguasa dan pemilik tanah ulayat

²⁰³ Ibid, hlm. 69

nagari adalah Ninik Mamak KAN . Pengaturan dari dua Perda ini saling “tabrak” dan bertolak belakang.²⁰⁴

Dalam rangka menjamin eksistensi tanah ulayat, pemetaan tanah ulayat merupakan keniscayaan. Penentuan batas-batas tanah ulayat tidak cukup hanya berdasarkan “peta ingatan” dari penguasa-penguasa adat. Perlu kejelasan siapa pemilik/penguasa tanah ulayat beserta dengan batas-batas yang melingkupinya. Ketidakjelasan tersebut, cenderung akan menjadi sumber konflik dan menjadi “bom waktu” yang siap meledak di kemudian hari.²⁰⁵

Ada beberapa solusi yang bisa ditawarkan dalam memetakan tanah ulayat. *Pertama*, tetap menempuh mekanisme sebagaimana diatur oleh Peraturan Menteri Negara Agraria/ Kepala BPN No. 5 tahun 1999. *Kedua*, mendaftarkan tanah ulayat kepada Kantor Pertanahan dengan cara membukukan bidang tanah ulayat dalam daftar tanah sesuai dengan mekanisme pendaftaran tanah negara sebagaimana diatur oleh Pasal 9 ayat (2) PP No. 24 tahun 1997.²⁰⁶

Pendaftaran tanah ulayat sebagaimana diatur oleh Perda No. 16 tahun 2008 pada hakekatnya mengancam eksistensi tanah ulayat di Sumatera Barat. Terlihat tidak ada korelasi antara tujuan dengan substansi pengaturannya dalam Perda No. 16 tahun 2008. Tanah ulayat bukan merupakan “momok” untuk masuknya investasi jikalau keberadaan tanah ulayat diakui dan dihormati eksistensinya. Merupakan suatu realitas bahwa HGU, HGB dan hak pakai yang notabene adalah pintu masuknya investasi

²⁰⁴ Ibid, hlm 70

²⁰⁵ ibid

²⁰⁶ Ibid, 71

tidak bisa diberikan di atas tanah ulayat. Perlu kiranya Pemerintah Provinsi Sumatera Barat bersama Pemerintah Kabupaten/Kota maupun BPN melakukan langkah progresif dengan menyatakan bahwa HGU, HGB dan hak pakai dapat diberikan di atas tanah ulayat. Disadari hal ini merupakan penyimpangan dari ketentuan UUPA, namun demi menjaga keberadaan tanah ulayat dan masuknya investasi tidak ada salahnya langkah ini dilakukan. Sebetulnya, penyimpangan ketentuan UUPA secara sadar telah terjadi di Sumatera Barat. Dari hasil penelitian Kurnia Warman²⁰⁷, hak *ganggam bauntuak* tidak lantas menjadi hak pakai sebagaimana dirumuskan UUPA, tapi ia cenderung menjadi hak milik. Penyimpangan tersebut secara formil dibenarkan oleh BPN dengan terbitnya sertifikat hak milik.²⁰⁸

Melihat rumusan di dalam Perda TUP, terutama pada bagian pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan pihak lain, seperti kepentingan pembangunan dan investasi, terlihat bahwa rumusan yang diatur belum mencerminkan penerapan konsep FPIC²⁰⁹. Ketentuan Pasal 9 sampai Pasal 11 Perda TUP yang menjadi landasan dari sisi hukum negara dalam pemanfaatan tanah ulayat memiliki beberapa

²⁰⁷ Kurniawarman, Rachmadi, *Hak ulayat ...*, Loc.cit

²⁰⁸ Ibid, hlm 7

²⁰⁹ Free and Prior Informed Consent (selanjutnya disingkat FPIC) semula digunakan untuk melindungi kepentingan pasien di rumah sakit yang semestinya mengetahui setiap proses dan jenis pengobatan yang akan dilaluinya secara pribadi (sebagai perlindungan hak individual pasien). Kemudian konsep ini diadopsi oleh sejumlah ketentuan hukum Hak Asasi Manusia internasional dan lembaga internasional multipihak. Dalam konsep FPIC terdapat empat unsur penting yang berlaku secara kumulatif. Keempat prinsip itu dapat diartikan sebagai berikut: Free : berkaitan dengan keadaan bebas tanpa paksaan. Artinya kesepakatan hanya mungkin dilakukan di atas berbagai pilihan masyarakat. Prior : artinya sebelum proyek atau kegiatan tertentu diijinkan pemerintah, terlebih dahulu harus mendapat ijin dari masyarakat. Informed : artinya informasi yang terbuka dan seluas-luasnya mengenai proyek yang akan dijalankan baik sebab maupun akibatnya. Consent : artinya persetujuan diberikan oleh masyarakat sendiri. Lihat Bernadinus Steny, *Free and Prior Informed Consent Dalam Pergulatan Hukum Lokal*, Seri Pengembangan Wacana, No. 5 Oktober 2005, HuMa, Jakarta. Hlm 6

kelemahan, diantaranya: Belum memasukkan pentingnya informasi yang berimbang tentang dampak-dampak yang akan didapat masyarakat akibat suatu program pembangunan dan investasi.

Pemanfaatan tanah ulayat untuk kepentingan umum dilakukan dengan penyerahan tanah kepada instansi yang memerlukan. Tidak diatur bahwa masyarakat dapat menolak pelaksanaan program kepentingan umum versi pemerintah bila senyatanya program tersebut bukan merupakan hal yang penting bagi masyarakat. Tidak diatur bahwa masyarakat bebas memberikan keputusan terhadap program pembangunan dan investasi yang dilakukan terhadap tanah ulayat. Tidak ditegaskan bahwa masyarakat dapat memperoleh sejumlah ganti rugi atas penggunaan lahan yang tidak menguntungkan masyarakat. Tidak dirumuskan pengarusutamaan masyarakat dalam pemanfaatan tanah ulayat, misalkan dengan mensyaratkan pola pembangunan ekonomi nagari yang dapat dilakukan lewat badan usaha nagari atau bentuk lain.²¹⁰

²¹⁰ <http://yancearizona.wordpress.com/2008/11/12/perda-tanah-ulyat-sumatera-barat/>, Akses 10 Juli 2012

BAB IV

**PERAN PEMERINTAH DAERAH DI BIDANG PERTANAHAN DALAM
PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK ULAYAT MASYARAKAT
HUKUM ADAT DI ERA OTONOMI DAERAH**

A. Otonomi Daerah

Sesuai dengan amanat konstitusi Republik Indonesia, Pemerintah Daerah berwenang untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan Pemerintahan menurut asas desentralisasi²¹¹, tugas pembantuan²¹², dan dekonsentrasi²¹³ sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Pemberian otonomi luas kepada daerah diarahkan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan dan peran serta masyarakat. Di samping itu melalui otonomi luas, daerah diharapkan mampu meningkatkan daya saing dengan memperhatikan prinsip demokrasi, pemerataan, keadilan, keistimewaan dan kekhususan serta potensi dan keanekaragaman daerah dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Kata kunci dari otonomi daerah adalah “kewenangan”. Seberapa besarkah “kewenangan” yang dimiliki oleh daerah didalam menginisiatifkan kebijaksanaan,

²¹¹ Desentralisasi adalah penyerahan wewenang Pemerintahan oleh Pemerintah kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan Pemerintahan dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pasal 1 ayat (7) Undang – Undang Nomor 32 Tahun 2004

²¹² Tugas pembantuan adalah penugasan dari Pemerintah kepada daerah dan/atau desa dari Pemerintah provinsi kepada kabupaten/kota dan/atau desa serta dari Pemerintah kabupaten/kota kepada desa untuk melaksanakan tugas tertentu. Pasal 1 ayat (9) Undang – Undang Nomor 32 Tahun 2004

²¹³ Dekonsentrasi adalah pelimpahan wewenang Pemerintahan oleh Pemerintah kepada Gubernur sebagai wakil Pemerintah dan/atau kepada instansi vertikal di wilayah tertentu. Pasa! 1 ayat (8) Undang – Undang Nomor 32 Tahun 2004

mengimplementasikannya, dan memobilisasi dukungan sumber daya untuk kepentingan implementasi. Dengan kewenangannya maka daerah akan menjadi kreatif untuk menciptakan kelebihan dan insentif kegiatan ekonomi dan pembangunan daerah. Dengan kewenangan dan kreatifitas maka akan dapat meningkatkan pendapatan keuangan daerah.²¹⁴

Menurut S.H. Sarundajang, hakikat otonomi daerah ini adalah:²¹⁵

1. Otonomi adalah hak mengurus rumah tangga sendiri bagi suatu daerah otonom.
2. Otonomi merupakan suatu kebebasan menjalankan hak mengurus dan mengatur rumah tangga sendiri, akan tetapi daerah tidak dapat menjalankan hak dan wewenang otonominya itu di luar batas wilayah daerahnya.
3. Otonomi tidak boleh mencampuri hak mengatur dan mengurus rumah tangga daerah lain sesuai dengan wewenang pangkal dan urusan yang diserahkan kepadanya. dan,
4. Otonomi tidak membawahi otonomi lain, hak mengatur dan mengurus rumah tangga sendiri tidak merupakan subordinasi hak mengatur dan mengurus rumah tangga daerah lain.

Di dalam otonomi hubungan kewenangan antara Pusat dan Daerah, tidak dapat dengan cara pembagian urusan penyelenggaraan Pemerintahan atau cara menentukan urusan rumah tangga daerah. Penentuan ini akan mencerminkan suatu bentuk otonomi terbatas atau luas. Digolongkan sebagai otonomi terbatas apabila: *Pertama*, urusan-urusan rumah tangga daerah ditentukan secara kategoris dan pengembangannya diatur dengan cara-cara tertentu. *Kedua*, apabila supervisi dan pengawasan dilakukan sedemikian rupa, sehingga daerah otonom kehilangan

²¹⁴ Syaukani HR, Afan Gaffar, dan M Ryaas Rasyid, *Otonomi Daerah Dalam Rangka Negara Kesatuan*, Ctk. ketiga Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2002, hal x

²¹⁵ S.H. Sarundajang, *Arus Balik Kekuasaan Pusat ke Daerah*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2000, hlm. 34.

kemandirian untuk menentukan secara bebas mengatur dan mengurus rumah tangga daerahnya. *Ketiga*, sistem hubungan keuangan antara Pusat dan Daerah yang menimbulkan hal-hal seperti keterbatasan kemampuan keuangan yang akan membatasi ruang gerak Otonomi Daerah.²¹⁶

Sedangkan otonomi luas adalah semua urusan Pemerintahan pada dasarnya menjadi urusan rumah tangga daerah, kecuali yang di tentukan sebagai urusan Pusat. Dalam negara modern, apabila dikaitkan dengan paham negara kesejahteraan, urusan Pemerintahan tidak dapat dikenali jumlahnya.²¹⁷ Begitu juga dengan prinsip otonomi yang dianut Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah menyebutkan dalam penjeiasannya angka (1) penjelasan umum, bahwa:

“Prinsip otonomi daerah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam arti daerah diberikan kewenangan mengurus dan mengatur semua urusan Pemerintahan di luar yang menjadi urusan Pemerintah yang ditetapkan dalam undang-undang ini. Daerah memiliki kewenangan membuat kebijakan daerah untuk memberi pelayanan, peningkatan peranserta, prakarsa, dan pemberdayaan masyarakat yang bertujuan pada peningkatan kesejahteraan rakyat.”

Otonomi daerah jika dilihat dari sudut wilayahnya, maka penyelenggaraannya ditentukan dalam batas-batas wilayahnya yang ditentukan Pemerintah Pusat. Dilihat dari substansi (materi) penyelenggaraan daerah, menyangkut tatanan yang berkaitan dengan cara pembagian wewenang, tugas dan tanggung jawab untuk mengatur dan mengurus urusan Pemerintahan antara pusat dan daerah.

²¹⁶ Bagir Manan, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, ctk.pertama Sinar Harapan. Jakarta. hlm. 37.

²¹⁷ Ibid

Dalam tataran yuridis, definisi otonomi daerah dapat ditemukan dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Otonomi daerah menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 Tentang Pemerintahan Daerah adalah hak, wewenang dan kewajiban daerah untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sedangkan menurut Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999, Otonomi daerah adalah kewenangan daerah otonom untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Selanjutnya dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dalam Pasal 1 Ayat 5 mendefinisikan otonomi daerah sebagai hak, wewenang dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan Pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Menurut I. Nyoman Sumaryadi otonomi daerah pada hakikatnya adalah:²¹⁸

1. Mengurus rumah tangga sendiri bagi suatu daerah otonom. Hak tersebut bersumber dari wewenang pangkal dan urusan-urusan Pemerintah (pusat) yang diserahkan kepada daerah. Istilah sendiri dalam hak mengatur dan mengurus rumah tangga merupakan inti keotonomian suatu daerah; penetapan kebijaksanaan sendiri, pelaksanaan sendiri, serta pembiayaan dan pertanggungjawaban daerah sendiri, maka hak itu dikembalikan kepada pihak yang memberi, dan berubah kembali menjadi urusan Pemerintah (pusat).
2. Dalam kebebasan menjalankan hak mengurus dan mengatur rumah tangga sendiri, daerah tidak dapat menjalankan hak dan wewenang otonominya itu diluar batas wilayah daerahnya.

²¹⁸ I. Nyoman Sumaryadi, *Efektifitas Implementasi Kebijakan Otonomi Daerah*, Citra Utama, Jakarta, 2005, hlm. 39.

3. Daerah tidak boleh mencampuri hak mengatur dan mengurus rumah tangga daerah lain sesuai dengan wewenang pangkal dan urusan yang diserahkan kepadanya.

Dari beberapa konsep di atas, otonomi daerah jelas menunjuk pada kemandirian daerah, dimana daerah diberikan kewenangan untuk mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri tanpa atau mengupayakan seminimal mungkin adanya campur tangan atau intervensi pihak lain atau Pemerintah Pusat dan Pemerintah dibawahnya (Pemerintah Provinsi).

Dalam Undang – Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah disebutkan bahwa prinsip otonomi daerah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya dan prinsip otonomi yang nyata dan bertanggung jawab, yang dimaksud dengan otonomi seluas-luasnya dalam arti daerah diberikan kewenangan mengurus dan mengatur semua urusan Pemerintahan di luar yang menjadi urusan Pemerintah. Prinsip otonomi yang nyata adalah suatu prinsip bahwa urusan Pemerintahan dilaksanakan berdasarkan tugas, wewenang, dan kewajiban yang senyatanya telah ada dan berpotensi untuk tumbuh, hidup dan berkembang sesuai dengan potensi dan kekhasan daerah. Otonomi yang bertanggung jawab adalah otonomi yang dalam penyelenggaraannya harus benar-benar sejalan dengan tujuan dan maksud pemberian otonomi, yakni memberdayakan daerah dan meningkatkan kesejahteraan.²¹⁹

Menurut Hari Sabarno, melalui otonomi daerah yang luas, nyata, dan bertanggung jawab tersebut, negara (Pemerintah Pusat) memberikan peranan kepada

²¹⁹ Lili Romli, *Potret... op. cit.*, hlm. 22.

daerah untuk mengaktualisasikan dirinya dalam prinsip Pemerintahan yang baik sesuai dengan situasi dan kondisi daerah.²²⁰

Konsekuensi dari otonomi ini adalah, memungkinkan daerah bebas untuk berimprovisasi, mengekspresikan dan mengapresiasi kemampuan dan potensi yang dimiliki, mempunyai kebebasan berpikir dan bertindak, sehingga bisa berkarya sesuai dengan kebebasan daerah masing-masing.²²¹

Otonomi daerah merupakan wujud kehidupan demokrasi dalam konteks penyelenggaraan negara kesatuan (*eenheidstaat*). Otonomi daerah merupakan wadah kehidupan demokrasi. Rakyat melalui para wakil mereka (DPRD), turut serta dalam penyelenggaraan Pemerintahan, berdasarkan otonomi daerah yang dibangun dalam sistem Pemerintahan desentralisasi. Rakyat mengatur rumah tangga mereka sendiri dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah.

Suatu negara kesatuan baru merupakan wujud Pemerintahan demokrasi tatkala otonomi daerah dijalankan secara efektif guna pemberdayaan kemaslahatan rakyat, mencakupi kewenangan *zelfwetgeving* (Perda-Perda) yang mengakomodir kepentingan rakyat banyak dan penyelenggaraan Pemerintahan (*zelfbestuur*) yang diemban secara demokrasi. Porsi otonomi daerah tidak cukup dalam wujud otonomi yang luas dan bertanggungjawab, tetapi harus diwujudkan dalam format otonomi yang seluas-luasnya. Adanya pandangan yang tidak menyetujui istilah otonomi daerah yang seluas-luasnya

²²⁰ Hari Sabarno, *Memandu Otonomi Daerah Menjaga Kesatuan Bangsa*, ctk.pertama. Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm. 19

²²¹ Jimly Asshiddiqie, "Otonomi Daerah dan Peluang Investasi", Disampaikan dalam Government Conference, yang diadakan di Jakarta, 29-30 September 2000, hlm. 1. dikutip dari <http://www.kmc.com>, Tanggal 6 Agustus 2008.

dikhawatirkan konsep otonomi seluas-luasnya berkonotasi membangun *image* bakal munculnya ide negara bagian dalam negara federasi (*federal state*).

Hal tersebut menurut Laica Marzuki tidak beralasan, karena dengan mewujudkan otonomi daerah yang seluas-luasnya rakyat cenderung menahan diri membayangkan negara federal. Otonomi daerah yang seluas-luasnya tidak lain dari wujud negara bagian federal dalam format daerah otonom, kecuali antara lain beberapa kewenangan yang perlu dirumuskan secara limitatif. Konsep otonomi daerah yang seluas-luasnya merupakan salah satu upaya membendung ide negara federasi.²²²

Kajian terkait dengan otonomi daerah, tidak lepas dari kajian tentang konsep dan teori desentralisasi. Terdapat hubungan yang saling menentukan dan bergantung antara desentralisasi dan otonomi daerah. Desentralisasilah yang melandasi suatu daerah dapat dikatakan otonom. Otonomi daerah tidak akan ada, jika tidak ada desentralisasi. Sebaliknya desentralisasi tanpa otonomi daerah akan menimbulkan kesulitan dalam pelaksanaan Pemerintahan dan pelaksanaan pembangunan di daerah. Tanpa desentralisasi, daerah tidak akan mempunyai otonomi. Otonomi daerah tidak akan ada dalam konteks organisasi negara, bila teori desentralisasi tidak dijadikan dasar pijakan. Dari hal tersebut dapat disimpulkan bahwa teori desentralisasi menjadi dasar pijakan otonomi daerah.²²³

Dalam perkembangannya, sistem desentralisasi menjadi pilihan utama dalam penyelenggaraan Pemerintahan. Pilihan ini didasarkan pada adanya beberapa

²²² M. Laica Marzuki, *Berjalan.. op. cit.*, hlm 163.

²²³ I. Nyoman Sumaryadi, *Efektifitas... op. cit.*, hlm. 23.

keuntungan dan kebaikan desentralisasi itu sendiri. Menurut Kaho, beberapa keuntungan yang diperoleh dengan dianutnya sistem desentralisasi, yaitu:²²⁴

1. Mengurangi bertumpuknya pekerjaan di pusat Pemerintahan.
2. Dalam menghadapi masalah yang amat mendesak yang membutuhkan tindakan yang cepat, daerah tidak perlu menunggu instruksi lagi dari Pemerintah Pusat.
3. Dapat mengurangi birokrasi dalam arti yang buruk karena setiap keputusan dapat segera dilaksanakan.
4. Dalam sistem desentralisasi dapat diadakan pembedaan (diferensiasi) dan pengkhususan (spesialisasi) yang berguna bagi kepentingan tertentu. Khususnya desentralisasi teritorial, dapat lebih mudah menyesuaikan diri kepada kebutuhan/keperluan dan keadaan khusus daerah.
5. Dengan adanya desentralisasi teritorial, daerah otonom dapat merupakan semacam laboratorium dalam hal-hal yang berhubungan dengan Pemerintahan, yang dapat bermanfaat bagi seluruh negara. Hal-hal yang ternyata baik, dapat diterapkan di seluruh wilayah negara, sedangkan yang kurang baik, dapat dibatasi pada suatu daerah tertentu saja dan oleh karena itu dapat lebih mudah ditiadakan.
6. Mengurangi kemungkinan kesewenang-wenangan dari Pemerintah Pusat.
7. Dari segi psikologis, desentralisasi dapat lebih memberikan kepuasan bagi daerah-daerah karena sifatnya yang lebih langsung.

Disebutkan dalam penjelasan umum angka 3 Undang-Undang Nomor 32

Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, bahwa:

“Penyelenggaraan desentralisasi mensyaratkan adanya pembagian urusan Pemerintahan antara Pemerintah dengan daerah otonom. Pembagian urusan Pemerintahan tersebut didasarkan pada pemikiran bahwa selalu terdapat berbagai urusan Pemerintahan yang sepenuhnya dan/atau tetap menjadi kewenangan Pemerintah. Urusan Pemerintahan tersebut menyangkut terjaminnya kelangsungan hidup bangsa dan negara secara keseluruhan”.

Adapun pengertian dari Pemerintahan Daerah ini menurut UU No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah adalah sebagai berikut:

²²⁴ Josef Riwu Kaho, *Prospek Otonomi Daerah di Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, 1988, hlm. 13.

“Pemerintahan Daerah adalah penyelenggaraan urusan Pemerintah oleh Pemerintah Daerah dan DPRD menurut asas otonomi dan tugas pembantuan dengan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam sistem dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia tahun 1945”

Baik secara konseptual maupun hukum, pasal-pasal baru terkait Pemerintahan Daerah dalam UUD memuat berbagai paradigma baru dan arah politik Pemerintahan Daerah yang baru pula. Hal-hal tersebut tampak dari prinsip-prinsip dan ketentuan-ketentuan berikut.²²⁵

1. *Prinsip daerah mengatur dan mengurus sendiri urusan Pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan* (Pasal 18 ayat [2]). Ketentuan ini menegaskan bahwa Pemerintahan Daerah adalah suatu Pemerintahan otonom dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dalam Pemerintahan Daerah hanya ada Pemerintahan otonomi (termaksud tugas pembantuan). Prinsip baru dalam pasal 18 (baru) lebih sesuai dengan gagasan daerah membentuk Pemerintahan Daerah sebagai satuan Pemerintahan mandiri di daerah yang demokratis. Tidak ada lagi unsur Pemerintahan sentralisasi dalam Pemerintahan Daerah Gubernur, Bupati, Walikota semata-mata sebagai penyelenggara otonomi di Daerah.
2. *Prinsip menjalankan otonomi seluas-luasnya* (Pasal 18 ayat [5]). Meskipun secara historis UUD 1945 menghendaki otonomi seluas-luasnya, tetapi karena tidak dicantumkan, maka yang terjadi adalah penyempitan otonomi daerah menuju Pemerintahan sentralistik. Untuk menegaskan kesepakatan yang telah ada pada saat penyusunan UUD 1945 dan menghindari pengebirian otonomi menuju sentralisasi, maka sangat tepat, Pasal 18 (baru) menegaskan pelaksanaan otonomi seluas-luasnya. Daerah berhak mengatur dan mengurus segala urusan atau fungsi Pemerintahan yang oleh undang-undang tidak ditentukan sebagai yang diselenggarakan Pusat.
3. *Prinsip kekhususan dan keragaman daerah* (Pasal 18 A ayat [1]). Prinsip ini mengandung makna bahwa bentuk dan isi otonomi daerah tidak harus seragam (uniformitas). Bentuk dan isi otonomi daerah ditentukan oleh berbagai keadaan khusus dan keragaman setiap daerah.
4. *Prinsip mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya* (Pasal 18 B ayat [2]). Yang dimaksud masyarakat

²²⁵ Ni“matul Huda. *Otonomi Daerah... op. cit.*, hlm 20-23.

hukum adat adalah masyarakat hukum (*rectsgemeenschap*) yang berdasarkan hukum adat atau adat istiadat, seperti *desa, marga, nagari, kampong, meunasah, huta, negirij* dan lain-lain. Masyarakat hukum adalah kesatuan masyarakat-bersifat teritorial atau genealogis-yang memiliki kekayaan sendiri, memiliki warga yang dapat dibedakan dengan warga masyarakat hukum lain dan dapat bertindak ke dalam atau ke luar sebagai satu kesatuan hukum (subjek hukum) yang mandiri dan memerintah diri mereka sendiri. Kesatuan-kesatuan masyarakat hukum ini tidak hanya diakui tetapi dihormati, artinya mempunyai hak hidup yang sederajat dan sama pentingnya dengan kesatuan Pemerintahan lain, seperti kabupaten dan kota. Pengakuan dan penghormatan itu diberikan sepanjang masyarakat hukum dan hak-hak tradisional masih nyata ada dan berfungsi (hidup), dan sesuai dengan prinsip-prinsip negara kesatuan. Pembatasan ini perlu, untuk mencegah tuntutan seolah-olah suatu masyarakat hukum masih ada sedangkan kenyataan telah sama sekali berubah atau hapus, antara lain karena terserap pada satuan Pemerintahan lainnya. Juga harus tunduk pada prinsip negara kesatuan.

5. *Prinsip mengakui dan menghormati Pemerintahan Daerah yang bersifat khusus dan istimewa* (Pasal 18 B ayat [1]). Ketentuan ini mendukung keberadaan berbagai satuan Pemerintahan bersifat khusus atau istimewa (baik di tingkat provinsi, kabupaten dan kota, atau desa).
6. *Prinsip badan perwakilan dipilih langsung dalam suatu pemilihan umum* (Pasal 18 ayat [3]). Hal ini telah terealisasi dalam pemilihan umum anggota DPRD tahun 2004. Gubernur, Bupati dan Walikota masing-masing sebagai kepala Pemerintahan Daerah Provinsi, Kabupaten, dan Kota dipilih secara demokratis.
7. *Prinsip hubungan Pusat dan Daerah dilaksanakan secara selaras dan adil* (Pasal 18 A ayat [2]). Prinsip ini diterjemahkan dalam UU No. 32 tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah, dengan menyatakan bahwa hubungan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya alam, dan sumber daya lainnya, yang dilaksanakan secara adil dan selaras (Pasal 2 ayat [5] dan [6]).

Karena tidak mungkinnya seluruh persoalan yang ada di daerah dapat diselesaikan oleh Pemerintah Pusat maka segala permasalahan yang ada di daerah di distribusikan kepada Pemerintahan Lokal untuk dapat dilaksanakan sesuai perintah

Pemerintah Pusat. Di dalam negara yang berbentuk kesatuan yang hanya mengenal satu negara saja, pada umumnya terdapat Pemerintahan Lokal yang dibentuk bertingkat-tingkat dan jarang ditemukan Pemerintahan Lokal dimana Pemerintahan Pusat yang mengurus seluruh warganya, hal tersebut terkecuali Negara Monaco yang mempunyai wilayah sempit dan penduduk sedikit pula. Seluruh negara yang berbentuk kesatuan hampir semua Pemerintahannya mempunyai Pemerintahan yang bertingkat-tingkat dari tingkat yang paling atas, dimana Pemerintahan Lokal yang paling atas wilayahnya meliputi beberapa Pemerintahan Lokal setingkat di bawahnya sampai ketingkat yang paling rendah, dan untuk mempermudah pelaksanaan tugas Pemerintahan Lokal yang satu dengan yang lain, perlu adanya pembagian batas wilayah agar tidak mengakibatkan kekacauan tentang batas-batas kewenangan antara sesama Pemerintahan Lokal yang satu dengan yang lainnya.²²⁶

B. Pelimpahan Kewenangan di Bidang Pertanahan Kepada Pemerintah Daerah

Penyelenggaraan Pemerintahan dibagi berdasarkan kriteria eksternalisasi, akuntabilitas, dan efisiensi dengan memperhatikan keserasian hubungan antara susunan Pemerintahan. Pelaksanaan hubungan kewenangan antara Pemerintah dan Pemerintah Daerah Provinsi, Kabupaten dan Kota atau antar Pemerintahan Daerah yang saling terkait, tergantung, dan sinergis sebagai satu sistem Pemerintahan. Urusan Pemerintahan yang diserahkan kepada daerah disertai dengan sumber

²²⁶ Harsono, *Hukum Tata Negara Pemerintahan Lokal Dari Masa Ke Masa*, Liberty, Yogyakarta, 1992, him 1

pendanaan, pengalihan sarana dan prasarana, serta kepegawaian sesuai dengan urusan yang didesentralisasikan.²²⁷

Urusan Pemerintah yang menjadi kewenangan Pemerintah Daerah dibedakan atas urusan wajib dan urusan pilihan. Urusan wajib yang menjadi kewenangan Pemerintahan Daerah provinsi merupakan urusan dalam skala provinsi. Urusan Pemerintahan provinsi yang bersifat pilihan meliputi urusan Pemerintahan yang secara nyata ada dan berpotensi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan kondisi, kekhasan, dan potensi unggulan daerah yang bersangkutan. Urusan wajib yang menjadi kewenangan daerah kabupaten/kota merupakan urusan dalam skala kabupaten/kota. Urusan Pemerintahan kabupaten/kota yang bersifat pilihan meliputi urusan Pemerintah yang secara nyata ada dan berpotensi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan kondisi, kekhasan, dan potensi daerah yang bersangkutan. Urusan Pemerintahan tersebut antara lain, pertambangan, perikanan, pertanian, perkebunan, kehutanan, pariwisata.²²⁸

Hal tersebut memperoleh materi muatan dalam Pasal 18 ayat (5) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan pemerintah pusat.

Dalam konteks agraria, ketentuan ini setidaknya menimbulkan ketidakjelasan apabila dikaitkan dengan Pasal 33 UUD 1945 yang merupakan sandaran UUPA.

²²⁷ Ni"matul Huda, *Pengawasan Pusat Terhadap Daerah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah*, FH-UII Press, Yogyakarta, 2007, hlm 76

²²⁸ Ibid, hlm 77

Dalam pasal tersebut tidak disebutkan tentang kemungkinan penyerahan bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya kepada pemerintah daerah, tetapi justru harus dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Secara tegas dinyatakan bahwa bidang tersebut harus dikuasai oleh negara demi terciptanya kemakmuran rakyat.²²⁹

Sebagaimana ditegaskan dalam Penjelasan Pasal 2 UUPA berdasarkan kewenangan-kewenangan yang terdapat dalam hukum tanah nasional, ternyata bahwa pembentukan hukum tanah nasional maupun pelaksanaannya menurut sifat dan pada dasarnya merupakan kewenangan pemerintah pusat.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah menyebutkan dalam Pasal 13 dan Pasal 14 tentang bidang-bidang yang menjadi kewenangan pemerintah daerah yang antara lain pelayanan pemerintah.

Pelaksanaan yang dilimpahkan kepada daerah dalam kerangka otonomi daerah adalah pelaksanaan hukum tanah nasional. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 2 ayat (4) UUPA bahwa hak menguasai negara, pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan peraturan pemerintah. Sementara itu, dalam penjelasan Pasal 2 UUPA disebutkan bahwa dengan demikian, pelimpahan wewenang untuk melaksanakan hak penguasaan dari negara atas tanah itu dilakukan dalam rangka tugas pembantuan (*medebewid*).²³⁰

²²⁹ Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan...*, *Op.Cit.*, hlm. 111

²³⁰ *Ibid*, hlm 112

Kewenangan yang pelaksanaannya dapat dilimpahkan kepada pemerintah daerah ditetapkan dalam Pasal 2 ayat (2) huruf a UUPA, yaitu mengatur dan menyelenggarakan peruntukan penggunaan, persediaan tanah di daerah yang bersangkutan, sebagaimana yang dimaksudkan dalam Pasal 14 ayat (2) UUPA yang meliputi perencanaan tanah pertanian dan non pertanian sesuai dengan keadaan daerah masing-masing.²³¹

C. Kewenangan Pemerintah di Bidang Pertanahan dalam Otonomi Daerah

Otonomi daerah, Desentralisasi, Dekonsentrasi, dan tugas pembantuan, merupakan sejumlah istilah yang cukup populer pada awal tahun 2000. Istilah tersebut telah merubah konsep administrasi pemerintahan yang lebih memberdayakan partisipasi lokal menyebabkan terjadinya pola pergeseran kekuasaan pemerintahan. Istilah tersebut juga telah memperoleh materi muatannya dalam Undang-Undang Dasar 1945, khususnya pasal yang mengatur tentang pemerintahan daerah.²³²

Undang-Undang nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 menyebutkan dalam Pasal 13 dan Pasal 14 tentang bidang-bidang yang menjadi kewenangan pemerintah daerah yang antara lain pelayanan pertanahan.²³³

Pelaksanaan yang dilimpahkan kepada daerah dalam rangka otonomi daerah adalah pelaksanaan hukum tanah nasional. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 2 ayat (4)

²³¹ Ibid, hlm 113

²³² Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan...*, Op.Cit., hlm 109

²³³ ibid

UUPA bahwa hak menguasai negara, pelaksanaannya dapat kepada daerah-daerah swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan peraturan pemerintah. Sementara itu, dalam penjelasan UUPA disebutkan bahwa dengan demikian, pelimpahan wewenang untuk melaksanakan hak penguasaan dari negara atas tanah itu dilakukan dalam rangka tugas pembantuan atau *medebewind*.²³⁴

1. Wewenang pemerintah pusat

Berdasarkan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 2 Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 Tentang Pembagian Urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota disebutkan bahwa urusan pemerintahan terdiri atas urusan pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan pemerintah dan urusan pemerintahan yang dibagi bersama antar tingkatan dan/atau susunan pemerintahan.

Kewenangan pemerintah pusat di bidang pertanahan meliputi izin lokasi, pengadaan tanah untuk kepentingan umum, penyelesaian sengketa tanah garapan, penyelesaian masalah ganti rugi dan santunan tanah untuk pembangunan, penetapan subjek dan objek redistribusi tanah, serta ganti kerugian tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee, penetapan tanah ulayat, pemanfaatan dan penyelesaian masalah tanah kosong, izin membuka tanah dan perencanaan penggunaan tanah wilayah kabupaten/kota.²³⁵

²³⁴ Ibid. hlm. 113

²³⁵ Winahyu erwiningsih, *Hak Menguasai...*, *Op.Cit*, hlm. 228.

Berikut beberapa kewenangan pemerintah pusat di bidang pertanahan.²³⁶

1. Kewenangan dalam hal izin lokasi meliputi : penetapan kebijakn nasional mengenai norma, standar, prosedur, dan kriteria izin lokasi; pemberian izin lokasi lintas provinsi; pembatalan izin lokasi atas usulan Pemerintah Provinsi dengan pertimbangan kepala kantor wilayah BPN provinsi; pembinaan, pengendalian dan monitoring terhadap pelaksanaan izin lokasi.
2. Pengadaan tanah untuk kepentingan umum: penetapan kebijakan nasional mengenai norma, standar, prosedur, dan kriteria pengadaan tanah untuk kepentingan umum; pengadaan tanah untuk pembangunan lintas provinsi; pembinaan, pengendalian, dan monitoring terhadap pelaksanaan pengadaan tanah untuk kepentingan umum.
3. Penetapan tanah ulayat: menetapkan kebijakan nasional mengenai norma, standar, prosedur, dan kriteria penetapan dan penyelesaian masalah tanah ulayat; serta melakukan pembinaan, pengendalian, dan monitoring terhadap pelaksanaan penetapan dan penyelesaian masalah tanah ulayat.
4. Pemanfaatan dan penyelesaian masalah tanah kosong meliputi penetapan kebijakan nasional mengenai norma, standar, prosedur dan kriteria serta pelaksanaan pembinaan dan pngendalian pemanfaatan dan penyelesaian masalah tanah kosong.

²³⁶ *Ibid* hlm. 289

2. Wewenang Pemerintah Provinsi

Gubernur di samping sebagai kepala daerah provinsi berfungsi pula selaku wakil pemerintah di daerah dalam pengertian untuk menjembatani dan memperpendek rentang kendali pelaksanaan tugas dan fungsi pemerintah termasuk dalam pembinaan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan urusan pemerintahan pada strata pemerintahan kabupaten dan kota.²³⁷

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan daerah mempertegas kewenangan gubernur agar fungsi sebagai kepala daerah otonom dan wakil pemerintah pusat dapat berjalan secara efektif. Jika pemerintah pusat memiliki yang bersifat standar, norma, dan pedoman nasional, maka provinsi memiliki kewenangan yang bersifat lintas kabupaten/kota dan koordinasi penyelenggaraan kewenangan di wilayah provinsi itu. Sementara itu, kabupaten/kota memiliki kewenangan mengatur dan mengurus dalam bidang kewenangan yang dimiliki berdasarkan standar dan norma dari pusat dan dari provinsi.²³⁸

Berdasarkan Pasal 6 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian urusan Pemerintahan Antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, dan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota, pemerintahan daerah provinsi mengatur dan mengurus urusan pemerintahan yang berdasarkan kriteria pembagian urusan pemerintahan urusan wajib dan urusan pilihan. Urusan wajib yang berkaitan dengan pelayanan dasar meliputi: pendidikan, kesehatan, lingkungan

²³⁷ Arie Sukanti hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan*, Op.cit., hlm. 149

²³⁸ Ibid hlm. 150

hidup, pekerjaan umum, penataan ruang, perencanaan pembangunan, perumahan, kepemudaan dan olahraga, penanaman modal, koperasi dan usaha kecil menengah; kependudukan dan catatan sipil; ketenagakerjaan; ketahanan pangan; pemberdayaan perempuan dan perlindungan anak; keluarga berencana dan keluarga sejahtera; perhubungan; komunikasi dan informatika; pertanahan; kesatuan bangsa dan politik dalam negeri; otonomi daerah, pemerintahan umum, administrasi, keuangan daerah, perangkat daerah, kepegawaian, dan persandian; pemberdayaan masyarakat dan desa; sosial; kebudayaan; statistik; kearsipan; perpustakaan.²³⁹

Urusan pilihan merupakan urusan pemerintahan yang secara nyata ada dan berpotensi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan kondisi, kekhasan, dan potensi, unggulan daerah yang bersangkutan. Urusan pilihan itu meliputi : kelautan dan perikanan; pertanian; kehutanan; energi dan sumber daya mineral; pariwisata; industri; perdagangan; ketransmigrasian.²⁴⁰

Kewenangan Provinsi sebagai daerah otonom di bidang pertanahan meliputi: izin lokasi; pengadaan tanah untuk kepentingan umum; penyelesaian sengketa tanah garapan; penyelesaian masalah ganti kerugian dan santunan tanah untuk pembangunan; penetapan subjek dan objek redistribusi tanah, serta ganti kerugian tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee; penetapan tanah ulayat lintas kabupaten/kota; pemanfaatan dan penyelesaian masalah tanah kosong; izin membuka tanah; perencanaan penggunaan tanah wilayah kabupaten/kota.

²³⁹ ibid

²⁴⁰ Ibid hlm 152

3. Kewenangan Pemerintah Kabupaten/Kota

Pembagian kewenangan pemerintahan antara pemerintah, pemerintah provinsi dan pemerintah kabupaten/kota merupakan persoalan krusial dalam penyelenggaraan otonomi daerah. Pembagian urusan tersebut yang belum tuntas dalam beberapa tahun terakhir sejak bergulirnya era otonomi daerah memisahkan wilayah abu-abu yang kerap memicu ketidakharmonisan hubungan antara pemerintah provinsi, dan pemerintah kabupaten/kota.²⁴¹

Permasalahan ini telah dicoba diatasi dengan diterbitkannya Peraturan Pemerintah Nomor 25 Tahun 2000 tentang Kewenangan Pemerintah dan Kewenangan Pemerintah dan Kewenangan Provinsi sebagai Daerah Otonom. Namun, tetap tidak berjalan dengan efektif khususnya mengenai kewenangan bidang pertanahan yang merupakan salah satu bidang yang paling penting dan strategis. Untuk mengatasi masalah ini, pemerintah pada tanggal 9 Juli 2007 menerbitkan Peraturan Pemerintah nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintahan Daerah Provinsi, Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota.²⁴²

Penyelenggaraan desentralisasi mensyaratkan pembagian urusan pemerintahan antara pemerintah dengan pemerintahan daerah. Urusan pemerintahan terdiri dari urusan pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan pemerintah dan urusan pemerintahan yang yang dikelola secara bersama antar tingkatan dan

²⁴¹ Ibid hlm 157

²⁴² Ibid

susunan pemerintahan atau konkuren. Urusan pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan pemerintah adalah yang sepenuhnya menjadi kewenangan pemerintah adalah urusan dalam bidang politik luar negeri, pertanahan, keamanan, moneter dan fiskal nasional, yustisi, dan agama. Urusan pemerintahan yang dapat dikelola secara bersama antartingkatan dan susunan pemerintahan atau konkuren adalah urusan-urusan pemerintahan selain urusan pemerintahan yang sepenuhnya menjadi urusan pemerintah. Dengan demikian, dalam setiap bidang urusan pemerintahan yang bersifat konkuren senantiasa terdapat bagian urusan yang menjadi kewenangan pemerintah, pemerintahan daerah propinsi, dan pemerintahan daerah kabupaten/kota.²⁴³

Kewenangan bidang pertanahan oleh pemerintah kabupaten/kota yang termuat dalam lampiran Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Propinsi dan Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota meliputi kewenangan dalam hal izin lokasi, pengadaan tanah untuk kepentingan umum, penyelesaian sengketa tanah garapan, penyelesaian masalah ganti rugi dan santunan tanah untuk pembangunan, penetapan subjek dan objek redistribusi tanah, serta ganti kerugian tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee, **penetapan tanah ulayat**, pemanfaatan dan penyelesaian masalah tanah kosong, izin membuka tanah, perencanaan penggunaan tanah wilayah Kabupaten/Kota. Kewenangan dalam izin lokasi meliputi: penerimaan permohonan dan pemeriksaan kelengkapan persyaratan; kompilasi

²⁴³ Ibid hlm. 158

bahan koordinasi; pelaksanaan rapat koordinasi; pelaksanaan peninjauan lokasi; penyiapan berita acara koordinasi berdasarkan pertimbangan teknis pertanahan dari kantor pertanahan kabupaten/kota dan pertimbangan teknis lainnya dari instansi terkait; pembuatan peta lokasi sebagai lampiran surat keputusan izin lokasi yang diterbitkan; penerbitan surat keputusan izin lokasi; pertimbangan dan usulan pencabutan izin dan pembatalan surat keputusan izin lokasi dengan pertimbangan kepala kantor pertanahan kabupaten/kota; monitoring dan pembinaan perolehan tanah.²⁴⁴

Dalam hal pengadaan tanah untuk kepentingan umum, pemerintah kabupaten/kota mempunyai kewenangan untuk menetapkan lokasi, membentuk panitia pengadaan tanah sesuai dengan peraturan perundang-undangan, melaksanakan penyuluhan, melaksanakan inventarisasi, membentuk tim penilai tanah, menerima hasil penaksiran nilai tanah dari lembaga/tim penilai tanah, melaksanakan musyawarah, menetapkan bentuk dan besarnya ganti kerugian, melaksanakan pemberian ganti kerugian, menyelesaikan sengketa bentuk dan besarnya ganti kerugian dan melaksanakan pelepasan hak dan penyerahan tanah di hadapan kepala kantor pertanahan kabupaten/kota. Untuk menyelesaikan masalah tanah garapan, pemerintah kabupaten/kota berwenang untuk menerima dan mengkaji laporan pengaduan sengketa tanah garapan, melakukan penelitian terhadap objek dan subjek sengketa, mencegah meluasnya dampak sengketa tanah garapan, melakukan koordinasi dengan kantor pertanahan untuk menetapkan langkah-langkah penanganannya, serta

²⁴⁴ Winahyu erwiningsih, *Hak Menguasai Negara Atas Tanah*, Op.Cit. hlm 230

memfasilitasi musyawarah antar pihak yang bersengketa untuk mendapatkan kesepakatan para pihak.²⁴⁵

Pemerintah kabupaten/kota dalam menyelesaikan masalah ganti kerugian dan santunan tanah untuk pembangunan berwenang untuk membentuk tim pengawasan pengendalian, dan menyelesaikan masalah ganti kerugian dan santunan tanah untuk pembangunan. Kewenangan dalam dalam penetapan subjek dan objek redistribusi tanah, serta ganti kerugian tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee yakni pembentukan panitia pertimbangan *landreform* dan *secretariat* panitia, pelaksanaan sidang yang membahas hasil inventarisasi untuk penetapan subjek dan objek redistribusi tanah, serta ganti kerugian tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee, pembuatan hasil sidang dalam berita acara, penetapan tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee sebagai objek *landreform* berdasarkan hasil sidang panitia, penetapan para penerima redistribusi tanah kelebihan maksimum dan tanah absentee berdasarkan hasil sidang panitia dan penerbitan surat keputusan subjek dan objek redistribusi tanah serta ganti kerugian.²⁴⁶

Dalam penetapan tanah ulayat, pemerintah kabupaten/kota berwenang untuk membentuk panitia peneliti, meneliti dan melakukan kompilasi hasil penelitian, melaksanakan dengar pendapat umum dalam rangka penetapan tanah ulayat, mengusulkan rancangan peraturan daerah tentang penetapan tanah ulayat, mengusulkan pemetaan dan pencatatan tanah ulayat dalam daftar tanah kepada kantor

²⁴⁵ Ibid hlm. 231

²⁴⁶ Ibid hlm 232

pertanahan kabupaten/kota, serta melakukan penanganan masalah tanah ulayat melalui musyawarah dan mufakat. Pemerintah kabupaten/kota dalam hal memanfaatkan dan menyelesaikan masalah tanah kosong mempunyai wewenang untuk menginventarisasi dan mengidentifikasi tanah kosong untuk pemanfaatan tanaman pangan semusim, menetapkan bidang-bidang tanah sebagai tanah kosong yang dapat digunakan untuk tanaman pangan semusim bersama dengan pihak lain berdasarkan perjanjian, menetapkan pihak-pihak yang memerlukan tanah untuk tanaman pangan semusim dengan mengutamakan masyarakat setempat, memfasilitasi perjanjian kerjasama antara pemegang hak tanah dengan pihak yang akan memanfaatkan tanah dihadapan/diketahui oleh kepala desa/lurah dan camat setempat dengan perjanjian untuk dua kali musim tanam dan menangani masalah yang timbul dalam pemanfaatan tanah kosong jika salah satu pihak tidak memenuhi kewajiban dalam perjanjian.²⁴⁷

Untuk keperluan izin membuka tanah, kewenangan pemerintah kabupaten/kota antara lain penerimaan dan pemeriksaan permohonan, pemeriksaan lapangan dengan memperhatikan kemampuan tanah, status tanah dan rencana umum tata ruang wilayah (RTRW) kabupaten/kota, penerbitan izin membuka tanah dengan memperhatikan pertimbangan teknis dari kantor pertanahan kabupaten/kota, serta pengawasan dan pengendalian penggunaan izin membuka tanah (tugas pembantuan).

Perencanaan penggunaan tanah wilayah kabupaten/kota, pemerintahan kabupaten/kota berwenang untuk membentuk tim koordinasi tingkat kabupaten/kota; melakukan kompilasi data dan informasi yang terdiri: (a) peta pola penatagunaan

²⁴⁷ Ibid

tanah atau peta wilayah tanah usaha atau peta persediaan tanah dari kantor pertanahan setempat, (b) rencana tata ruang wilayah, (c) rencana pembangunan yang akan menggunakan tanah baik rencana pemerintah, pemerintah kabupaten/kota, maupun investasi swasta; melakukan analisis kelayakan letak lokasi sesuai dengan ketentuan dan kriteria teknis dari instansi terkait; menyiapkan draf rencana letak kegiatan penggunaan tanah; melaksanakan rapat koordinasi terhadap draf rencana letak kegiatan penggunaan tanah dengan instansi terkait; melakukan konsultasi publik untuk memperoleh masukan terhadap draf rencana letak kegiatan penggunaan tanah; menyusun draf final rencana letak kegiatan penggunaan tanah; menetapkan rencana letak kegiatan penggunaan tanah dalam bentuk peta dan penjelasannya dengan keputusan bupati/walikota; melaksanakan sosialisasi tentang rencana letak kegiatan penggunaan tanah kepada instansi terkait, dan melakukan evaluasi dan penyesuaian rencana letak kegiatan penggunaan tanah berdasarkan perubahan RTRW dan perkembangan realisasi pembangunan.²⁴⁸

D. Peran Pemerintah Daerah dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak ulayat Masyarakat Hukum Adat di Era Otonomi Daerah

Kewenangan pemerintah daerah di bidang pertanahan diatur dalam Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2007 tentang Pembagian urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintah Propinsi dan Pemerintah Daerah/kota. Dalam Peraturan pemerintah tersebut kewenangan yang diberikan kepada pemerintah daerah baik

²⁴⁸ Ibid hlm. 233

propinsi maupun kabupaten/kota dalam hal tanah ulayat adalah penetapan tanah ulayat, penetapan ini dilakukan melalui peraturan daerah.

Pemerintah daerah sebagai penyelenggara negara yang berada di daerah memiliki wewenang untuk membuat regulasi dari daerahnya yang dikenal dengan Peraturan Daerah, hal ini sebagai penyelenggaraan asas otonomi dan tugas pembantuan. Pelaksanaan asas otonomi dan tugas pembantuan tersebut adalah demi efisiensi, efektifitas dan kelancaran penyelenggaraan pemerintahan di daerah dalam kerangka negara kesatuan.

Peraturan daerah tersebut harus memenuhi batasan-batasan kewenangan yang telah ditentukan dan keterikatan-keterikatan dalam hubungannya dengan pemerintah pusat. Batas-batas kewenangan dan keterikatan dalam hubungannya dengan pemerintah pusat diwujudkan dalam bentuk pengawasan. Pengawasan penyelenggaraan pemerintah di daerah dikenal ada tiga macam yaitu:²⁴⁹

- a. Pengawasan preventif
- b. Pengawasan represif
- c. Pengawasan umum

Pengawasan preventif adalah peraturan daerah mengenai hal-hal tertentu, baru berlaku sesudah ada pengesahan pejabat yang berwenang, sedangkan pengawasan represif adalah pembatalan atau penangguhan tentang pelaksanaan suatu peraturan perundang-undangan atau peraturan daerah tingkat atasnya.

²⁴⁹ Misdyanti dan Kartasapoetra, *Fungsi Pemerintah Daerah Dalam Pembuatan Peraturan Daerah*, Bumi Aksara, Jakarta, 1993, hlm. 29

Pemerintahan daerah provinsi merupakan wujud dari asas dekonsentrasi, gubernur di samping kepala daerah di provinsi berfungsi pula selaku wakil pemerintah pusat di daerah dalam pengertian menjembatani dan memperpendek rentang kendali pelaksanaan tugas dan fungsi pemerintah termasuk dalam pembinaan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan urusan pemerintah pada strata pemerintahan kabupaten dan kota. Kewenangan gubernur tersebut bertujuan untuk pemberdayaan pemerintahan lokal, bukan sebaliknya untuk melakukan sentralisasi kekuasaan pemerintah lokal. Maka terbuka keseimbangan antara kepentingan yang bersifat nasional kepentingan regional dan kepentingan yang bersifat lokal.

Berdasarkan Pasal 6 Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2007 pemerintahan daerah provinsi mengatur dan mengurus urusan pemerintahan yang berdasarkan kriteria pembagian urusan wajib dan urusan pilihan. Dalam hal penetapan tanah ulayat, pemerintah provinsi mempunyai kewenangan sebagai berikut:²⁵⁰

1. Pembentukan panitia peneliti lintas kabupaten/kota.
2. Penelitian dan kompilasi hasil penelitian.
3. Pelaksanaan dengar pendapat umum dalam rangka penetapan tanah ulayat.
4. Pengusulan rancangan peraturan daerah propinsi tentang penetapan tanah ulayat.
5. Penanganan masalah tanah ulayat melalui musyawarah dan mufakat.

²⁵⁰ Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan...., Op.Cit*, hlm. 155

Pemerintah kabupaten/kota merupakan wujud dari asas desentralisasi, sesuai dengan amanat Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, pemerintahan daerah menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya, kecuali urusan pemerintahan yang menjadi urusan pemerintah. Dalam menyelenggarakan urusan pemerintah yang menjadi kewenangan daerah tersebut, pemerintahan daerah yang menjalankan otonomi seluas-luasnya untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan berdasarkan asas otonomi dan tugas pembantuan.

Kewenangan pemerintah daerah kabupaten/kota dalam hal penetapan hak ulayat adalah sebagai berikut:²⁵¹

1. Pembentukan panitia peneliti.
2. Penelitian dan kompilasi hasil penelitian.
3. Pelaksanaan dengar pendapat umum dalam rangka penetapan tanah ulayat.
4. Pengusulan rancangan peraturan daerah tentang penetapan tanah ulayat.
5. Pengusulan pemetaan dan pencatatan tanah ulayat dalam daftar tanah kepada kantor pertanahan kabupaten/kota.
6. Penanganan masalah tanah ulayat melalui musyawarah dan mufakat.

Menurut penulis, kewenangan yang diberikan kepada pemerintahan daerah baik provinsi maupun kabupaten/kota adalah sama-sama membuat suatu peraturan daerah sebagai bentuk penetapan tanah ulayat, yang perlu menjadi perhatian adalah peraturan daerah ini merupakan salah satu cara pemerintah daerah untuk

²⁵¹ Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan...*, *Op.Cit*, hlm. 165

menghilangkan hak bawaan dari masyarakat hukum adat yang berada di daerah dan mengutamakan hak berian, karena penetapan tanah ulayat merupakan pemberian dari pemerintah daerah untuk menetapkan keberadaan tanah ulayat. Hal ini terjadi karena dalam otonomi yang dimaksud dalam UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah adalah pelimpahan wewenang dan itu berarti hak berian. Sementara yang dimaksud otonomi dalam konteks masyarakat hukum adat adalah hak bawaan. Menurut Emil Ola Kleden²⁵², sifat dari hak ini adalah melekat²⁵³ dan tidak dapat dipisahkan namun dapat dibedakan²⁵⁴.

Dalam hal hierarki peraturan perundang-undangan, peraturan daerah tentang penetapan hak ulayat tidak mempunyai dasar dari undang-undang tetapi dasarnya hanya dari peraturan pemerintah yaitu PP No. 38 Tahun 2007, hal ini bisa saja dibatalkan oleh Mahkamah Agung karena dasar hukum pembentukannya secara hierarki masih belum memenuhi syarat. Akan tetapi, dengan adanya peraturan daerah ini diharapkan mampu menghidupkan kembali keberagaman dan kearifan lokal yang ada pada masyarakat hukum adat di daerah, dengan adanya peraturan daerah ini hak

²⁵² Emil Ola Kleden dalam Rafael Edy Bosko, *Hak-Hak Masyarakat Adat Dalam Konteks Pengelolaan Sumber Daya Alam*, ELSAM, Jakarta, 2006, hlm. 208

²⁵³ Melekat artinya hak tersebut lahir dari suatu dinamika internal suatu komunitas masyarakat hukum adat yang mencakup bidang sosial-budaya, politik, hukum, dan ekonomi mereka. Wujud dari dinamika internal tersebut adalah adanya kelembagaan dan tata aturan yang lahir dari interaksi sesama mereka maupun interaksi dengan masyarakat lain dan juga dengan alam lingkungannya. Oleh karena itu maka hak tersebut tidak dapat dipisahkan dari komunitas masyarakat hukum adat. Lihat Rafael Edy Bosko, *Hak-Hak Masyarakat...*, Ibid, hlm. 209

²⁵⁴ Tidak dapat dipisahkan namun dapat dibedakan artinya yaitu kaitan antara hak yang satu dengan hak yang lain adalah saling mengandalkan keberadaannya. Artinya, dengan menghilangkan salah satu hak saja, maka akan hilang pula seluruh hak yang lain, dan demikian berakhirlah identitas mereka sebagai komunitas masyarakat hukum adat. Lihat Rafael Edy Bosko, *Ibid*, hlm. 209

ulayat masyarakat hukum adat mendapatkan pengakuan secara yuridis dari pemerintah daerah.

Pendapat penulis selaras dengan pendapat Husen Alting, yang menyatakan bahwa penetapan masyarakat hukum adat melalui peraturan daerah tidak terlepas dari masalah legitimasi hierarki peraturan perundang-undangan, dan dalam hal ini dapat di lihat dari beberapa segi yaitu:²⁵⁵

- a. Jika dianggap bahwa daerah yang lebih memahami kondisi masyarakatnya, maka beralasan hak ulayat cukup diatur dalam Peraturan Daerah.
- b. Jika dilihat dari segi hukum perundang-undangan, maka pengaturan hak ulayat dalam bentuk peraturan daerah sangat melemahkan legitimasi atas eksistensi hak ulayat itu sendiri, karena (1) hukum adat termasuk hak ulayat merupakan hukum dasar dari sistem hukum agraria (Pasal 5 UUPA), (2) hukum adat dan hak ulayat merupakan hak asasi manusia yang bersifat universal (Pasal 28I UUD 1945 jo. Pasal 6 UU No. 39 Tahun 1999); (3) hak ulayat perlu diatur dalam undang-undang (Pasal 18B ayat (2) UUD 1945). Dengan demikian, sudah sepantasnya jika hak ulayat masyarakat hukum adat sebagai hak konstitusional perlu diatur lebih lanjut dalam undang-undang.

Keberadaan masyarakat hukum adat di daerah jangan dijadikan sebagai penghambat kebijakan-kabijakan di daerah, masyarakat hukum adat sebenarnya memberikan kontribusi besar di daerah dan mendukung program pemerintah yang penting jangan rampas hak-hak mereka. Penulis pernah melakukan penelitian di propinsi Sulawesi Barat tepatnya pada masyarakat suku Mandar yang berada di Desa Adolang Kecamatan Pamboang Kabupaten Majene. Masyarakat hukum adat di desa tersebut memiliki lembaga adat yang dipimpin oleh *Pappuangan* (ketua adat suku Mandar di Desa Adolang) yang selalu mendukung dan sering membantu

²⁵⁵ Husen Alting, *Dinamika ...*, Op.Cit, hlm. 71

menyelesaikan konflik-konflik pertanahan dan perbatasan antar kecamatan dan kabupaten walaupun keberadaan mereka secara *de facto* mendapatkan pengakuan akan tetapi secara *de jure* mereka tidak diakui karena pemerintah setempat belum mengeluarkan peraturan daerah tentang penetapan tanah ulayat di desa tersebut.

Peranan pemerintah dalam membuat peraturan yang bisa memberikan pengakuan dan perlindungan tanpa harus menghilangkan hukum-hukum yang hidup dan berlaku di masyarakat hukum adat menjadi sangat rentan akan ketidakharmonisan, karena harus ada kepastian hukum atas penetapan hak ulayat namun hal ini bisa saja menghilangkan hak bawaan masyarakat hukum adat. Oleh karena itu, dengan adanya Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2007, pemerintah daerah diharapkan mampu merancang kebijakan yang adil dan tetap menghormati hak bawaan atau hak asal masyarakat hukum adat atas tanah ulayatnya. Dengan demikian, hal yang harus menjadi pusat perhatian dan kebijakan pertanahan adalah kemampuannya untuk memenuhi keadilan bagi seluruh masyarakat di dalam upaya perolehan dan pemanfaatan tanah sebagai kebutuhan esensial.

Dalam rangka penyerahan kewenangan pertanahan pada pemerintah kabupaten/kota, perlu kiranya dipahami makna politik pertanahan lokal dan administrasi yang dikendalikan oleh pemerintah kabupaten/kota. Secara garis besar, politik pertanahan lokal berkaitan dengan kebijakan pemerintah lokal dalam rangka penataan tata guna tanah bagi peri kehidupan sosial maupun ekonomi guna memenuhi interaksi antar individu di daerah. Pengaturan ini meliputi pembentukan

zona ekonomi, alokasi tanah untuk kepentingan sosial, penetapan instrumen kebijakan pertanahan, pengawasan terhadap harga pasar tanah dan pencadangan terhadap tanah. Kewenangan pemerintah kabupaten/kota terhadap tata guna tanah tersebut dalam rangka perencanaan ke depan agar secara sosial maupun ekonomis dapat bertahan menghadapi ancaman-ancaman ke depan.

PP No. 38 Tahun 2007 tersebut hanya mengatur hak ulayat dalam hal penetapan tanah ulayat, bagaimana dengan air, hutan, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya? hak ulayat bukan hanya tanahnya saja akan tetapi menyangkut juga dengan air, hutan, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya.

Dalam pengelolaan sumber daya air, Pemerintah dan atau pemerintah daerah mengakui keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat sepanjang dalam kenyataannya masih ada, tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, peraturan perundang-undangan dan telah dikukuhkan dalam peraturan daerah. Jadi hak ulayat atas air diakui jika ada peraturan daerah yang mengaturnya.

Dalam pengelolaan hutan, UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan mengatur tentang hutan adat, akan tetapi hutan ini tetap dalam lingkup hutan negara. Jadi walaupun tanah ulayat sudah ditetapkan dalam peraturan daerah, hutan yang di miliki oleh masyarakat hukum adat sebagai hak ulayatnya tetap menjadi hutan negara. Jadi kewenangan dalam pengaturan pengelolaan hak ulayat atas hutan berada pada pemerintah pusat yaitu Departemen Kehutanan.

Dalam UU No. No. 4 Tahun 2009 Tentang Mineral dan Batu Bara, hak ulayat masyarakat hukum adat tidak mendapatkan tempat yang istimewa seperti pada UU Sumber Daya Air. Karena Mineral dan Batu Bara merupakan hak mutlak dari negara untuk memberikan izin kepada siapa saja yang ingin mengelola mineral dan batu bara. Pemerintah daerah yang berwenang memberikan izin hanya memberikan ganti rugi pada tanah-tanah yang terdapat mineral dan batu bara (Pasal 145) dan diberikan akses untuk melakukan usaha pertambangan di dalam Wilayah Pertambangan Rakyat. (Pasal 106).

Politik pertanahan ini tentu sepenuhnya harus dikendalikan oleh pemerintah kabupaten/kota agar problem alokasi sumber daya alam maupun sumber daya ekonomi dapat diwujudkan untuk kemaslahatan rakyat setempat. Pengaturan ini harus diintegrasikan dengan sistem lainnya pada pemerintah kabupaten/kota seperti sistem lokal, sistem perekonomian, sistem pendidikan, dan lainnya. Kewenangan semacam ini memang pada tempatnya diserahkan pada pemerintah kabupaten/kota mengingat kebijakan pemerintah pusat tidak mampu menjangkau setiap detail permasalahan tersebut.²⁵⁶

Memberdayakan masyarakat hukum adat bukan hanya merupakan melepaskan mereka dari kemiskinan dan keterbelakangan tetapi penguatan individu anggota masyarakat serta pranata-pranata yang dianut oleh anggota masyarakat setempat melalui pengakuan hukum dan kelembagaan sehingga keberadaannya dapat diakui dan dilindungi oleh negara. Apa yang terjadi dan menimpa masyarakat hukum

²⁵⁶ Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan....., Op.Cit*, Hlm. 169

adat saat ini, tidak lepas dari penyelewengan dari tanggung jawab sosial yang telah ditetapkan oleh hukum yang berlaku, dimana peran masyarakat hukum adat dan keberadaannya yang terabaikan padahal hukum yang berlaku secara tegas mengakui dan melindungi eksistensi hak-hak mereka sebagai warga negara.²⁵⁷

Berdasarkan jabaran tentang peraturan perundang-undangan tentang hak ulayat di atas, dapat dipahami bahwa Negara Indonesia secara normatif (bersamaan dengan perkembangan politik agraria) sudah mengakui dan melindungi hak ulayat, sebagaimana tersurat dalam UUD 1945, UU, PP, Peraturan Menteri, dan Peraturan Daerah. Hal ini mengindikasikan bahwa secara teoritik Indonesia sudah menjalankan fungsinya sebagai negara hukum. Secara terminologis, negara hukum merupakan suatu tertib masyarakat dan negara yang berdasarkan atas hukum, yang didalamnya terdapat keseimbangan antara kepentingan individu sebagai warga negara dengan kepentingan individu sebagai penguasa, serta semua komponen bangsa tersebut tunduk pada hukum yang berlaku.²⁵⁸

Dalam memberikan pengakuan dan perlindungan terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat, perlu adanya FPIC (*Free Prior Informed Consent*) seperti yang di usulkan oleh Yance Arizona dalam pembahasan Peraturan Daerah Propinsi Sumatera Barat No. 16 tahun 2008 Tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya.

Prinsip *Free Prior Informed Consent* (FPIC) adalah prinsip yang menegaskan adanya hak masyarakat adat untuk menentukan bentuk-bentuk kegiatan apa yang

²⁵⁷ Husen Alting, *Pengakuan...., Op.Cit*, hlm. 107

²⁵⁸ *Ibid*, hlm. 108

mereka inginkan pada wilayah mereka. Secara lebih rinci dapat dirumuskan sebagai: “hak masyarakat untuk mendapatkan informasi (*Informed*) sebelum (*Prior*) sebuah program atau proyek pembangunan dilaksanakan dalam wilayah mereka, dan berdasarkan informasi tersebut, mereka secara bebas tanpa tekanan (*Free*) menyatakan setuju (*consent*) atau menolak atau dengan kata lain sebuah hak masyarakat (adat) untuk memutuskan jenis kegiatan pembangunan macam apa yang mereka perbolehkan untuk berlangsung dalam wilayah adat mereka.” Itu berarti pengakuan terhadap hak masyarakat untuk mengatakan ‘Ya!’, atau ‘Tidak!’.²⁵⁹

Artinya, pihak atau orang luar, yang hendak masuk ke dalam wilayah-wilayah masyarakat hukum adat, harus berurusan dengan mereka sebagai pemilik yang sah, karena masyarakat dikaruniai dengan hak, dengan kewenangan yang jelas atas seluruh wilayah adat mereka. Itu berarti pula menghargai sistem pengambilan keputusan masyarakat adat dan menghormati tata aturan adat dalam menentukan perwakilannya. Itu berarti juga bahwa jika pihak atau orang luar mau masuk ke dalam wilayah-wilayah masyarakat adat mereka harus menjelaskan apa yang hendak mereka lakukan, dan berunding dengan masyarakat bersangkutan, mengingat bahwa masyarakat bisa setuju ataupun tidak setuju terhadap apa yang diusulkan.²⁶⁰

FPIC ini merupakan prinsip yang seharusnya mampu diterapkan dalam berbagai bentuk peraturan perundangan-undangan hak ulayat masyarakat hukum

²⁵⁹ Marcus Colchester, *Prinsip Free, Prior and Informed Consent*, Terjemahan dan Revisi Oleh : Y.L. Franky, Emil Kleden, Erasmus Cahyadi, Kasmita Widodo, Patrick Anderson, Edisi Revisi dari naskah asli: *Free Prior Informed Consent, Sebuah Panduan bagi Para Aktivistis*, FPP, AMAN, JKPP, 2006, hlm. 4

²⁶⁰ Ibid

adat, karena dengan keberadaan prinsip tersebut maka hak ulayat masyarakat hukum adat mendapatkan perlindungan oleh negara karena mereka diberikan partisipasi langsung mau menerima atau tidak menerima.

Keberadaan FPIC dalam peraturan daerah sangat diperlukan, selain untuk memberikan pengakuan dan perlindungan terhadap keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat, FPIC juga tidak akan secara langsung menghilangkan hak bawaan masyarakat hukum adat, karena masyarakat hukum adat diberikan hak untuk menolak atau menerima rencana pemanfaatan dan penggunaan Sumber Daya Alam yang berada di wilayah hak ulayat masyarakat hukum adat.

Peranan pemerintah daerah dalam pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat menjadi sangat penting, mengingat keberadaan peraturan daerah yang dibuatnya bisa saja menghilangkan hak bawaan dan bisa saja menguatkan hak bawaan masyarakat hukum adat.

Peranan pemerintah daerah terhadap pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat menjadi sangat sulit dilakukan karena selama ini, pengakuan dan perlindungan hak ulayat hanya sebatas keberadaan peraturan daerah dan itu hanya sebatas pengakuan belum tentu bentuk pengakuan tersebut dapat menjadi pelindung atas keberadaan hak ulayat.

Menurut penulis, keberadaan PP No. 38 Tahun 2007 dan Peraturan Kepala BPN RI No. 5 Tahun 1999 yang mengatur peranan pemerintah daerah dalam memberikan pengakuan sudah sangat tepat, akan tetapi hal ini hanya mempersempit

peran pemerintah daerah dalam memberikan perlindungan terhadap hak ulayat. Jadi, perlu adanya peraturan setara undang-undang yang mengatur lebih luas peranan pemerintah daerah terhadap keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat di daerah. Dalam undang-undang tersebut, perlu adanya instansi khusus yang mengatur tentang inventarisasi hak ulayat masyarakat hukum adat sehingga keberadaan mereka bisa terdata di pemerintahan daerah dan pemerintah daerah memberikan pelatihan untuk mengembangkan potensi sumber daya alam di atas hak ulayat dengan memaksimalkan potensi-potensi masyarakat hukum adat di daerah tersebut.

Masyarakat Baduy dapat dijadikan contoh konkrit oleh daerah-daerah lain, bagaimana di daerah tersebut, penghormatan pemerintah daerah terhadap keberadaan hak ulayat masyarakat baduy bukan hanya dituangkan dalam peraturan daerah, akan tetapi, pemerintah daerah mendukung dan berusaha mengembangkan serta melindungi potensi hutan di daerah hak ulayat masyarakat baduy dan tetap melestarikan hukum adat yang telah lama ada di lingkungan masyarakat baduy.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil kajian dalam bab-bab di atas, dapat diuraikan tentang kesimpulan, adapun kesimpulan dalam uraian diatas adalah sebagai berikut:

1. Perkembangan hak ulayat masyarakat dari segi pengaturan adalah sebagai berikut: di zaman Kolonial Belanda ada pemisahan antara pengakuan terhadap hukum adat dengan pengakuan terhadap peradilan adat dan keberadaan persekutuan hukum adat. Keberadaan persekutuan adat diatur dalam *De Inlandsche Gemeente Ordonantie* (IGO) yang diundang-undangkan pada tahun 1906 lewat stbl. 1906 No. 83, akan tetapi, pengakuan pemerintah Hindia Belanda pada persekutuan adat tidak berlaku pada pengakuan terhadap hak ulayatnya, karena adanya asas *Domein Verklaring*.
2. Di masa kemerdekaan dan UUPA, peraturan yang revolusioner dilakukan oleh pemerintah orde lama dengan membuat peraturan yang bersifat nasional dan menghapus asas *domein verklaring* serta memperkenalkan hak menguasai negara yang diatur dalam Pasal 33 UUD 1945 dan Pasal 2 UUPA. Hak ulayat diatur dalam Pasal 3 dan Pasal 5 UUPA dan terbatas

dalam eksistensi dan pelaksanaannya, hak ulayat mendapatkan pengakuan bersyarat dalam UUPA.

3. Di era Orde Baru, hak ulayat kurang mendapatkan perhatian, bahkan lebih sering hak ulayat menjadi hak menguasai negara dengan mengatasnamakan pembangunan untuk kepentingan nasional sehingga hak ulayat yang diatur dalam peraturan sektoral seperti UU No. 5 Tahun 1967 tentang Pokok-Pokok Kehutanan menjadi tidak ada artinya, karena hak ulayat hanya diakui tetapi tidak dilindungi. Bahkan dalam UU No. 11 Tahun 1967 tentang Pokok-Pokok Pertambangan tidak ada sama sekali menyinggung tentang hak ulayat masyarakat hukum adat.
4. Di era Otonomi Daerah, hak ulayat mendapatkan pengakuan yang bersyarat dalam UUD 1945, yaitu di Pasal 18 B dan hak ulayat juga merupakan hak asasi yang harus dilindungi sebagaimana diatur dalam Pasal 28 I UUD 1945. Dalam UU sektoral, hak ulayat juga mendapatkan pengakuan bersyarat juga dalam UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan dan UU No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, akan tetapi semua itu hanya sebatas pengakuan tidak mengatur tentang perlindungannya. Bahkan dalam UU No. 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batubara, hak ulayat masyarakat hukum adat tidak mendapatkan tempat yang istimewa, karena UU ini lebih mengutamakan Hak Menguasai Negara.

5. Perkembangan hak ulayat masyarakat hukum adat tidak terlepas dari politik pertanahan di Indonesia yang terjadi sejak zaman kolonial Belanda hingga era otonomi daerah. Hak ulayat masyarakat hukum adat sangat mengakui nilai komunalistik, namun yang terjadi dalam perkembangan pengaturan hak ulayat masyarakat hukum adat di Indonesia adalah adanya usaha pemerintah untuk merubah nilai komunal itu menjadi nilai individualistik, hal ini terjadi pada setiap peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh pemerintah terutama pada peraturan perundang-undangan yang bersifat sektoral.
6. Di era otonomi daerah, pengakuan masyarakat hukum adat dapat dilakukan melalui peraturan daerah. Akan tetapi, memposisikan hak masyarakat hukum adat melalui peraturan daerah tentu dapat menimbulkan beberapa masalah baik dalam hal keberadaan peraturan daerah itu maupun dalam hubungannya dengan keberadaan masyarakat hukum adat di daerah. Dalam hal keberadaan peraturan daerah, hierarki hak ulayat itu sangat rendah, hanya diatur dalam keputusan Kepala BPN No. 5 Tahun 1999 dan Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2007. Padahal sesuai amanah dari Pasal 18 B UUD 1945, hak-hak masyarakat hukum adat itu harus di undang-undangkan, hal ini juga akan membantu legitimasi Peraturan Daerah yang ada di daerah-daerah. Dari segi masyarakat hukum adat, peraturan daerah ini seharusnya benar-benar

harus melindungi hak ulayat masyarakat hukum adat, percuma saja mendapatkan pengakuan akan tetapi tidak mendapatkan perlindungan. Perlindungan dalam pengakuan itu merupakan implementasi dari adanya peraturan daerah itu sendiri, misalnya dalam Peraturan daerah Nomor 32 Tahun 2001 tentang perlindungan hak ulayat masyarakat Baduy dan peraturan daerah Propinsi Sumatera Barat Nomor 16 Tahun 2008 tentang Tanah Ulayat dan Pemanfaatannya.

7. Peran pemerintah di daerah dalam memberikan pengakuan melalui peraturan daerah harus juga disertai implementasinya yaitu dengan memberikan perlindungan terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat. Seperti dalam Perda di Baduy, pemerintah daerah sudah memberikan pengakuan akan tetapi dalam masih kurang dalam melakukan perlindungan terhadap hak ulayat tersebut, masih saja sering terjadi penyerobotan lahan yang merupakan hak ulayat masyarakat Baduy. Berbeda dengan dengan Perda tanah ulayat dan pemanfaatannya di Propinsi Sumatera Barat, perda ini merupakan perda yang kontroversi karena adanya pendaftaran tanah ulayat ke Badan Pertanahan Nasional padahal menurut Budi Harsono, Tanah ulayat tidak dapat di daftarkan karena masyarakat hukum adat bukan merupakan subyek hukum dalam pendaftaran tanah. Pendaftaran tanah ulayat sebagaimana diatur oleh Perda No. 16 tahun 2008 pada hakekatnya mengancam eksistensi tanah

ulayat di Sumatera Barat. Terlihat tidak ada korelasi antara tujuan dengan substansi pengaturannya dalam Perda No. 16 tahun 2008. Tanah ulayat bukan merupakan “momok” untuk masuknya investasi jikalau keberadaan tanah ulayat diakui dan dihormati eksistensinya. Merupakan suatu realitas bahwa HGU, HGB dan hak pakai yang notabene adalah pintu masuknya investasi tidak bisa diberikan di atas tanah ulayat. Perlu kiranya Pemerintah Provinsi Sumatera Barat bersama Pemerintah Kabupaten/Kota maupun BPN melakukan langkah progresif dengan menyatakan bahwa HGU, HGB dan hak pakai dapat diberikan di atas tanah ulayat, namun demi menjaga keberadaan tanah ulayat dan masuknya investasi tidak ada salahnya langkah ini dilakukan. Dari proses pendaftaran tanah ulayat tersebut, penyimpangan ketentuan UUPA secara sadar telah terjadi di Sumatera Barat.

8. Peranan pemerintah daerah dalam pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat menjadi sangat penting, mengingat keberadaan peraturan daerah yang dibuatnya bisa saja menghilangkan hak bawaan dan bisa saja menguatkan hak bawaan masyarakat hukum adat.

B. Saran

1. Dalam hal pembuatan peraturan daerah hak ulayat masyarakat hukum adat, pemerintah daerah harus bisa memahami dasar yuridis dan dasar sosiologis, agar peraturan itu mampu bertahan dan menjadi dasar untuk memberikan pengakuan dan perlindungan kepada masyarakat hukum adat.
2. Perkembangan pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat dari masa ke masa begitu banyak terjadi dinamika hukumnya, sehingga perlu adanya evaluasi yang dilakukan oleh pemerintah dan jangan melakukan kesalahan-kesalahan di masa lalu. Era otonomi daerah merupakan eranya masyarakat hukum adat untuk mendapatkan pengakuan dan perlindungan, oleh karena itu, pemerintah daerah yang di berikan kewenangan untuk membuat peraturan daerah, hendaknya memakai rumusan norma-norma kearifan lokal yang menjadi pedoman hidup bagi masyarakat hukum adat di daerah.
3. Perlu adanya Undang-Undang yang mengatur tentang Hak masyarakat hukum adat, ini sesuai dengan amanah Pasal 18 B UUD 1945. Hak masyarakat hukum adat juga merupakan hak asasi manusia yang dalam Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menyatakan bahwa hak asasi manusia merupakan materi muatan yang harus diatur dengan undang-undang.

4. Memasukkan FPIC (*Free Prior Informed Consent*) dalam peraturan hukum nasional maupun daerah merupakan salah satu kunci penting untuk tetap memproteksi hak ulayat masyarakat hukum adat atas suatu ancaman yang datang dari pihak lain. Dengan prinsip FPIC, masyarakat hukum adat berpartisipasi aktif dalam pengusahaan atas hak ulayatnya. Masyarakat hukum adat diberikan hak untuk menerima atau tidak terhadap kebijakan pemerintah terhadap pengusahaan peralihan hak ulayat.
5. Perlu adanya instansi khusus yang mengatur tentang inventarisasi hak ulayat masyarakat hukum adat sehingga keberadaan mereka bisa terdata di pemerintahan daerah dan perlu juga pemerintah daerah memberikan pelatihan untuk mengembangkan sumber daya alam di atas hak ulayat dengan memaksimalkan potensi-potensi masyarakat hukum adat di daerah tersebut.
6. Penyerahan kebijakan dalam urusan pengakuan dan perlindungan hak ulayat masyarakat hukum adat kepada pemerintah daerah harus didukung oleh politik anggaran. Menurut Rikardo Simarmata²⁶¹, Kurangnya dukungan pendanaan terhadap pengakuan hak ulayat masyarakat hukum adat disebabkan karena belum adanya dinas atau instansi di daerah yang salah satu tupoksinya adalah menyelenggarakan identifikasi keberadaan masyarakat hukum adat dan hak ulayatnya. Ketiadaan dana di APBD akan memustahilkan lahirnya kegiatan penetapan keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat. Hal ini terlihat hanya beberapa daerah yang memberikan penetapan melalui peraturan

²⁶¹ Rikardo Simarmata, *Pengakuan...*, Op.Cit., hlm. 367

daerah, itu pun terdapat di daerah- daerah yang memiliki APBD yang banyak dan mendapat desakan dari masyarakat hukum adat setempat.

7. Keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat seharusnya dimaknai sebagai sesuatu yang menjadi ciri khas dari keberagaman masyarakat asli di Indonesia yang harus dilindungi keberadaannya. Hak ulayat jangan dijadikan sebagai penghambat pembangunan di daerah, hak ulayat tersebut keberadaannya sudah ada sebelum negara ini merdeka dan sejak saat itu kerusakan lingkungan jarang terjadi. Perubahan hak ulayat menjadi pertambangan akan berdampak pada ekosistem sekitar tambang yang akan musnah. Hal ini yang harus menjadi pedoman pemerintah pusat maupun daerah untuk membatasi keberadaan korporasi-korporasi yang membutuhkan lahan yang kini tumbuh berkembang di daerah.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

- Abdul Aziz Hakim, *Negara Hukum Dan Demokrasi Di Indoensia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011
- Achmad Rubaie, *Hukum Pengadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*, Bayumedia Publishing, Bandung, 2007
- Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum: Sebuah Kajian Filosofis Dan Sosiologis*, Toko Agung, Jakarta, 2002
- Alvin S. Johnson, *Sosiologi Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, 2006
- Amrah Muslimin, *Aspek-aspek Otonomi Daerah*, Bandung: Alumni, 1986
- A.P Parlindungan, *Komentar Atas Undang-Undang Agraria*, Mandar Maju, Bandung, 1991
- Arie Sukanti Hutagalung dan Markus Gunawan, *Kewenangan Pemerintah di Bidang Pertanahan*, Rajawali Press, Jakarta, 2008
- Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*. Ctk.pertama, Pusat studi hukum Fakultas Hukum UII. Yogyakarta. 2001
- _____, *Hubungan Antara Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*, ctk.pertama, Sinar Harapan. Jakarta
- Bernadinus Steny, *Free and Prior Informed Consent Dalam Pergulatan Hukum Lokal*, Seri Pengembangan Wacana, HuMa, Jakarta, 2005
- Boedi Harsono. *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Djambatan, Jakarta, 2007
- Bushar Muhammad. *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2006
- Harsono, *Hukum Tata Negara Pemerintahan Lokal Dari Masa Kemasa*, Liberty, Yogyakarta, 1992
- Hari Sabarno, *Memandu Otonomi Daerah Menjaga Kesatuan Bangsa*, ctk.pertama. Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 2007

- Herman Bakir, *Filsafat Hukum, Desain dan Arsitektur Kesejarahan*, Refika Aditama, Bandung, 2009
- Husen Alting, *Dinamika Hukum dalam Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat Atas Tanah*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2011
- Ida Nurlinda, *Prinsip-Prinsip Pembaruan Agraria Perspektif Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009
- Ifdhal Kasim dan Johannes da Masenus Arus, *Hak Ekonomi, Sosial, Budaya*, ELSAM, Jakarta, 2001
- I Nyoman Sumaryadi, *Efektifitas Implementasi Kebijakan Otonomi Daerah*, Citra Utama, Jakarta, 2005
- Imam Sotiknjo, "Pelaksanaan Undang-Undang Pokok Agraria dalam Rangka Menyukseskan Pelita V", *Makalah Ceramah Sehari*, Universitas 17 Agustus 1945, Surabaya, 1989
- _____, *Politik Agraria Nasional, Hubungan Manusia dengan Tanah Berdasarkan Pancasila*, Gajahmada University Press, Yogyakarta, 1993
- Josef Riwu Kaho, *Prospek Otonomi Daerah di Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, 1988
- Kar J. Pelzer, *Sengketa Agraria; Pengusaha Perkebunan Melawan Petani*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1991
- Koentowijoyo, *Masalah Tanah dan Runtuhnya Mitos Negara Budiman*. Yogyakarta: LPRP. 1992
- Kurniawarman, Rachmadi, *Hak Ulayat Nagari Atas Tanah Di Sumatera Barat (Jejak Dan Agenda Untuk Era Desentralisasi)*, Yayasan Kemala, WRI dan Qbar, Jakarta, 2005.
- Lili Romli, *Potret Otonomi Daerah Dan Wakil Rakyat*, Ctk.Pertama Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2007
- Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif Terapi Paradigmatik Bagi lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, AntonyLib-Indonesia, Yogyakarta, 2009

- Maria SW. Sumardjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya*, Kompas, Jakarta, 2008
- Maria Soemardjono, Nurhasan Ismail, dkk, *Pengaturan Sumber Daya Alam di Indonesia, Antara Yang Tersurat dan Tersirat, Kajian Kritis Undang-Undang Terkait Penataan Ruang dan Sumber Daya Alam*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2011
- Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Cetakan kedua puluh tujuh, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005
- Misdianti dan Kartasapoetra, *Fungsi Pemerintah Daerah Dalam Pembuatan Peraturan Daerah*, Bumi Aksara, Jakarta, 1993
- M. Laica Marzuki, *Berjalan-jalan di ranah hukum*. Edisi revisi cetakan kedua. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, Jakarta: 2006
- Moh Koesno, *Catatan-Catatan Terhadap Hukum Adat Dewasa Ini*, Airlangga University Press, Surabaya, 1979
- Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3S Indonesia, 1998
- Nurhasan Ismail, *Perkembangan Hukum Pertanahan Pendekatan Ekonomi Politik*, HUma, Jakarta, 2007
- Ni'matul Huda, *Hukum Pemerintahan Daerah*, ctk. pertama, Nusa Media. Bandung, 2009
- _____, *Otonomi Daerah*. ctk. Pertama. Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005
- Otje Salman Soemadiningrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Alumni, Bandung, 2002
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, Kencana Prenada Media, Jakarta 2009
- Rafael Edy Bosko, *Hak-Hak Masyarakat hukum adat Dalam Konteks Pengelolaan Sumber Daya Alam*, diterjemahkan oleh Aviva Nababan, ELSAM, Jakarta, 2006
- RDH Koesoemahatmadja, *Pengantar Kearah Sistem Pemerintahan Daerah di Indonesia*. Bandung: Bina Cipta, 1979

- Rikardo Simarmata, *Kapitalisme Perkebunan: Dinamika Konsep Pemilikan Tanah oleh Negara*, Insist Press&Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2002
- _____, *Pengakuan Terhadap Masyarakat Hukum Adat Di Indonesia*, UNDP, Jakarta, 2006
- Ryaas Rasyid, *Makna Pemerintahan : Tinjauan Dari Segi Etika Dan Kepemimpinan*, Yarsif Watampone, Jakarta, 2000
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta : RajaGrafindo Persada. 2007
- Salim HS, *Hukum Pertambangan Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, 2007
- Syukri Batubara, *Perlindungan Terhadap Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat Baduy : Study Mengenai Pelaksanaan Perda No.32 Tahun 2001 Tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Tanah Baduy*, *Disertasi*, Universitas Islam Indonesia, 2011
- Syaukani HR, Afan Gaffar, dan M Ryaas Rasyid, *Otonomi Daerah Dalam Rangka Negara Kesatuan*, Ctk. ketiga Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2002
- S.H. Sarundajang, *Arus Balik Kekuasaan Pusat ke Daerah*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2000
- Tim PUSDIKLAT lab. FH UII, *Modul Pelatihan " Pengurusan dan Pendaftaran Hak Atas Tanah"*, PUSDIKLAT lab. FH UII, 2009
- Winahyu Erwiningsih, *Hak Menguasai Negara Atas Tanah*, Total Media, Yogyakarta, 2009
- Yance Arizona, "PENAFSIRAN MAHKAMAH KONSTITUSI TERHADAP PASAL 33 UNDANG UNDANG DASAR NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945 (Perbandingan Putusan Dalam Perkara Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 Mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan dengan Putusan Perkara Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005 Mengenai Pengujian Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air)", *Skripsi*, Program Kekhususan Hukum Tata Negara, Universitas Andalas, 2007
- _____, *Satu Dekade Legislasi Masyarakat Adat: Trend Legislasi Nasional*

Tentang Keberadaan Dan Hak-Hak Masyarakat Adat Atas Sumber Daya Alam Di Indonesia (1999-2009). Kertas Kerja Epistema No.07/2010, Jakarta: Epistema Institute 2010

_____, *Kuasa dan Hukum: Realitas Pengakuan Hukum Terhadap Hak Masyarakat Adat Atas Sumber Daya Alam Di Indonesia*. Kertas Kerja Epistema No.05/2010, Jakarta: Epistema Institute

Zukri Said, Dkk, *Kembali Ke Akar, Kembali Ke Konsep Otonomi Masyarakat Asli*, Forum Pengembangan Partisipasi Masyarakat, Jakarta, 2002, hlm. 49

JURNAL

Argumentum, Edisi No. 2 Vol. 5, (Juni 2006)

Jurnal Konsitusi, Volume II Nomor 2 (November 2009)

Jurnal Konstitusi, Edisi 2 Vol. 6, (Juli 2009)

Jurnal Hukum, Edisi No. 3 Vol. 15 (Juli 2008)

Jurnal Konstitusi, Edisi 2 Vol. 6, (Juli 2006)

Jurnal Risalah hukum Fakultas hukum Universitas Mulawarman, Vol. 1 No. 1 (Juni 2010)

ARTIKEL

Asep Yunan Firdaus, *Hutan Adat, Waspada sebelum berharap ada Peluang*, Working Group on Forest Land Tenure www.wg-tenure.org - Warta Tenure Nomor 5 - April 2008. Di akses pada 29 Juli 2011

Briefing Paper JATAM, WALHI, KIARA, ICEL, *UU Minerba: Judul Baru, Isi Kadaluarsa*, Januari 2009

Martua Sirait, Chip Fay dan A. Kusworo, *Bagaimana Hak-hak Masyarakat Hukum Adat dalam Mengelola Sumber Daya Alam Diatur*, Southeast Asia Policy Research Working Paper, No. 24, <http://rumahiklim.org/resources/bagaimana-hak-hak-masyarakat-hukum-adat-dalam-mengelola-sumber-daya-alam-diatur/>. Diakses tanggal 08 Agustus 2011

Noer Fauzi dan Dianto Bachriadi Hak Menguasai dari Negara (HMN) Persoalan Sejarah yang Harus Diselesaikan, Kertas Posisi KPA (Position Paper) No. 004/2001

Sri Nur Hari Susanto, *PENGUASAAN DAERAH ATAS BAHAN GALIAN/PERTAMBANGAN DALAM PERSPEKTIF OTONOMI DAERAH*, Disampaikan pada Seminar Nasional Aspek Hukum Penguasaan Daerah Atas Bahan Galian, di Fakultas Hukum Undip pada 2 Desember 2009.

INTERNET

<http://id.shvoong.com/writing-andspeaking/2148329-pengertian-hukum-adat/>

Akses 10 juli 2012

<http://www.kmc.com>, Akses 6 Agustus 2008.

<http://yancearizona.wordpress.com/2008/11/12/perda-tanah-ulayat-sumatera-barat/>

Akses 10 Juli 2012