



MONOGRAF

PENGAKUAN & PERLINDUNGAN HAK-HAK MASYARAKAT ADAT



UKI PRESS

Pusat Penerbit dan Percetakan
Universitas Kristen Indonesia
Jl. Mayjen Sutoyo No. 02 Cawang
Jakarta Timur 13630

ISBN 978-623-8012-78-7



PENULIS

Dr. Aarce Tehupeiry SH., MH.

MONOGRAF
PENGAKUAN & PERLINDUNGAN HAK-HAK
MASYARAKAT ADAT

Penulis:

Dr. Aarce Tehupeiory, SH., MH



UKI PRESS

Pusat Penerbitan dan Pencetakan
Buku Perguruan Tinggi
Universitas Kristen Indonesia
Jakarta
2021

MONOGRAF
PENGAKUAN & PERLINDUNGAN HAK-HAK
MASYARAKAT ADAT

Penulis:

Dr. Aarce Tehupeiory, SH., MH

Editor:

Dr. Indri Jatmoko, S.Si., MM

000557650

ISBN: 978-623-8012-67-1

Penerbit: UKI Press

Anggota APPTI

Anggota IKAPI

Redaksi: Jl. Mayjen Sutoyo No.2 Cawang Jakarta 13630

Telp. (021) 8092425

Cetakan I Jakarta: UKI Press,2021

Hak cipta dilindungi undang-undang.

Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta

Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh

isi buku ini tanpa izin tertulis dari penerbit.

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur kepada Tuhan yang Maha Esa,akhirnya penerbitan buku ini dengan judul Pengakuan Dan Perlindungan Hak-Hak Masyarakat adat dapat diterbitkan.

Pada hakekatnya Pengakuan dan Perlindungan hak2 masyarakat adat di Indonesia sangat penting untuk diatur dalam Undang- Undang.ini tidak saja di dasarkan pada fakta sosial dimana kehidupan masyarakat adat semakin terdiskriminasi dan termarjinalkan,tetapi juga berkesesuaian dengan hukum nasional dan hukum internasional dan Hak Asasi Manusia.Oleh sebab itu Pentingnya Pengakuan dan Perlindungan atas masyarakat adat melalui Undang- Undang.

Semoga buku ini dapat bermsnfaat dan berguna bagi siapa saja dalam memahami Pengakuan dan Perlindungan terhadap Masyarakat adat.

Salam Hormat,

AARCE TEHUPEIORY

Penulis.

DAFTAR ISI

Kata Pengantar	i
Daftar Isi	ii
BAB I Pengakuan dan Perlindungan Hak-hak	
Masyarakat Adat.....	1
A. Defenisi masyarakat adat.....	1
B. Kedudukan masyarakat adat.....	3
BAB II HAK-HAK MASYARAKAT ADAT	21
A. Hak atas tanah & sumber daya alam.....	21
B. Hak atas kebudayaan.....	35
C. Hak untuk mencantumkan nasib sendiri	43
BAB III HAK ATAS FREE, PRIOR AND	
INFORMED CONSENT (FPIC).....	53
A. Hak untuk bebas menerima atau menolak proyek pembangunan dalam wilayah mereka (free, prior, and informed consent)	53
B. Kelembagaan yang mengurus masyarakat adat	59
C. Proses dan bentuk pengakuan hukum	65
BAB IV PENYELESAIAN SENGKETA	77
A. Anatomi Konflik	77
Daftar Pustaka	94

BAB I

PENGAKUAN DAN PERLINDUNGAN HAK-HAK MASYARAKAT ADAT

A. Definisi Masyarakat Adat

Sebagian besar orang yang menggeluti isu masyarakat adat memahami bahwa tidak ada satu definisi yang dapat diterima secara universal tentang masyarakat adat. Menurut Julian Burger, salah satu sebabnya adalah definisi-definisi yang ditawarkan terlalu kaku.¹ Namun demikian dalam bab ini perlu kiranya menguraikan beberapa definisi yang pernah dilontarkan oleh beberapa kalangan.

Menurut Jaringan Pembela Hak-Hak Masyarakat Adat (JAPHAMA), masyarakat adat adalah kelompok masyarakat yang memiliki asal-usul leluhur (secara turun-temurun) di wilayah geografis tertentu, serta memiliki sistem nilai, ideologi, ekonomi, politik, sosial, dan budaya sendiri² Sementara itu, Kongres masyarakat adat I pada tahun 1999 mendefinisikan masyarakat adat sebagai komunitas-komunitas yang hidup berdasarkan asal-usul leluhur secara

¹ Julian Burger, Rakyat Pribumi: Hak-Hak Baru bagi Kesalahan Lama, dalam Peter Davies (ed.), Hak-Hak Asasi Manusia, Sebuah Bunga Rampai, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1994, hlm. 152.

² Definisi Jaringan Pembelaan Hak-Hak Masyarakat Adat-JAPHAMA yang dirumuskan di Tana Toraja tahun 1993

turun temurun di atas suatu wilayah adat, yang memiliki kedaulatan atas tanah dan kekayaan alam, kehidupan sosial budaya, yang diatur oleh hukum adat dan lembaga adat yang mengelola keberlangsungan kehidupan masyarakatnya.³ Dalam pencarian definisi itu, Pelapor Khusus PBB tentang masalah Diskriminasi terhadap Masyarakat Adat mengusulkan sebuah definisi sebagai berikut:

“Masyarakat, rakyat dan bangsa pribumi adalah mereka, yang karena telah memiliki kesinambungan historis dengan masyarakat pra-penaklukan dan pra- penjajahan Barat yang telah berkembang di dalam wilayah mereka, menganggap diri mereka itu berbeda dari golongan-golongan lain dalam masyarakat yang sekarang ada dalam wilayah itu, atau bagian darinya. Sekarang ini mereka merupakan kelompok masyarakat yang tidak dominan, namun tetap bertekad untuk menjaga, mengembangkan dan menurunkan kepada generasi-generasi di masa mendatang, wilayah nenek moyang mereka, dan jati diri etnis mereka, sebagai dasar dari kelanjutan eksistensi mereka sebagai bangsa, sesuai dengan pola budaya, lembaga kemasyarakatan dan sistem hukum mereka sendiri”.

³ Definisi yang dihasilkan dalam Kongres Masyarakat Adat Nusantara I pada tahun 1999 di Jakarta. Kongres itulah yang kemudian melahirkan Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN).

Dari definisi-definisi yang ditawarkan di atas paling tidak ada beberapa hal yang menjadi penanda dari apa yang disebut dengan masyarakat adat:

1. Kelompok masyarakat / komunitas
2. Memiliki kesamaan asal-usul leluhur
3. Memiliki wilayah yang tertentu (wilayah adat/ulayat)
4. Memiliki hukum adat dan lembaga adat
5. Memiliki sistem nilai, ideologi, ekonomi, politik, sosial, dan budaya sendiri
6. Pada awalnya mereka berdulat atas tanah dan kekayaan alam, kehidupan sosial budaya. Namun ada banyak factor yang membuat kedaulatan mereka rusak, seperti penjajahan, arus investasi yang merusak, dan sebagainya
7. Kelompok masyarakat yang tidak dominan dalam masyarakat
8. Berorientasi kepada kehidupan di masa yang akan datang (keadilan bagi generasi di masa depan)

B. Kedudukan Masyarakat Adat

Untuk menempatkan masyarakat adat pada posisi yang tepat dalam hubungannya dengan negara, maka perlu diketahui terlebih dahulu konsep hak pada masyarakat adat. Ini penting karena konsep hak inilah yang nantinya menjadi

pijakan dalam menemukan posisi masyarakat adat yang sebenarnya dalam hubungannya dengan negara. Pasal 18 B UUD 1945 menyatakan “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”. Hak-hak tradisional sebagaimana dimaksud itu adalah sekumpulan hak pada masyarakat adat yang diwariskan secara turun temurun dan karena itulah maka hak-hak itu disebut tradisional. Hak selalu berimplikasi pada wewenang. Hak pada masyarakat adat berasal dari proses kesejarahan yang panjang antara masyarakat adat dengan objek hak mereka. Interaksi antara masyarakat adat dengan objek hak pada akhirnya melahirkan institusi yang mengurus hak-hak tersebut. Situasi di mana masyarakat adat mengurus segala sesuatu yang berkaitan dengan objek hak yang adalah hak bawaan itulah yang disebut otonomi.

Dengan demikian, maka otonomi pada hakikatnya adalah sebuah terminologi yang berkaitan erat dengan konsep hak dan konsep otoritas, dimana keduanya saling mengandaikan; hak selalu berimplikasi pada kemunculan otoritas dan sebaliknya otoritas hanya akan lahir jika pemegang otoritas memiliki hak atas objek kewenangannya dan/atau ia

mendapatkan pelimpahan hak dari pihak lain. Berdasarkan asal-usulnya, hak berasal dari dua konsep tentang hak, yaitu hak bawaan dan hak berian.⁴ Dua konsep hak inilah yang nantinya akan menunjukkan perbedaan mendasar antara otonomi daerah - sebagaimana sering kita dengar dan selama lebih kurang 10 tahun terakhir telah menjadi agenda semua pemerintah terpilih pasca-reformasi dengan otonomi komunitas yang barangkali belum pernah kita dengar.

Undang-Undang No. 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah 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. Lalu, apakah yang dimaksud dengan daerah otonom? Daerah otonom adalah kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai batas-batas wilayah yang berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Otonomi daerah dalam UU tersebut dilaksanakan melalui penerapan asas dekonsentrasi,

⁴ Untuk mendapatkan pemahaman yang lebih komprehensif mengenai konsep hak dan apa kaitannya dengan otonomi harap dibaca pada Yando Zakaria-dkk, "Mensiasati Otonomi daerah demi Pembaharuan Agraria" Konsorsium Pembaruan Agraria, Jakarta, 2001, hlm. 51-66.

asas desentralisasi dan tugas pembantuan. Desentralisasi didefinisikan sebagai penyerahan wewenang pemerintahan oleh Pemerintah kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Kemudian dilanjutkan dengan definisi dekonsentrasi, yaitu pelimpahan wewenang pemerintahan oleh Pemerintah kepada Gubernur sebagai wakil pemerintah dan/atau kepada instansi vertikal di wilayah tertentu. Terakhir, tugas pembantuan didefinisikan sebagai 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.

Dengan definisi seperti itu, maka dapatlah disimpulkan bahwa otonomi daerah merupakan wujud dari hak berian karena ia adalah hak yang diberikan oleh pemerintah pusat kepada pemerintah daerah untuk menjalankan sebagian urusan pemerintah pusat di daerah. Dengan demikian maka sumber hak dalam otonomi daerah adalah pemerintah pusat. Hak berian ini berimplikasi pada munculnya wewenang pada pemerintah daerah. Karena kewenangan yang dimiliki oleh pemerintah daerah merupakan pemberian maka kewenangan itu haruslah dipertanggungjawabkan kepada pemerintah pusat.

Berbeda dengan otonomi daerah yang merupakan wujud dari hak berian, otonomi komunitas diberangkatkan dari konsep hak yang lainnya, yaitu hak bawaan. Hak ini telah tumbuh dan berkembang dan menciptakan suatu institusi yang bertugas untuk mengurus rumah tangga sendiri. Karena ia bersifat bawaan maka kewenangan yang dimiliki komunitas yang timbul dari adanya hak itu tidak dipertanggungjawabkan kepada pemerintah.

Persoalan otonomi komunitas bukanlah persoalan baru. Parsudi Suparlan pernah melakukan satu kajian tentang Orang Sakai pada masa Kerajaan Siak Indrapura dan studi Selo Soemardjan tentang masyarakat desa di dalam Kesultanan Yogyakarta. Suparlan menunjukkan bahwa persoalan otonomi komunitas bahkan telah disadari oleh pemerintahan pada era kesultanan dan kerajaan-kerajaan pada masa lalu. Hal ini tentu berkaitan erat dengan soal keutuhan wilayah dan masyarakat dalam kesultanan dan kerajaan bersangkutan.⁵

Van Vollenhoven berpendapat bahwa otonomi mencakup aktivitas-aktivitas seperti pembentukan peraturan perundang-undangan sendiri, (*zelfwetgeving*), melaksanakan sendiri (*zelfffuitvoering*), melakukan peradilan sendiri (*zelfrechtspraak*), dan melakukan tugas kepolisian sendiri

⁵ Jopi Peranginangin, Mengukur Kekuatan Untuk Merebut Kedaulatan Masyarakat Adat, dalam <http://www.ymp.or.id/content/view/221/1/>

(*zelfpolitie*).⁶ Dalam pemahaman catur praja inilah eksistensi teori otonomi bagi masyarakat adat dapat dilihat dari nilai-nilai yang terdapat dalam komunitas hidup mereka. Contohnya nilai yang masih tetap dianut oleh seluruh anggota komunitas Ngata Toro. Dalam komunitas Ngata Toro dikenal adanya lembaga Dan *Hintuvi Ngata*, yaitu kelembagaan tertinggi yang merepresentasikan seluruh kelompok kepentingan dalam Ngata dan oleh karena itu harus menaungi seluruh Ngata secara adil. Ukurannya adalah seluruh keputusan *Hintuvu Libu Ngata* menyangkut hajat hidup seluruh Ngata harus dilakukan dalam sebuah musyawarah bersama seluruh masyarakat Ngata Toro. Karena itu pula dalam penggambaran oleh masyarakat Toro, *Hintuvu Libu Ngata* dilukiskan sebagai atap rumah dan seluruh isi rumah adalah struktur pelaksana keputusan yang telah diambil oleh *Hintuvu Libu Ngata*.⁷

Jika pendapat ini kita letakkan dalam konteks masyarakat adat, maka prinsip otonomi bagi komunitas masyarakat ini dapat diterangkan. ***Pertama***; membentuk peraturan perundang-undangan sendiri. Komunitas Masyarakat adat ini dalam kenyataannya telah ribuan tahun mampu membentuk

⁶ Amrah Muslimin, *Aspek-Aspek Hukum Otonomi Daerah*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 6.

⁷ Jopi Peranginangin, *Op. Cit.*

perundangan sendiri (hukum) atau aturan hidup bersama, walau pada umumnya bersifat tidak tertulis, yakni hukum adat atau yang oleh Jimly Asshiddiqie disebutkan sebagai “*the people’s law*”, yaitu hukum yang dibuat oleh dan dalam dinamika masyarakat atau yang berkembang dalam kesadaran hukum dan budaya hukum masyarakat.⁸ Hukum adat terbentuk dalam proses yang panjang, yakni dari kebiasaan yang terus menerus dan berulang dipraktikkan. Kemudian dalam kondisi tertentu kebiasaan yang dilakukan terus menerus dan berulang ini meningkat menjadi tradisi, dan pada akhirnya tradisi tersebut mendapatkan muatan *religio magis* sehingga ia mempunyai kekuatan mengikat. Disinilah hukum adat bagi komunitas masyarakat adat menampakkan eksistensinya.

Kedua, melaksanakan sendiri. Dalam pemahaman seperti ini, masyarakat adat melaksanakan seluruh aturan-aturan hidup bersama yang tidak tertulis dan dipatuhi sebagai sesuatu yang mengikat dalam rangka kehidupan bersama untuk mencapai ketertiban. Oleh karena kehidupan masyarakat adat itu masih lintas wilayah dan daerah yang berdekatan maka kepatuhan dan kesadaran masyarakat akan peraturan-peraturan tersebut sangat tinggi. Proses internalisasi nilai- nilai dan norma dalam

⁸ Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H, Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi: Serpihan Pemikiran Hukum, Media dan HAM, Konstitusi Press (KONPress), Jakarta, 2005, hlm. 14.

ranah waktu, tempat, dan anggota masyarakat berada dalam satu ikatan yang utuh. Otonomi komunitas, terutama mengenai pelaksanaan sistem pemerintahan sendiri, dalam Deklarasi PBB tentang Hak-Hak Masyarakat Adat / *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (UNDRIP) bahkan dipandang sebagai bagian penting dari pelaksanaan hak untuk menentukan nasib sendiri. Hal ini pula yang memperjelas bahwa arah dari hak masyarakat adat untuk menentukan nasib sendiri dalam konteks negara merdeka pada hakikatnya diterjemahkan sebagai hak untuk terciptanya otonomi pada komunitas. Hal ini ditegaskan dalam pasal 4 UNDRIP yang menyatakan bahwa "Masyarakat adat, dalam pelaksanaan hak mereka untuk menentukan nasib sendiri, memiliki hak otonomi atau pemerintahan sendiri dalam masalah-masalah yang berkaitan dengan urusan-urusan internal dan lokal mereka, juga cara-cara-cara dan sarana-sarana untuk mendanai fungsi-fungsi otonomi mereka".

Ketiga; melakukan peradilan sendiri. Hal ini tampak dari adanya peradilan adat yang pada umumnya mengejawantah dalam bentuk musyawarah (di Jawa sering disebut *rembug* desa) di dalam masyarakat adat jikalau terjadi pelanggaran-pelanggaran hukum adat, dan musyawarah ini dipimpin oleh pemuka-pemuka masyarakat adat yang bersangkutan. Selain *rembug* desa di Jawa, juga adat *badamai* di Kalimantan

Selatan, *rungun* di Karo Batak, *abadji* atau *madeceng* di Bugis Makasar adalah bentuk-bentuk institusi adat yang masih berlaku yang pada pokoknya melaksanakan fungsi peradilan di komunitas.

Keempat, melakukan tugas kepolisian sendiri. Di dalam pemahaman seperti ini, arti kepolisian tidak harus disamakan dengan Kepolisian yang dikenal selama ini, seperti POLRI. Kepolisian disini mengandung makna sebagai aparat adat yang memiliki tugas menjaga ketertiban dan keamanan komunitas masyarakat adat dan juga sebagai institusi yang melaksanakan putusan peradilan adat. Salah satu contoh yang dapat dilihat sampai saat ini adalah keberadaan *Pecalang* di Bali atau *Jogoboyo* di Jawa.

Dari diskripsi di atas, dapat disimpulkan bahwa masyarakat adat memang sejak semula sudah menerapkan teori otonomi. Dan penerapan teori otonom ini semakin nyata ketika komunitas masyarakat adat mempergunakan hak-hak komunitas dalam pengelolaan berbagai sumber daya alam seperti hak ulayat. Dengan demikian, jika otonomi daerah kemudian diterjemahkan dalam pengertian kemandirian, maka bagi masyarakat adat kemandirian ini telah tertanam dalam kearifan-kearifan lokal yang telah mereka miliki selama bertahun-tahun.

Lebih jauh daripada itu, sebuah studi kolaboratif antara Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), ICRAF dan *Forest Peoples Programme* pada 2002-2003 menemukan beberapa persoalan penting dalam hal hubungan antara masyarakat adat dan Negara, khususnya dalam hal tanah dan sumberdaya alam. Temuan-temuan dalam studi ini dapat dikelompokkan menjadi beberapa bagian, yaitu:

- a. Dalam soal pengakuan oleh Negara terhadap keberadaan masyarakat adat ditekankan perlunya pengakuan atas wilayah adat;
- b. Adanya *self-governance* bagi komunitas-komunitas masyarakat adat, dalam konteks perluasan Otonomi Daerah menjadi Otonomi Komunitas khususnya berkaitan dengan sistem pemerintahan dan peradilan;
- c. Otonomi komunitas ini tetap berada dalam kerangka Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- d. Perlunya perluasan otonomi dalam beberapa sektor seperti pendidikan yang perlu memberi ruang yang lebih luas bagi penerapan sistem pendidikan lokal dengan segala muatan kearifan lokalnya.

Memperhatikan temuan-temuan tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa konsep teori otonomi dalam prinsip hukum perlindungan hak-hak masyarakat adat, pada hakikatnya juga dapat merujuk pada pandangan Leopold

Pospisil yang mengatakan bahwa hukum positif yang baik (dan karenanya efektif) adalah hukum yang sesuai dengan *living law* yang sebagai *inner order* dari masyarakat mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalamnya.⁹ Eigen Eirlich mengawali tinjauannya tentang “*The Living Law*” hukum dari aspek sejarah dan kebudayaan masyarakat masa lalu mematuhi, aturan-aturan, yang kebiasaan, tradisi dan daya ikat tanpa tertulis tetapi ia hidup dalam masyarakat. Penegasan ini menunjukkan bahwa pembentuk hukum (termasuk di dalamnya adalah UU) diwajibkan untuk senantiasa memandang hukum yang hidup di dalam masyarakat sebagai referensi utama.

Hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut, bersumber pada apa yang dikemukakan oleh Von Savignij, filsuf aliran hukum historis dengan sebutan *volksgeist* (jiwa bangsa) yang dimanifestasikan dalam nilai-nilai yang berlaku dan dianut oleh masyarakat bangsa itu sendiri. Jika pandangan seperti ini diterapkan dalam konteks otonomi masyarakat adat di Indonesia, maka *volksgeist* itu jelas berbeda antara kelompok masyarakat adat yang satu dengan lainnya. Pencerminan *volksgeist* ini, nampak jelas dalam hukum adat sebagai

⁹ Mochtar Kusumaatmadja, 2006, *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, hlm. 79.

perwujudan kristalisasi nilai-nilai kebudayaan (asli) penduduk Indonesia.

Dengan demikian, seharusnya pembentukan sistem hukum Indonesia tentu bersumber dari "roh" otonomi masyarakat adat tersebut. Seiring dengan itu, pandangan Von Scholten menjadi relevan untuk dijadikan tolok ukur pemikiran hukum di Indonesia. Sebab, hukum bukan sekedar hasil karya logika manusia semata, tetapi juga ada unsur-unsur ruhaniyah yang menentukan kepatuhan masyarakat terhadap hukum.¹⁰

Tujuan dari otonomi pada komunitas masyarakat adat, paling tidak dapat dibaca pada Keputusan Konggres Masyarakat Adat No. 2/KMAN/1999 tentang Deklarasi Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), yang antara lain menyatakan :

1. Adat adalah sesuatu yang bersifat luhur dan menjadi landasan kehidupan Masyarakat Adat yang utama;
2. Adat Nusantara ini sangat majemuk, karena itu tidak ada tempat bagi kebijakan negara yang berlaku seragam sifatnya;
3. Jauh sebelum negara berdiri, Masyarakat Adat di Nusantara telah terlebih dahulu mampu

¹⁰ Lihat Van Scholten dalam Ilmu Hukum, Karya Terjemahan Arief Sirdharta, Bandung Alumni, 1987.

mengembangkan suatu sistem kehidupan sebagaimana yang diinginkan dan da dipahami sendiri. Oleh sebab itu negara harus menghormati kedaualatan Masyarakat Adat tenta ini.

4. Masyarakat Adat pada dasarnya terdiri dari mahluk manusia, oleh sebab itu warga Masyarakat Adat juga berhak atas kehidupan yang layak dan pantas menurut nilai-nilai sosial yang berlaku. Untuk itu seluruh tindakan negara yang keluar dari kepatutan kemanusiaan universal dan tidak sesuai dengan rasa keadilan yang dipahami oleh Masyarakat Adat harus segera diakhiri.
5. Atas dasar rasa kebersamaan senasib sepenanggungan, Masyarakat Adat Nusantara wajib untuk saling bahu membahu demi terwujudnya kehidupan Masyarakat Adat yang layak dan berdaulat.¹¹

Dengan demikian, otonomi komunitas yang dimaksud dalam konteks kehidupan Masyarakat Adat tidak lain adalah agar terciptanya kedaualatan atau kemandirian dalam mengelola suatu sistem kehidupan sebagaimana yang diinginkan dan dipahami sendiri oleh suatu komunitas Masyarakat Adat. atau

¹¹ Rosnidar Sembiring, Kedudukan Hukum Adat Dalam Era Reformasi, dalam <http://library.usu.ac.id/download/fh/perdata-rosnidar.pdf>

Menurut penelusuran Azmi Siradjudin,¹² jika ditinjau dari realitas sosial-budaya yang ada di Indonesia, secara garis besar entitas masyarakat adat dapat dikelompokkan ke dalam 4 (empat) tipologi; *Pertama*, adalah kelompok masyarakat lokal yang masih kukuh berpegang pada prinsip "pertapa bumi" dengan sama sekali tidak mengubah cara hidup seperti adat bertani, berpakaian, pola konsumsi, dan lain-lainnya. Bahkan mereka tetap eksis dengan tidak berhubungan dengan pihak luar, dan mereka memilih menjaga kelestarian sumber daya alam dan lingkungannya dengan kearifan tradisonal mereka. Entitas kelompok pertama ini, bisa dijumpai seperti komunitas To Kajang (Kajang Dalam) di Bulukumba, dan Kanekes di Banten.

Kedua, adalah kelompok masyarakat lokal yang masih ketat dalam memelihara dan menerapkan adat istiadat, tapi masih membuka ruang yang cukup bagi adanya hubungan "komersil" dengan pihak luar, kelompok seperti ini bisa dijumpai, umpamanya pada komunitas Kasepuhan Banten Kidul dan Suku Naga, kedua-duanya berada di Jawa Barat.

Ketiga, entitas masyarakat adat yang hidup tergantung dari alam (hutan, sungai, gunung, laut, dan lain-lain), dan mengembangkan sistem pengelolaan sumberdaya alam yang

¹² Azmi Siradjudin, AR, Pengakuan Masyarakat Adat Dalam Instrumen Hukum Nasional, dalam <http://www.ymp.or.id/content/view/107/35/>

unik, tetapi tidak mengembangka adat yang ketat untuk perumahan maupun pemilihan jenis tanaman jika dibandingkan dengan masyarakat pada kelompok pertama dan kedua tadi. Komunitas masyarakat adat yang tergolong dalam tipologi ini, antara lain Dayak Penan di Kalimantan, Pakava dan Lindu di Sulawesi Tengah, Dani dan Deponsoro di Papua Barat, Krui di Lampung, dan Haruku di Maluku.

Keempat, entitas masyarakat adat yang sudah tercerabut dari tatanan pengelolaan sumberdaya alam yang "asli" sebagai akibat dari penjajahan yang telah berkembang ratusan tahun. Masuk dalam kategori ini adalah Melayu Deli di Sumatra Utara. Dalam konteks ini masyarakat Dayak di dataran pulau Kalimantan khususnya Kalimantan Barat merupakan contoh yang relevan tentang tatanan kehidupan masyarakat suku Dayak yang harmonis antara lain karena mereka mengandalkan pola hidup mereka pada hutan, air dan sungai. Sehingga pemikiran mereka masih menggunakan pola peladang yang sebagian masih berpindah-pindah.

Berdasarkan 4 (tipologi) entitas masyarakat adat tersebut di atas, maka substansi (isi) otonomi bagi masing-masing entitas masyarakat adat tersebut meliputi otonomi dalam bidang pengelolaan dan pelestarian lingkungannya dengan kearifan lokal, memelihara dan menerapkan adat istiadat secara ketat, dan pengembangan sistem pengelolaan sumber daya alam.

Dengan demikian, walaupun ditinjau dari tipologi Masyarakat Adat tersebut dijumpai adanya perbedaan antara satu dengan yang lain, namun tetap saja dapat ditarik kesimpulan bahwa otonomi masyarakat adat ini tidak lain adalah kemandirian komunitas masyarakat adat dalam mengatur dan mengurus berbagai aspek kehidupan sosial kemasyarakatan yang sudah sejak lama melekat dan membeku yang keberadaannya tidak atas dasar pemberian (*toekennen*) tetapi sesuatu yang dibiarkan tumbuh (*toelaten*) atau diberi pengakuan (*erkennen*).¹³

Sementara itu Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) memberikan definisi Masyarakat L Adat sebagai komunitas yang memiliki asal-usul leluhur secara turun temurun yang hidup di wilayah geografis tertentu, serta memiliki sistem nilai, ideologi ekonomi, politik, budaya dan sosial yang khas.¹⁴ Sedangkan menurut ahli hukum adat Ter Haar, masyarakat hukum adat merupakan masyarakat yang memiliki kesamaan wilayah (*territorial*), keturunan (*geneologis*), serta wilayah dan keturunan (*territorial-*

¹³ Bandingkan dengan Bagir Manan, Suatu Kaji Ulang Atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1974, Majalah Pro Justitia No. 2 Tahun IX April 1991,18.

¹⁴http://www.aphi-net.com/konflik_lisman_v115/pdf/300masy-FINALE.pdf

geneologis), sehingga terdapat keragaman bentuk masyarakat adat dari suatu tempat ke tempat lain.¹⁵

Berdasarkan pengertian tersebut, maka dapat ditarik pemahaman bahwa karakteristik otonomi yang berada dalam lingkup Masyarakat Adat tidak lain menyangkut kesamaan sistem nilai yang didasarkan pada aspek kewilayahan maupun keturunan, sehingga mengakibatkan substansi dari otonomi masyarakat adat tersebut berbeda-beda antara satu dengan lainnya. Lahirnya UU PPMA, selain berupaya untuk memberikan kepatuhan hukum atas perlindungan kelangsungannya juga berupaya untuk memelihara kebhineka-an-nya di tingkat lokal. Dengan demikian, keberadaan masyarakat adat merupakan salah satu penopang dari keutuhan NKRI melalui penguatan hak-hak mereka dalam sistem negara. Dalam konteks ini, maka keberadaan masyarakat adat akan menjadi keunikan tersendiri dalam negara.

¹⁵ *Ibid.*

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB II

HAK-HAK MASYARAKAT ADAT

A. Hak atas Tanah dan Sumber Daya Alam

Hak masyarakat adat atas tanah dan sumber daya alam adalah hak yang paling banyak dan paling sering dituntut oleh masyarakat adat untuk dipenuhi Negara. Hal itu terjadi karena tanah dan sumber daya alam adalah sarana yang dapat dimanfaatkan masyarakat adat untuk dapat hidup dan karena itu maka tanah dan sumber daya alam dipandang sebagai prasyarat bagi terpenuhinya hak untuk hidup sebagai hak paling asasi dalam diri manusia (masyarakat adat). Hak masyarakat adat atas tanah dan sumber daya alam dapat dipahami dengan menjelaskan hubungan antara masyarakat adat sebagai subjek hak dengan tanah dan sumber daya alam sebagai objek hak. Banyak orang beranggapan hubungan antara masyarakat adat dengan tanah dan sumber daya alam bersifat unik, yang salah satunya ditunjukkan dari sifat kepemilikannya yang komunal yang kemudian itu berimplikasi pada seluruh aspek kehidupan mereka, mulai dari seni, sistem hukum sampai pada kepercayaan. Anaya, sebagaimana dikutip oleh Eddie Riyadi Terre menjelaskan mengenai keterkaitan yang sangat erat antara masyarakat adat - yang dalam diskursus hak asasi manusia disebut sebagai

indigenous peoples atau penduduk asli - dengan tanah. Dijelaskan bahwa mereka (masyarakat adat) disebut dengan “*indigenous*” karena akar turun temurun kehidupan mereka menjadi satu kesatuan tak terpisah dengan tanah dan wilayah yang mereka huni, atau akan huni (dalam arti wilayah tersebut setelah mengalami peminggiran atau pengusiran paksa). Mereka juga disebut “*peoples*” karena mereka merupakan komunitas yang unik dengan eksistensi dan identitas mereka yang berkelanjutan secara turun temurun, yang menghubungkan mereka dengan komunitas, suku, atau bangsa dari sejarah masa lampau.¹⁶ Dengan demikian, tidak terlalu berlebihan jika dikatakan bahwa hak atas tanah dan sumber daya alam yang bersifat komunal merupakan kondisi konstitutif bagi eksistensi masyarakat adat.¹⁷

Myrna Safitri dan Tristam Moeliono¹⁸ menjelaskan perlunya membedakan antara konsep penguasaan kolektif dan konsep penguasaan komunal. Penguasaan kolektif merujuk

¹⁶ Eddie Riyadi Terre, Masyarakat Adat, Eksistensi dan Problemya: Sebuah Diskursus Hak Asasi Manusia, dalam Rafael Edy Bosko, Hak-hak Masyarakat Adat dalam Konteks Pengelolaan Sumberdaya Alam, ELSAM dan AMAN, Jakarta, 2006, 6.

¹⁷ Yance Arizona, Mengintip Hak Ulayat dalam Konstitusi Di Indonesia, artikel, tidak diterbitkan, 2008.

¹⁸ Myrna A. Safitri dan Tristam Moeliono, "Bernegara hukum dan berbagi kuasa dalam urusan agraria di Indonesia: Sebuah pengantar", dalam Myrna A. Safitri dan Tristam Moeliono, (eds.), Hukum Agraria dan Masyarakat di Indonesia, Seri Sosio-Legal Indonesia, diterbitkan oleh HuMa, Van Vollenhoven Institute, dan KITLV-Jakarta, 2010, catatan kaki no. 8, 10.

pada situasi penguasaan sebuah kelompok atas tanah dan kekayaan alam yang terbentuk atas agregasi penguasaan-penguasaan individual; sedangkan penguasaan komunal merujuk pada situasi penguasaan tanah dan sumber daya alam secara “bersama-sama dan utuh sebagai satu kesatuan” dari sebuah kelompok masyarakat. Penguasaan individu di dalam konsep penguasaan komunal ini lahir dari dan menjadi bagian yang utuh dan tak terpisahkan dari penguasaan komunal. Penguasaan "komunal" atas tanah dan sumber daya alam tampak sangat jelas dalam komunitas- komunitas masyarakat adat.

Berbicara mengenai hak atas tanah dan sumber daya alam pada masyarakat adat tentu tidak dapat dilepaskan dari bagaimana konstitusi mendefinisikan hak-hak tersebut dan selanjutnya bagaimana Negara menterjemahkannya ke dalam peraturan perundang-undangan operasional. Berhubung kecenderungan dunia yang semakin mengglobal, maka juga dianggap penting untuk menepohong hak atas tanah dan sumber daya alam pada masyarakat adat dari perspektif hukum HAM internasional.

- a. Hak atas tanah dan sumber daya alam dalam hukum nasional alam

Dalam politik hukum nasional, tanah dan sumber daya alam lainnya tidak dapat dilepaskan dari konsepsi pasal 33 Ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan bahwa “*Bumi dan air dan kekayaan yang terkandung di dalamnya di kuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar- besar kemakmuran rakyat*”. Pasal 33 UUD 1945 ini-lah yang menjadi landasan hak menguasai dari Negara (HMN). Lemaire, sebagaimana dikutip Abdurahman menyebutkan ketentuan dalam pasal 33 UUD 1945 itu sebagai “*deze bepalingen geven vorm aan eigen Indonesisc.*”¹⁹ Dengan itu ia ingin menyatakan bahwa ketentuan itu sangat khas dan hanya dijumpai di Indonesia di mana konstitusi memberikan kewenangan yang luar biasa besar kepada Negara untuk mengatur tanah dan sumber daya alam.

Dalam UUD 1945, pasal 33 tersebut ditempatkan pada Bab XIV tentang Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial. Hal tersebut menunjukkan adanya hubungan yang erat antara tanah dan sumber daya alam dengan usaha Negara dalam menciptakan kesejahteraan sosial bagi masyarakat Indonesia. Sejalan dengan itu, Mohammad Hatta memaknai Pasal 33 Ayat (3) UUD 1945, sebagai berikut:

¹⁹ Abdurahman, Tebaran Pikiran Mengenai Hukum Agraria. Alumni, Bandung, 1985, 36.

“Apabila kita pelajari pasal 33 UUD 1945, nyata-nyata bahwa masalah yang diurusnya tahun 19 ialah politik perkonomian Republik Indonesia”. Dalam bagian kedua dan ketiga berlakoa daripada pasal 33 UUD disebut dikuasai oleh negara. Dikuasai oleh negara tidak berarti negara sendiri menjadi penguasa, usahawan atau “*ondernemer*”. Lebih tepat dikatakan, bahwa kekuasaan negara terdapat pada membuat peraturan guna kelancaran jalan ekonomi, peraturan yang melarang pula "penghisapan" orang yang lemah oleh orang yang bermodal. Negara mempunyai kewajiban pula supaya penetapan UUD 1945, pasal 27 ayat 2 terlaksana, yaitu tiap-tiap Warga Negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan.”²⁰

Lebih lanjut, Noer Fauzi mengemukakan bahwa dalam “Dasar Pre-advis kepada Panitia Penyelidik Adat Istiadat dan Tata-usaha lama” di tahun 1943, Mohammad Hatta juga mengemukakan bahwa: Indonesia dimasa datang mau menjadi negeri yang makmur, supaya rakyatnya dapat serta pada kebudayaan dunia dan ikut serta mempertinggi peradaban. Untuk mencapai kemakmuran rakyat di masa datang, politik perekonomian mestilah disusun di atas dasar yang ternyata sekarang, yaitu Indonesia sebagai negeri

²⁰ “Pembangunan Hukum dan Konflik Undang-Undang Sektoral”, sebuah kajian yang dilakukan oleh Pusat Studi Kebijakan Hubungan Pusat dan Daerah, Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya dengan Dewan Perwakilan Daerah Republik Indonesia, 2009, hlm. 43.

agraria. Oleh karena tanah faktor produksi yang terutama, maka hendaklah peraturan milik tanah memperkuat kedudukan tanah sebagai sumber kemakmuran bagi rakyat umumnya”.²¹

Dalam sidang-sidang BPUPKI dan PPKI, M. Yamin menyampaikan bahwa kesanggupan dan kecakapan bangsa Indonesia dalam mengurus tata negara dan hak atas tanah sudah muncul beribu-ribu tahun yang lalu, dapat diperhatikan pada susunan persekutuan hukum seperti 21.000 desa di Pulau Jawa, 700 Nagari di Minangkabau, susunan Negeri Sembilan di Malaya, begitu pula di Borneo, di tanah Bugis, di Ambon, di Minahasa, dan lain sebagainya. Susunan itu begitu kuat sehingga tidak bisa diruntuhkan oleh pengaruh Hindu, pengaruh feodalisme dan pengaruh Eropa.²²

Dengan demikian, pada dasarnya pasal 33 ayat (3) UUD 1945 menjadi landasan, sekaligus merupakan arah dan tujuan kebijakan pengelolaan dan pemanfaatan tanah dan sumber daya alam lainnya di Indonesia. Hak Menguasai dari Negara (HMN) sebagaimana dikonsepsikan oleh pasal 33 ayat (3)

²¹ Noer Fauzi, Penghancuran Populisme dan Pembangunan Kapitalisme: Dinamika Politik Agraria Indonesia Pasca Kolonial, dalam Dianto Bachriadi, et. al. (eds.), Reformasi Agraria, Perubahan Politik, Sengketa, dan Agenda Pembaruan Agraria di Indonesia, Penerbit FE-UI, Jakarta, 1997, 67.

²² Risalah Sidang BPUPKI dan PPKI, Penyunting Syafrudin Bahar dkk, Edisi III, Cet 2. Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995. 18.

tersebut didasarkan pada semangat untuk menciptakan keadilan sosial, yang meletakkan penguasaan tanah dan sumber daya alam lainnya pada negara untuk kesejahteraan seluruh rakyat. Ketentuan itu lahir dengan asumsi bahwa pemerintah adalah pemegang mandat dalam bernegara. Dalam implementasinya, HMN pada pasal 33 UUD 1945 harus pula memperhatikan hak-hak ulayat pada masyarakat adat sebagaimana hak-hak itu diakui dalam pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 yang menyebutkan “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”.

Hak-hak tradisional pada masyarakat hukum adat sebagaimana dimaksud dalam pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 salah satunya merujuk pada hak-hak atas tanah dan sumber daya alam lainnya berdasarkan konsepsi hak bawaan. Ini sesuai dengan ketentuan pasal 5 Undang-Undang No. 5 tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria yang menyebutkan bahwa “hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan

peraturan-peraturan yang tercantum dalam Undang-undang ini dan dengan peraturan perundang-undangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur- unsur yang bersandar pada hukum agama”. Sebelumnya disebutkan dalam pasal 3 UUPA bahwa “dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam pasal 1 dan 2 pelaksanaan hak-ulyat dan hak- hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi”.

Istilah hak ulayat muncul dalam UUPA, namun tidak ada penjelasan mengenai maksud dari tanah ulayat. Hanya dikatakan dalam kepustakaan hukum adat bahwa hak ulayat adalah hak yang selama ini dikenal sebagai “*beschikkingsrecht*”. Konsep ulayat lahir dari hak alamiah (*natural rights*), kemudian dalam negara modern atau negara demokratis konstitusional, ulayat sebagai natural rights itu dikonversi menjadi natural law di dalam hukum positif. Tidak semua negara mengadopsi konsep ulayat di dalam hukum positifnya. Adopsi ulayat sebagai hak dalam hukum positif merupakan suatu upaya dalam mendamaikan hukum modern

(*secondary rules*) dengan hukum asli yang ada di dalam komunitas masyarakat (*primary rules*).²³

Selanjutnya UUPA juga mempertegas HMN dalam lapangan agraria dengan mencantumkan hal itu dalam pasal Pasal 2 ayat (1) UUPA, sebagai berikut:

“Atas dasar ketentuan dalam Pasal 33 ayat (3) Undang-undang Dasar dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam Pasal 1, bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya itu pada tingkatan tertinggi **dikuasai oleh Negara**, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat”.

Namun pasal 2 ayat (2) UUPA memberikan pembatasan dalam penerapan HMN dalam pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang juga diadopsi oleh pasal 2 ayat (1) UUPA. Batasan itu adalah bahwa HMN memberikan kewenangan kepada pemerintah untuk:

- a) mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut;
- b) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa;

²³ Yance Arizona, Op. Cit, 1.

- c) menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

Dengan demikian, UUPA hendak menjelaskan bahwa HMN tidak memberikan negara kewenangan untuk menjadi pemilik tanah.

- b. Hak atas tanah dan sumber daya alam dalam hukum Internasional

Membicarakan hak masyarakat adat atas tanah dan sumber daya alam dalam hukum internasional tidak dapat dilepaskan dari kenyataan bahwa diskursus mengenai masyarakat adat sebagai bagian dari gerakan hak asasi manusia semakin menguat paling tidak selama 10 tahun terakhir. Apalagi setelah PBB berhasil membuat satu deklarasi PBB tentang hak-hak masyarakat Adat pada tahun 2007.

PBB dan Organisasi Buruh Internasional (ILO) mengakui bahwa penetapan dan perlindungan hak masyarakat adat merupakan bagian yang penting dari hak asasi manusia, dan layak diperhatikan masyarakat internasional. Kedua organisasi ini aktif dalam menyusun dan menerapkan standar yang dirancang untuk menjamin penghargaan atas hak

penduduk asli yang telah ada dan menetapkan hak tambahan. Pada tahun 1982 Dewan Ekonomi dan Sosial Budaya (EKOSOB) membentuk Kelompok Kerja untuk Masyarakat Adat. Kelompok kerja ini merupakan badan subsidiari atau pelengkap dari Sub Komisi ECOSOC tersebut. Kelompok Kerja ini merupakan salah satu forum PBB yang terbesar di bidang hak asasi manusia. Selain mendukung dan mendorong dialog antara pemerintah dengan indigenous peoples, Kelompok Kerja memiliki dua tugas utama:

1. Meninjau kembali pembangunan nasional yang menyangkut pemajuan dan urbed perlindungan hak asasi manusia dan kebebasan dasar indigenous peoples; dan
2. Mengembangkan standar internasional yang berkaitan sehubungan dengan hak ahya indigenous peoples dengan mempertimbangkan baik persamaan maupun akan perbedaan situasi dan aspirasi mereka di seluruh dunia.

Kemudian pada Maret 1996 diadakan Seminar Ahli tentang Pengalaman Praktis sehubungan dengan Hak atas Tanah dan Tuntutan-tuntutan Masyarakat Adat yang diselenggarakan di Whitehorse, Kanada Seminar ini merupakan bagian dari Program Aksi Dekade Internasional Masyarakat Adat Dunia. David Keenan dari Yukon Council

of First Nations, mengetuai seminar, dan José Aylwin Oyarzon dari pemerintah Chili ditunjuk sebagai pelapor. Seminar ini menetapkan kesimpulan dan rekomendasi akhir mengenai hak atas tanah dan tuntutan dari masyarakat adat. Seminar ini menekankan bahwas pemajuan dan perlindungan hak atas tanah dan sumber daya alam masyarakat adat merupakan hal yang penting bagi perkembangan masyarakat dan perjuangan budaya. Lebih lanjut ditegaskan tentang pentingnya partisipasi masyarakat dalam proses pengambilan keputusan. Seminar ini menyimpulkan bahwa kemauan politik dalam bentuk komitmen yang sungguh-sungguh dari pemerintah sebagai mitra dalam pengambilan keputusan, merupakan hal yang sangat penting untuk keberhasilan pengelolaan, dan untuk menghindari terjadinya pertentangan antara berbagai pihak. Seminar ini juga menyatakan bahwa pelaksanaan pembangunan yang berkesinambungan harus benar-benar memperhatikan nilai-nilai masyarakat adat, pengetahuan, dan teknologi, dalam rangka menjamin sumber daya alam bagi generasigenerasi selanjutnya.²⁴

Dalam seminar PBB di Jenewa pada Januari 1989, para ahli dari kelompok-kelompok pemerintah dan indigenous peoples, diundang untuk mendiskusikan pengaruh rasisme dan

²⁴ Lembar Fakta HAM, Edisi III, Komnas HAM, Jakarta, 122.

diskriminasi rasial dalam konteks sosial dan ekonomi antara masyarakat adat dan negara. Kesimpulan dan rekomendasi dari seminar menunjukkan bahwa masyarakat adat telah dan masih menjadi korban rasisme dan diskriminasi sosial; bahwa hubungan antara Negara dan masyarakat adat harus didasarkan pada kesepakatan dan kerja sama yang bebas dan jelas, dan bukan hanya berdasarkan diskusi dan partisipasi; dan masyarakat harus dianggap sebagai subjek yang sesuai dalam hukum internasional dengan hak kolektif yang dimilikinya.

Pada 18 desember 1990. Majelis Umum PBB mengeluarkan Resolusi No. 45/164 di mana adanya kesadaran untuk mengakui bahwa dibutuhkan suatu pendekatan baru dalam masalah masyarakat adat. Resolusi ini menyatakan bahwa 1993 adalah Tahun Internasional Masyarakat Adat Sedunia. Selama bertahun-tahun masyarakat adat mengharapkan suatu tahun internasional untuk meningkatkan kesadaran internasional akan situasi yang mereka hadapi. Pada upacara pembukaan di New York, untuk pertama kalinya dalam sejarah PBB, pemimpin-pemimpin masyarakat adat berbicara secara langsung dari podium PBB.

Puncak dari perjuangan masyarakat adat di seluruh dunia adalah lahirnya Deklarasi PBB tentang Hak-hak Masyarakat Adat / Declaration on the Rights of Indigenous

Peoples (UNDRIP). Pasal 26 ayat (1) Deklarasi PBB tentang Hak-Hak Masyarakat Adat menyebutkan bahwa "masyarakat adat memiliki hak atas tanah-tanah, wilayah-wilayah dan sumber daya-sumber daya yang mereka miliki atau duduki secara tradisional atau sebaliknya tanah-tanah, wilayah-wilayah dan sumber daya-sumber daya yang telah digunakan atau yang telah didapatkan.

Selanjutnya pada ayat (2) disebutkan bahwa "masyarakat adat memiliki hak untuk memiliki, menggunakan, mengembangkan dan mengontrol tanah-tanah, wilayah-wilayah dan sumber daya- sumber daya yang mereka miliki atas dasar kepemilikan tradisional atau pendudukan dan penggunaan tradisional lainnya, juga tanah-tanah, wilayah-wilayah dan sumber daya-sumber daya yang dimiliki dengan cara lain".

Deklarasi bahkan memandatkan kepada Negara-negara untuk memberikan pengakuan hukum dan perlindungan atas tanah-tanah, wilayah-wilayah dan sumber daya-sumber daya tersebut. Pengakuan itu harus dilakukan sejalan dengan penghormatan atas kebiasaan-kebiasaan, tradisi- tradisi dan sistem penguasaan tanah pada masyarakat adat yang bersangkutan. Hal ini diatur dalam pasal 26 ayat (3) Deklarasi.

B. Hak atas Kebudayaan

Terkait dengan kehidupan berbangsa dan bernegara, kebudayaan adalah subyek soal yang harus dibincangkan dengan serius dan hati-hati, karena masalah kebudayaan menyangkut pengalaman dan penghayatan masyarakat terhadap lingkungan sekitar dan kehidupannya. Bagi setiap kelompok masyarakat, kebudayaan adalah ruh yang melandasi spirit hidup dan kemudian terberi sebagai sebuah identitas. Pengabaian, juga penyederhanaan, terhadap aspek kebudayaan sama dengan pengabaian akan hak hidup seseorang yang paling asasi.

Kebudayaan masyarakat adat mempunyai dimensi ruang yang istimewa ketimbang kebudayaan masyarakat pada umumnya. Hal ini dikarenakan permasalahan yang dialami masyarakat adat seringkali melampaui variabel-variabel yang umumnya ada pada permasalahan sosial budaya. Kebudayaan mereka bukan saja berhadapan dengan ancaman kepunahan, tapi juga pembinasan keyakinan diri atas apa yang mereka miliki. Mereka tidak saja berhadapan dengan dorongan arus global yang menggilas, tapi juga penghancuran paksa secara sistemik oleh negara sendiri.

Untuk kasus yang terakhir, negara melakukan penghancuran kebudayaan yang bersifat partikular lewat usaha-usaha penyeragaman, termasuk usaha mencari wujud dengan apa

yang disebut kebudayaan nasional, kebudayaan Indonesia. Sehingga atas nama itu, ciri yang berada di tepian dan berentitas kecil tersebut dibunuh dengan perlahan, sambil menyuap potensi konflik dengan mengkristalkan kebudayaan masyarakat adat lewat apa yang dinamakan kebudayaan-kebudayaan daerah. Dan dengan begitu, "kebudayaan daerah" dikerdilkan karena cukup diwakili oleh rumah, busana, senjata, dan tarian tradisional.

Hal di atas menunjukkan bahwa peran negara sudah bergeser terlalu jauh, dari yang seharusnya sebagai perawat dan pengelola, kemudian menjadi penafsir kebudayaan. Peran penafsir ini yang seringkali membunuh kebudayaan masyarakat adat lewat metodologi, klasifikasi, dan standarisasi yang diberlakukan secara nasional - padahal kebudayaan bersifat relatif. Belum lagi ditambah dengan cara yang mengabaikan entitas-entitas kecil, dan direpresentasikan dengan payung yang lebih besar dan berperspektif politik ketimbang budaya. Hal ini terlihat dari, misalnya, budaya To Kaili yang disebut - bahkan - sebagai budaya Sulawesi, alih-alih Sulawesi Tengah, Palu, atau malah To Kaili itu sendiri.

Kebudayaan sebagai sebuah definisi mempunyai pengertian yang luas dan beragam. Berbagai ahli merumuskan kebudayaan dengan definisinya masing-masing. Namun secara kumulatif dapat dikatakan bahwa kebudayaan adalah

jalan hidup suatu kelompok masyarakat/bangsa yang mencakup keyakinan, adat, teknologi, pengetahuan, praktik, dan perilaku sosial serta kesenian (musik, sastra, ukir, tari, teater, dll). Semuanya itu tumbuh dan berkembang secara kumulatif di masa lampau, dan secara sadar dan sengaja diturunkan ke generasi berikutnya. Lewat kebudayaan, suatu bangsa mencirikan identitasnya, dan kemudian menjadi landasan titik pijak dari mana dan mau ke mana.

Pembukaan Deklarasi Universal Konvensi UNESCO tahun 2001 tentang Keragaman Budaya mendefinisikan bahwa kebudayaan harus dilihat sebagai kumpulan dari aspek-aspek spritual, material, intelektual, dan perasaan dari suatu kelompok masyarakat, sebagai bagian tak terpisahkan dari seni dan sastra, gaya hidup, cara pandang hidup bersama, sistem nilai, tradisi dan kepercayaan.

Beragamnya definisi tentang kebudayaan menandakan bahwa penafsiran terhadap kebudayaan selalau bersifat perspektivis dan parsial. Maknaya netral, dinamis, dan tidak pernah stabil, tergantung pada penghayatan dan pengalaman hidup individu dan masyarakat yang pada dasarnya selalu berubah (Nurul Huda dalam "Negara Perlu Mengurus Kebudayaan?", Kompas, 27 November 2004). Karena itu, yang tepat untuk memberikan tafsir atas kebudayaan adalah masyarakat pemilik kebudayaan itu sendiri, bukan negara.

Jadi, dalam kaitan aktivitas masyarakat adat menafsir budaya mereka sendiri, negara berkewajiban agar masyarakat adat sedikitnya dijamin hak kebudayaannya yang meliputi: (1) hak untuk memiliki dan menjalankan budaya yang berbeda dari budaya mayoritas, (2) hak untuk dihormati dan berdiri setara dengan budaya lain, dan (3) hak mendapatkan pengakuan dan perlindungan dari negara.

Instrumen Hukum yang Bicara Hak atas Kebudayaan

Baik pada tingkat nasional maupun internasional, sebenarnya sudah banyak instrumen hukum yang dapat dijadikan landasan. Misalnya pada Deklarasi PBB Tentang Hak-hak Masyarakat Adat, bagian Pembukaan berbunyi: *“Indigenous peoples are equal to all other peoples, while recognizing the right of all peoples to be different, to consider themselves different, and to be respected as such...all peoples contribute to the diversity and richness of civilization and cultures, which constitute the common heritage of...”* Juga pada Artikel 3 yang berbunyi, *“Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social, and cultural development.”* Dan pada Artikel 15. 1: *“Indigenous peoples have the right to the dignity and diversity of their cultures, traditions, histories, and aspirations which*

shall be appropriately reflected in education and public information.”

Termasuk juga nomor-nomor pada Artikel 4, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 23, 24, 25, 31, 33, 34, 36. Dan beberapa instrumen hukum internasional seperti: International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (1966), ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention C169 (1989), UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity (2001), dan UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (2005).

Dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang ratifikasi International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, Hak Kebudayaan di Indonesia diatur dalam Pasal 15 yang menyatakan bahwa negara mengakui hak setiap orang untuk ambil bagian dalam kehidupan budaya, menikmati hasil kemajuan ilmu dan aplikasinya, serta mendapat keuntungan dari perlindungan atas kepentingan moral dan material dari produk-produk keilmuan, kesusasteraan, dan kesenian yang merupakan hasil karyanya. Pada perkembangannya, Hak Kebudayaan sering dikaitkan dengan Pasal 27 The International Covenant on Civil and Political Rights tentang perlindungan hak kelompok minoritas etnis, religius, dan kebahasaan.

Lalu dalam Konvensi tentang Perlindungan dan Promosi Keanekaragaman Budaya yang diterbitkan oleh UNESCO menuliskan beberapa poin yang menjawab pertanyaan mengapa kebudayaan perlu disoal, keperluannya, dan peran strategisnya dalam membangun peradaban bangsa manusia, juga termasuk mengenai posisi hak kebudayaan masyarakat adat: (*yang digarisbawahi dianggap lebih relevan dengan topik bahasan*)

Mengakui bahwa keanekaragaman budaya adalah ciri yang mendefinisikan manusia.

Menyadari bahwa keanekaragaman budaya merupakan warisan bersama manusia dan harus disayangi dan dilestarikan untuk memberi manfaat kepada semua orang.

Menyadari bahwa keanekaragaman budaya menciptakan dunia yang kaya dan beraneka ragam, yang memperbanyak luasnya pilihan dan membudidayakan kapasitas dan nilai manusia, sehingga menjadi pendorong utama bagi pembangunan berkelanjutan bagi berbagai komunitas, suku dan bangsa.

Mengingat bahwa keanekaragaman budaya, yang berkembang di dalam kerangka demokrasi, toleransi, keadilan sosial dan sikap saling menghargai antara berbagai suku dan kebudayaan, adalah unsur yang mutlak dibutuhkan untuk

kedamaian dan keamanan pada tingkat lokal, nasional maupun internasional.

Merayakan pentingnya keanekaragaman budaya untuk mencapai hak dan kebebasan asasi manusia yang diproklamasikan dalam Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*) and dan instrumen lain yang diakui secara universal.

Menegaskan perlunya mengikutsertakan kebudayaan sebagai unsur strategis dalam kebijakan pembangunan nasional maupun internasional, serta dalam kerjasama pembangunan internasional, dengan mempertimbangkan Deklarasi Milenium Perserikatan Bangsa-bangsa 2000 (United Nations Millennium Declaration (2000)) yang khususnya menegaskan pengentasan kemiskinan.

Mempertimbangkan bahwa kebudayaan mengambil beraneka ragam bentuk sepanjang waktu dan ruang, dan bahwa keanekaragaman ini terwujud dalam sifat istimewa dan jamak berbagai identitas dan espresi budaya banyak rakyat dan suku yang menjadi unsur masyarakat manusia. *Mengakui* pentingnya pengetahuan tradisional sebagai sumber kekayaan takbenda dan material, dan khususnya berbagai sistem pengetahuan penduduk asli, dan sumbangannya yang positif pada pembangunan berkelanjutan, serta perlunya

perlindungan dan promosi yang cukup untuk pengetahuan tradisional tersebut.

Mengakui perlunya mengambil tindakan untuk melindungi keanekaragaman ekspresi budaya, termasuk isinya, khususnya dalam keadaan ekspresi budaya tersebut terancam oleh kemungkinan kepunahan atau kelumpuhan yang serius.

Menegaskan pentingnya kebudayaan sebagai pelekak sosial secara umum, dan khususnya potensinya untuk meningkatkan status dan peran wanita dalam masyarakat,

Menyadari bahwa keanekaragaman budaya diperkuat oleh arus gagasan secara bebas, dan dikembangkan oleh pertukaran dan interaksi terus menerus antara berbagai kebudayaan, Mengakui bahwa kebebasan berpikir, ekspresi dan informasi, serta keanekaragaman media, memungkinkan ekspresi budaya berkembang di dalam masyarakat,

Mengakui bahwa keanekaragaman ekspresi budaya, termasuk ekspresi budaya tradisional, adalah unsur penting yang memungkinkan perseorangan dan suku mengekspresikan gagasan dan nilainya serta menukarnya dengan sesama,

Mengingat bahwa keanekaragaman bahasa merupakan unsur pokok dalam keanekaragaman budaya, dan mengakui peran

pokok pendidikan dalam melindungi dan mempromosikan ekspresi budaya,

Mempertimbangkan pentingnya vitalitas budaya, termasuk anggota minoritas dan suku penduduk asli, sebagaimana terwujud dalam kebebasan mereka untuk menciptakan, menyebarkan dan mendistribusikan ekspresi kebudayaan tradisional mereka dan mempunyai akses padanya, supaya mereka memperoleh manfaat demi pembangunannya sendiri.

C. Hak untuk Menentukan Nasib Sendiri

Pembicaraan tentang masyarakat adat dan hak-hak mereka tidak akan lengkap tanpa mengedepankan persoalan *rights of self-determination* atau hak untuk menentukan nasib sendiri, sebuah prinsip paling penting dalam sistem internasional dewasa ini. Dalam berbagai *international legal instrument* utama maupun dalam United Nations Charter prinsip ini diakui secara luas sebagai prinsip hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) dan bahkan sebagai *ius cogens* atau sebuah prinsip yang tidak bisa diabaikan sama sekali.²⁵

Namun perlu disadari bahwa *rights of self-determination* bukan melulu merupakan isu yang muncul karena adanya isu

²⁵ Anaya, James op.cit 75.

masyarakat adat atau *indigenous peoples*. Hak untuk menentukan nasib sendiri sudah lama menjadi pembicaraan di tingkat internasional. Setelah Perang Dunia I (PD I) berakhir dan dibentuk Liga Bangsa-Bangsa perdebatan tentang hak ini sudah muncul. Baik Amerika Serikat maupun Uni Soviet kala itu sama-sama mendorong prinsip self-determination walaupun dengan argument berbeda. Woodrow Wilson mengaitkan prinsip ini dengan ideal-ideal demokrasi liberal Barat sementara Stalin dan Lenin mendorong prinsip ini atas tujuan pembebasan kelas.²⁶ Periode setelah Perang Dunia II (PD II) merupakan puncak pencapaian perjuangan tentang hak asasi manusia. Hak menentukan nasib sendiri kembali mengemuka dan menjadi salah satu prinsip utama yang ditetapkan dalam UN Charter. Dan setelah melalui perdebatan panjang selama kurang lebih dua dekade, akhirnya prinsip ini masuk dalam dua kovenan utama instrumen HAM internasional, yaitu Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik dan Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial, Budaya.

Dari perspektif historis, ada dua karakter substansi perdebatan mengenai esensi hak menentukan nasib sendiri. Pada era seputar PD I sampai pasca PD II prinsip ini diperdebatkan

²⁶ Ibid. 76

dalam kerangka kemerdekaan Negara-negara jajahan. Jadi konteksnya adalah dekolonisasi Negara- negara yang dijajah dan belum menyentuh hak dan kebebasan dasar manusia-manusia yang berada di dalam Negara-negara yang menuntut kemerdekaan tersebut. Setelah PD II esensi hak menentukan nasib sendiri dirumuskan dalam nada hak untuk menentukan sendiri pembangunan ekonomi, sosial dan budaya serta hak untuk berpartisipasi aktif dalam setiap proses politik dalam negaranya masing-masing yang akan menentukan nasib dari kelompok-kelompok masyarakat adat.

Ada pendapat yang membedakan kedua karakter substansi *self-determination* ini sebagai *rights to self-determination* dan *rights of self-determination*. Leo Gross misalnya, menyatakan bahwa *rights to self-determination* merujuk pada hak masyarakat atau bangsa untuk membentuk Negara sendiri sedangkan *rights of self-determination* adalah hak masyarakat dalam sebuah Negara untuk menentukan sendiri sistem pemerintahan, ekonomi, dan lain-lain.²⁷ Dalam lingkup Perserikatan Bangsa-Bangsa ketentuan mengenai *rights of self-determination* mendapatkan tekanan yang jelas pada makna *rights of* dan dengan itu menegaskan bahwa hak ini dilaksanakan dalam kerangka Negara-negara yang berdaulat.

²⁷ Gross, Leo (1984), 'Essays on international law and organization', Volume 1, Transnational Publishers Inc. 260.

Hak ini ditempatkan di bawah (*subordinates*) hak kedaulatan negara²⁸, selaras dengan Resolusi Majelis Umum PBB No. 1514 (XV) yang disahkan pada 14 Desember, 1960, khususnya Pasal 6 dan Pasal 7 yang dikutip di bawah ini²⁹:

- *Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the United Nations Charter*
- *All States shall observe faithfully and strictly the provisions of the Charter, the Universal Declaration of Human Rights and the present Declaration on the basis of equality, non-interference in the internal affairs of all States and respects for the sovereign rights of all peoples and their territorial integrity*

Kedua pasal ini jelas menegaskan *rights of self-determination* dan kedaulatan Negara. Di satu sisi ia menyatakan bahwa *rights of self-determination* tidak boleh merusak keutuhan Negara nasional dan integritas wilayahnya; di sisi lain ia menegaskan bahwa adanya kedaulatan Negara yang tidak boleh dicampurtangani oleh Negara atau bangsa lain. Dan oleh karena itu menegaskan bahwa *rights of self-*

²⁸ Simpson, Tony (1997), 'Indigenous Heritage and Self-Determination', Document-IWGIA No. 86, Copenhagen, 24.

²⁹ Diunduh dari www.un.org pada 14 November 2010 di Jakarta

determination adalah hak masyarakat yang dipraktekkan atau dilaksanakan dalam kerangka Negara tempat masyarakat tersebut berada.

Meskipun demikian tidak sedikit kekhawatiran dari Negara akan pelaksanaan hak ini, khususnya Negara-negara dengan keragaman yang luar biasa dalam hal budaya dan suku bangsa, seperti Indonesia. Respon dari Pemerintahan Presiden Soeharto (waktu itu) menjadi bukti kekhawatiran ini dalam berhadapan dengan isu hak-hak masyarakat adat atau *indigenous peoples*. Di Indonesia, seperti pada kebanyakan Negara-negara Asia, persoalan membedakan kelompok yang *indigenous* dan *non-indigenous* lebih rumit, dan sebagaimana kebanyakan Negara Asia, Indonesia di bawah Soeharto menggunakan pembenaran bahwa hampir semua orang Indonesia adalah masyarakat adat.³⁰ Secara terbalik dapat dikatakan bahwa rejim Soeharto memandang atau semua orang Indonesia itu masyarakat adat atau, jika bukan, maka semuanya bukan masyarakat adat. Kekhawatiran seperti itu menghinggapi banyak pemerintahan Negara-negara sehingga mereka ingin mengganti istilah ini dengan “*self-government*”

³⁰ Persoon, G. (1998), 'Isolated groups or indigenous peoples: Indonesia and the international discourse', dikutip dalam Davidson, Henley dan Moniaga (eds), 'Adat Dalam Politik Indonesia', KITLV-Jakarta dan Pustaka Yayasan Obor, Jakarta, 2010, 11.

atau bahkan dengan 'otonomi'. Hal ini terjadi terutama karena istilah *self-determination* dipandang, jika diakui sebagai hak, akan berpotensi merusak integritas atau stabilitas Negara.³¹

Dalam periode belakangan ini, di tingkat internasional sudah umum diterima bahwa apa yang dimaksud dengan *rights of self-determination* adalah hak untuk berpartisipasi penuh dalam proses-proses demokratis dalam pengambilan kebijakan yang akan mempengaruhi kehidupan sosial, ekonomi dan budaya masyarakat adat. Dalam kasus Sahara Barat (West-Saharan), International Court of Justice mendefinisikan *rights of self-determination* sebagai: *The need to pay regard to the freely expressed will of peoples* atau perlunya menghargai kehendak bebas masyarakat.³² Dalam berbagai kesempatan pertemuan-pertemuan internasional yang diselenggarakan oleh PBB perwakilan-perwakilan masyarakat adat tidak henti-hentinya menegaskan pentingnya *rights of self-determination*, di samping hak-hak dan kebebasan dasar lainnya. Dalam World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (WCAR) di Durban, 2001, World Summit on Sustainable Development (WSSD) di Johannesburg 2002, dan dalam serangkaian Conference of the Parties (COP) untuk

³¹ Indigenous Affairs' No. 3/01 hlm. 4

³² www.iwgia.org diakses pda 15 November 2010 di Jakarta

Konvensi Keanekaragaman Hayati atau Convention on Biological Diversity, maupun pertemuan- pertemuan lainnya sampai COP 15 tentang Perubahan Iklim di Copenhagen setahun berselang, perwakilan masyarakat adat selalu menegaskan pentingnya hak ini sebagai fondasi untuk terpenuhinya hak-hak lainnya secara optimal. International Indigenous Peoples Forum on Climate Change (IIPFCC) misalnya, menyatakan dalam IIPFCC Policy Paper on Climate Change (2009) paragraf 6 bahwa hak atas *self-determination* dan *free, prior, and informed consent (FPIC)* adalah *'minimum standards to safeguard our rights and interests through the different stages of the project lifecycle, including policy framing, planning and design, implementation, restoration, rehabilitation, benefit sharing and conflict resolution'*³³.

Dalam UNDRIP hak untuk menentukan nasib sendiri diatur dalam Pasal 3 dan Pasal 4 menyatakan:

Pasal 3

Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural

³³ Lihat misalnya, www.tebtebba.org. Dokumen *policy paper* tersebut diunduh pada 15 November 2010 di mene Jakarta

development. (Masyarakat adat mempunyai hak atas penentuan nasib sendiri. Berdasarkan hak tersebut, mereka bebas untuk menentukan status politik dan bebas untuk melaksanakan pembangunan ekonomi, sosial dan budaya mereka. Terjemahan bebas penulis)

Pasal 14

Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions. (Masyarakat adat, dalam melaksanakan hak atas penentuan nasib sendiri, memiliki hak atas otonomi atau pemerintahan sendiri dalam hal-hal yang berkaitan dengan urusan-urusan internal dan lokal mereka, dan juga dalam cara-cara dan sarana-sarana untuk mendanai fungsi-fungsi otonom yang mereka miliki. *Terjemahan bebas penulis*)

Menarik untuk memperhatikan bahwa dalam UNDRIP digunakan istilah *rights to self-determination* dan bukan *rights of self-determination* sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1 Kovenan Hak Internasional Sipil dan Politik (KIHSP) serta Kovenan Internasional Hak Ekonomi, Sosial, Budaya (KIHESB).

Meskipun Indonesia adalah salah satu Negara yang mendukung diadopsinya Deklarasi tersebut, sikap Indonesia terhadap persoalan *self-determination* jelas mempertahankan integritas wilayah dan kedaulatannya sebagai sebuah Negara³⁴. Hal ini sudah ditegaskan dalam UUD 1945 sebelum Amandemen bahwa tidak boleh ada Negara di dalam Negara.

Sementara dari pihak gerakan masyarakat adat persoalan hak untuk menentukan nasib sendiri lebih banyak disuarakan dalam bentuk desakan untuk pemberlakukan hukum adat, bentuk- bentuk pemerintahan 'asli' dalam pengurusan diri sendiri secara internal (*self-governance*) dalam satuan komunitas, misalnya desa atau dengan nama lain. Salah satu contoh pengurusan diri pada tingkat komunitas masyarakat adat adalah desa *pekraman* sebagai unit desa adat di Bali yang berdampingan (*co-existence*) dengan desa dinas yang merupakan unit administrasi pemerintahan Negara Indonesia.

Pada akhirnya memang hak untuk menentukan nasib sendiri akan bermuara pada konteks politik dalam pelaksanaannya. Ada sejumlah kelompok masyarakat adat di Negara-negara tertentu yang memperjuangkannya sebagai hak untuk membentuk suatu pemerintahan sendiri yang

³⁴ Lihat misalnya PUSHAM UII Yogyakarta (2010), '*Hukum Hak Asasi Manusia*', 95-96.

berdaulat dan terpisah dari Negara di mana kelompok tersebut sekarang ini menjadi bagian darinya. Namun ada pula kelompok masyarakat adat yang telah menyelesaikan persoalan ini dalam hubungannya dengan negaranya dalam bentuk otonomi terbatas. Perjuangan masyarakat adat di India timur laut atau di Mindanao, Philippina adalah contoh dari jenis pertama sedangkan masyarakat Inuit di Greenland memilih otonomi tertentu dalam Negara Denmark merupakan contoh dari jenis kedua. Kasus Papua adalah contoh tarik menarik antara jenis pertama dan kedua, yang coba diselesaikan secara politik dengan Undang-Undang No. 21 Tahun 2001 Tentang Otonomi Khusus Bagi Propinsi Papua.

BAB III
HAK ATAS FREE, PRIOR AND INFORMED
CONSENT (FPIC)

A. Hak untuk bebas menerima atau menolak proyek pembangunan dalam wilayah mereka (*free, prior, and informed consent*)

Ini adalah hak yang paling banyak diperjuangkan dan dituntut oleh masyarakat adat. UNDRIP mencantumkan hak ini dalam Pasal 10, 11 ayat 2, 19, 28 ayat 1, 29 ayat 2 dan 32 ayat 2. Prinsip *free, prior, and informed consent* (FPIC) menegaskan bahwa masyarakat adat mempunyai hak untuk secara bebas menyatakan "menerima" atau "menolak" sebuah rencana pembangunan dalam wilayah mereka atas dasar informasi yang lengkap yang disampaikan atau diperoleh masyarakat adat sejak sedini rencana itu dicetuskan. Ini berarti bahwa setiap pihak yang akan menyelenggarakan proyek pembangunan dalam wilayah masyarakat adat wajib memberikan informasi yang sejelas-jelasnya tentang seluruh aspek proyek itu, termasuk dampak baik dan buruk kepada masyarakat adat. Dan masyarakat adat mempunyai hak untuk mendapatkan waktu cukup untuk mendiskusikan semua informasi tersebut dan berhak untuk mendapatkan nasihat atau bantuan dari pihak-pihak yang mereka inginkan. Hal ini

penting mengingat perbedaan sistem nilai, cara pikir dan pandangan hidup antara mereka dengan pihak luar.

Hak untuk menjalankan prinsip FPIC sudah diatur dalam KIHSP dan KIHESB namun hanya menyangkut individu dan Negara dalam hal perkawinan (KIHSP Pasal 23 ayat 3 dan KIHESB Pasal 10 ayat 1); hal tindakan medis dan percobaan ilmiah (KIHSP Pasal 7), hal kerjasama internasional (KIHESB Pasal 11 ayat 1) dan hal hubungan Negara dan Komite dalam hal pengaduan (KIHSP Pasal 42 ayat 1). Mengenai hak atas FPIC bagi masyarakat adat dapat ditemukan dalam Pasal 12 Konvensi 107, dan Pasal 16 ayat 2 Konvensi 169. Konvensi 107 masih menggunakan frasa '*free consent*' yang bermakna persetujuan bebas tanpa tekanan apa pun, sedangkan Konvensi 169 sudah menggunakan frasa lebih lengkap '*free and informed consent*' atau persetujuan bebas atas dasar informasi lengkap. Hanya UNDRIP yang menggunakan frasa '*free, prior and informed consent*'. Begitu pentingnya hak ini bagi masyarakat adat sampai UNDRIP mencantumkannya dalam Pasal 10, 11 ayat 2, 19, 28 ayat 1, 29 ayat 2 dan 32 ayat 2.

Per definisi prinsip FPIC didefinisikan secara sederhana sebagai 'Hak' masyarakat untuk mendapatkan informasi (*Informed*) sebelum (*Prior*) sebuah program atau proyek investasi dilaksanakan dalam wilayah mereka, dan

berdasarkan informasi tersebut, mereka secara bebas tanpa tekanan (*Free*) merumuskan keputusan untuk menyatakan setuju (*consent*) atau menolak. Dengan rumusan lain FPIC adalah hak komunitas masyarakat (adat) untuk memutuskan jenis kegiatan pembangunan macam apa yang mereka perbolehkan untuk berlangsung dalam tanah adat mereka.

Keseluruhan ini berarti bersikap adil (*fair*) terhadap masyarakat adat. Landasan moral filosofisnya adalah proposisi moral dasar bahwa seseorang atau sekelompok orang hanya dapat menjadi manusia karena ada manusia atau kelompok manusia di luar dirinya. Dari proposisi moral ini dapatlah diturunkan pernyataan bahwa semua manusia adalah setara karena saling mengandaikan keberadaan satu sama lain. Dengan demikian frasa *free* atau bebas dalam FPIC adalah keputusan-keputusan yang dibuat oleh masyarakat adat mesti dicapai melalui proses-proses yang saling menghormati kepentingan masing-masing pihak (baik kepentingan masyarakat adat maupun kepentingan pihak pemerintah, perusahaan dan lain-lain), tanpa ada kekerasan, intimidasi ancaman, penyuapan dan pemaksaan.

Keadilan terhadap masyarakat adat hanya bisa dicapai jika keempat unsur di atas dilaksanakan secara simultan. Untuk itu negosiasi harus berlangsung sebelum pemerintah, investor dan perusahaan memutuskan apa yang akan mereka

laksanakan. Ada *unsure prior*. Hal ini berarti sebelum pihak luar masuk dan mulai melakukan sesuatu di dalam wilayah adat. Aspek waktu di sini sangat penting. Bahwa semua informasi tentang sebuah proyek atau inisiatif pembangunan yang akan berlangsung dalam sebuah wilayah masyarakat adat haruslah sudah disampaikan kepada masyarakat adat sedini rencana baru mulai digagas dan dalam perkembangan gagasan itu sampai kepada rencana relaisasinya, termasuk resiko-resiko yang akan timbul akibat dari tindakan pembangunan itu. nasib sendiri. Inil

Hal inilah yang ditegaskan oleh frasa, *informed*. Pihak luar harus menyajikan semua informasi yang mereka miliki tentang rencana investasi atau proyek kepada masyarakat, terkait dengan intervensi yang akan mereka lakukan, dalam bentuk yang mudah dipahami masyarakat. Hal ini berarti memberikan kepada komunitas waktu untuk membaca dan mempelajari, menilai dan mendiskusikan tentang rencana pihak luar tersebut. Hal itu juga berarti bahwa memberikan mereka waktu untuk mengumpulkan informasi-informasi penting yang terkait, sehingga masyarakat mengetahui apa dampak dari proposal pihak luar ini.

Consent berarti **menghormati sistem pengambilan keputusan dalam komunitas masyarakat adat** dan penentuan perwakilan yang mereka lakukan sendiri. Juga berarti bahwa jika pihak luar ingin mengakses wilayah masyarakat adat maka mereka harus menjelaskan apa yang akan mereka lakukan, bernegosiasi dengan kepentingan masyarakat adat, dan mengetahui bahwa masyarakat adat dapat saja setuju atau menolak rencana mereka sebagai pihak luar. Karena itu semua kata dalam FPIC sama pentingnya.

Landasan politik FPIC adalah status komunitas-komunitas masyarakat adat sebagai unsur pembentuk bangsa dan Negara. Anggota komunitas masyarakat adat adalah sekaligus warga Negara yang absah dari Negara. Landasan hukumnya adalah Konstitusi UUD 1945 (Amandemen) dan sejumlah peraturan hukum internasional dan nasional yang mengatur tentang hak warga Negara secara umum maupun yang secara khusus dan eksplisit tentang hak-hak masyarakat adat, sebagaimana diatur dalam Pasal 18 B dan Pasal 28 I UUD 1945 Amandemen Kedua; dalam UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan berbagai peraturan perundangan lainnya. Demikian pula dalam arena hukum internasional.

Dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia ditegaskan tentang adanya hak dan kebebasan dasar dari setiap manusia. Merujuk kepada DUHAM, prinsip FPIC

menegaskan sejumlah hak dan kebebasan dasar yang menjadi landasan moral dan hukum bagi promosi prinsip ini dalam pembangunan. Beberapa hak dan kebebasan dasar tersebut dapat disebutkan di sini.

1. Hak untuk hidup, sebagai salah satu hak asasi manusia sebagaimana dinyatakan di dalamn OH Deklarasi Universal tentang Hak-hak Asasi Manusia dan Undang-undang No. 39 tahun Pasal 1999 tentang HAM dan Deklarasi PBB tentang Hak-hak Masyarakat Adat.
2. Hak untuk secara bebas menentukan nasib sendiri (*self-determination*) mereka dan secara UDK bebas mengembangkan kemajuan ekonomi, sosial dan budaya mereka.
3. Hak atas informasi, terutama informasi-informasi yang langsung berkaitan dengan kehidupan mereka. Hak ini diatur di dalam UU No. 14 tahun 2008 tentang Keterbukaan UU SuInformasi Publik.
4. Hak untuk menyatakan pendapat, hak untuk berserikat dan berkumpul
5. Hak untuk bebas dari intimidasi, perlakuan sewenang-wenang, penyiksaan, dan lain-lain
6. Hak untuk bebas dari segala bentuk diskriminasi dalam menjalankan hak-hak mereka, khususnya yang didasarkan atas asal-usul atau identitas mereka,

sebagaimana dicantumkan dalam Deklarasi PBB tentang Hak-hak Masyarakat Adat.

Jika diperiksa dengan cermat maka semua hak dan kebebasan dasar yang dituntut oleh kelompok masyarakat adat akan bermuara pada tiga hal pokok, yaitu hak atas hidup, hak atas tanah dan sumberdaya alam dan hak untuk menentukan nasib sendiri. Inilah tiga pilar eksistensial dalam tuntutan masyarakat adat.

B. Kelembagaan yang Mengurusi Masyarakat Adat

Selain persoalan substansi pengaturan. Hal lain yang menjadi persoalan terkait dengan pengakuan hukum terhadap masyarakat adat adalah persoalan kelembagaan. Pertanyaan yang penting dikemukakan adalah lembaga negara mana yang bertanggungjawab mengurus masyarakat adat sehingga punya wewenang untuk mengeluarkan instrumen hukum pengakuan dan bertanggungjawab melaksanakan program terkait pemenuhan hak-hak masyarakat adat.

Bila merujuk kepada sistematika UUD 1945 maka lembaga yang memiliki wewenang mengurus masyarakat adat adalah Kementerian Dalam Negeri, Kementerian Hukum dan HAM serta kementerian Kebudayaan dan Pariwisata. Namun, pembedaan berdasarkan konstitusi itu bila diletakkan dalam bangunan peraturan perundang-undangan yang ada saat ini,

maka persoalan lembaga yang mengurus masyarakat adat lebih kompleks. Apalagi kalau dikaitkan dengan pengelolaan sumber daya alam.

Dalam menurunkan norma-norma konstitusi, sejumlah undang-undang terkait dengan sumber daya alam mengatur soal keberadaan dan hak-hak masyarakat adat. Hal ini menjadikan lembaga yang mengurus sumber daya alam juga mengurus keberadaan dan eksistensi masyarakat adat. Persoalannya menjadi rumit ketika lembaga yang mengurus sumber daya alam tersektoralisasi dalam banyak lembaga. Dan diantara sekian banyak lembaga tersebut punya cara pandang dan kepentingan-kepentingan yang berbeda-beda.

Tabel
Lingkup dan Dimensi Kelembagaan yang Mengurus
Masyarakat Adat

Subtansi	Lembaga	Dimensi
Pasal 18B ayat (3) UUD 1945, UU Pemerintahan Daerah	Kementerian Dalam Negeri	Tata Pemerintahan dan Pemberdayaan Masyarakat
Pasal 281 ayat (3) UUD 1945, UU HAM	Kementerian Hukum dan HAM	Hak Asasi Manusia
Pasal 32 ayat (1) UUD 1945	Kementerian Kebudayaan dan Pariwisata	Kebudayaan

UU Kehutanan	Kementerian Kehutanan	Pengelolaan hutan dan Keberadaan Masyarakat adat
UU Sumber Daya Air adang juga	Direkorat Jenderal Sumber Daya Air, Kementerian Pekerjaan Umum	Pengelolaan sumber daya air dan keberadaan masyarakat adat
UU Perkebunan	Direktorat Jenderal Perkebunan, Kementerian Pertanian	Gabtu rugi lahan bagi masyarakat adat
UU Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau Pulau Kecil	Kementerian Kelautan dan Perikanan	Pengelolaan wilayah pesisir dan pulau-pulau kecil
UU Kesejahteraan Sosial, Keppres 111 Tahun 1999	Kementerian Sosial	Akses terhadap pelayanan dasar
UU Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria	Badan Pertanahan Nasional	Hak Atas Tanah

Kata kunci bagi persoalan kelembagaan dalam pengakuan masyarakat adat adalah sektoralisme. Masing-masing instansi pemerintah memiliki aturan, perangkat kelembagaan,

program, dimensi dan bahkan ideologi masing-masing dalam memandang masyarakat adat. Seharunya hal ini bisa diselesaikan dengan melakukan evaluasi terhadap norma konstitusi, namun norma konstitusi pun mengalami persoalan tersendiri. Persoalan tersebut adalah model pengakuan bersyarat yang menaruh curiga terhadap masyarakat adat. Selain pada norma konstitusi, evaluasi tersebut dapat dilakukan secara empiris dengan melihat dinamika pengakuan hukum terhadap masyarakat adat dalam sepuluh tahun reformasi. Namun sampai saat ini belum ada upaya yang serius untuk melakukan koreksi dan menciptakan peraturan yang lebih jelas dan terkonsolidasi sehingga persoalan-persoalan yang selama ini muncul, misalkan persoalan kelembagaan bisa diselesaikan.

Dalam struktur pemerintahan eksekutif, kementerian dan kementerian dikoordinasikan oleh Menteri Koordinator. Dalam satu dekade terakhir, kementerian koordinator di Indonesia terdiri atas tiga, antara lain Kementerian Koordinator Bidang Kesejahteraan Rakyat, Kementerian Koordinator Ekonomi dan Keuangan dan Kementerian Koordinator Politik, Hukum dan Keamanan. Dari tiga kementerian koordinator itu, kementerian koordinator bidang ekonomi dan keuangan yang paling banyak membawahi Kementerian terkait dengan masyarakat adat seperti

Kementerian kehutanan, Kementerian kelautan dan perikanan, Kementerian pertanian dan badan pertanahan nasional. Sedangkan yang berada di bawah koordinasi kementerian koordinator kesejahteraan sosial adalah Kementerian sosial dan kementerian negara lingkungan hidup. Peta ini setidaknya mengindikasikan bahwa secara kelembagaan, pemerintah belum menjadikan persoalan keberadaan dan hak-hak masyarakat adat sebagai persoalan yang harus diurus secara lebih serius dan terprogramatik melalui satu lembaga tersendiri. Oleh karena itulah DPD di dalam draf RUU yang sudah disusunnya mengusulkan dibentuknya Badan Perlindungan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat di Pusat dan di Daerah yang khusus mengurus masyarakat adat.

Selain melihat koordinasi berdasarkan kementerian negara, persoalan lain terkait dengan pembagian urusan pemerintah, pemerintah provinsi dan pemerintah kabupaten/kota dalam melaksanakan otonomi daerah. Tidak semua Kementerian yang ada di pusat memiliki perpanjangan tangan di daerah. Misalkan tidak semua daerah memiliki dinas sosial yang mengupayakan pembukaan akses bagi komunitas adat terpencil. Kalaupun ada, nomenklatur masing-masing daerah sangat berbeda-beda tergantung dari situasi dan kepentingan daerah. Terkadang juga terdapat penggabungan

dinas-dinas, sehingga satu dinas sekaligus mengurus kehutanan dan pertanian, atau suatu dinas yang mengurus kesejahteraan sosial sekaligus mengurus pemadam kebakaran.

Tugas pokok dan kewenangan Pemerintah Daerah. Kebanyakan pemerintah daerah tidak mau mengambil inisiatif dan bertindak sebelum ada acuan teknis dari pemerintah pusat. Oleh karena itu, konfigurasi politik di daerah baik di pihak eksekutif maupun legislatif sangat menentukan terjadinya pengakuan hukum dalam bentuk peraturan daerah maupun surat keputusan kepala daerah.

Tugas-tugas pokok lembaga yang bertanggungjawab terhadap pengakuan dan perlindungan hak masyarakat adat antara lain:

1. Memastikan tersedianya prosedur pengakuan dan perlindungan yang mengutamakan pemajuan hak-hak masyarakat adat
2. Melaksanakan program-program yang bertujuan untuk mendorong pengakuan, terhadap perlindungan dan pemenuhan hak-hak masyarakat adat
3. Melakukan pengawasan terhadap kebijakan dan program instansi negara lainnya dalam pengakuan dan perlindungan hak masyarakat adat

4. Memfasilitasi penyelesaian konflik antara masyarakat adat dengan instansi negara maupun perusahaan dengan prinsip-prinsip FPIC.

C. Proses dan bentuk pengakuan hukum

1. Proses dan bentuk pengakuan hukum dalam peraturan perundang-undangan yang sekarang ini

Di dalam peraturan perundang-undangan yang sudah ada tidak banyak merumuskan persoalan proses pengakuan hukum terhadap hak masyarakat adat, meskipun rata-rata menyebutkan bahwa muara pengakuan hukum dilakukan dalam bentuk peraturan daerah. Berikut tabel perbandingan pengaturan proses dan bentuk pengakuan hukum dalam sejumlah undang-undang.

Tabel

Proses dan bentuk pengakuan hukum dalam berbagai peraturan perundang-undangan

Peraturan	Proses dan Bentuk Pengakuan Hukum
UU Pemerintahan Daerah	Tidak mengatur mengenai proses dan bentuk pengakuan hukum yang lebih spesifik terhadap masyarakat adat

UU HAM	<ul style="list-style-type: none"> - Pengukuhan keberadaan dan hapusnya masyarakat adat ditetapkan dengan peraturan daerah - Peraturan daerah disusun dengan mempertimbangkan hasil penelitian para pakar hukum adat, aspirasi masyarakat setempat, dan tokoh masyarakat adat yang ada di daerah yang bersangkutan, serta instansi atau pihak lain yang terkait.
UU Perkebunan	Dikukuhkan dengan peraturan daerah
UU Sumber Daya Air	Dikukuhkan dengan peraturan daerah
UU Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil	Bentuk pengakuan hukum terhadap hak masyarakat adat dalam pengelolaan pesisir dan pulau-pulau kecil diberikan dalam bentuk Hak Pengusahaan Perairan Pesisir (HP-3)
UU Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup	Pemerintah dan pemerintah provinsi menetapkan kebijakan tentang

	<p>pengakuan keberadaan masyarakat hukum adat, kearifan lokal, dan hak masyarakat hukum adat. Sedangkan pemerintah kabupaten/kota melaksanakan kebijakan pengakuan tersebut.</p>
--	--

Hanya UU Kehutanan yang merumuskan pengaturan mengenai proses pengakuan hukum terhadap keberadaan dan hak-hak masyarakat adat, khususnya dalam perancangan peraturan daerah tentang pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat. Di dalam UU Kehutanan disebutkan bahwa peraturan daerah disusun dengan mempertimbangkan hasil penelitian para pakar hukum adat, aspirasi masyarakat setempat, dan tokoh masyarakat adat yang ada di daerah yang bersangkutan, serta instansi atau pihak lain yang terkait. Meskipun hampir semua sepakat bahwa perlu ada penelitian yang dilakukan multi pihak untuk mengidentifikasi masyarakat adat, dalam praktiknya tidak selalu demikian. Misalkan dalam proses pembentukan Peraturan Daerah Kabupaten Lebak Nomor 32 Tahun 2001 tentang Perlindungan Hak Ulayat Masyarakat Baduy dan Peraturan Daerah Sumatera Barat Nomor 6 Tahun 2008 tentang Pemanfaatan Tanah Ulayat. Kedua peraturan tersebut

beranjak dari asumsi bahwa masyarakat adat sudah ada dan tidak lagi perlu dilakukan penelitian khusus sebab sudah ada banyak penelitian yang menunjukkan itu.

Hal ini menunjukkan bahwa meskipun ada beberapa ketentuan perundang-undangan yang mengatur tentang proses dalam pengakuan hukum terhadap masyarakat adat, yang lebih menentukan itu adalah kemauan politik dari pemerintah. Bila ada kemauan politik pemerintah, mekanisme untuk pengakuan bisa dimodifikasi oleh pemerintah.

2. Metode identifikasi masyarakat adat

Proses pengakuan hukum terhadap hak-hak masyarakat adat meliputi proses identifikasi dan verifikasi. Proses ini dapat dilakukan oleh pihak dari luar masyarakat adat. Namun banyak pihak yang menentang bila proses identifikasi adalah orang luar masyarakat adat, sebab bagi masyarakat adat, yang paling tahu dengan keberadaan mereka sebagai masyarakat adat adalah mereka sendiri, bukan orang luar. Hal ini sejalan dengan prinsip *self-identification*.

Self-identification pada dasarnya memberikan kebebasan kepada masyarakat untuk menyatakan apakah mereka masyarakat adat atau bukan dengan memeriksa dan mengkonfirmasi kriteria yang ditetapkan dalam peraturan.

Setelah proses *self-identification* tersebut baru dilakukan verifikasi melalui penelitian dan pemeriksaan terhadap laporan identifikasi.

Saat ini dapat dikumpulkan empat metode identifikasi masyarakat adat, yaitu: (a) Sensus penduduk; (b) etnolinguistik; (c) Data sejarah tertulis; dan (d) Identifikasi partisipatif. Empat metode tersebut masing-masing memiliki kelemahan dan kelebihan satu sama lain sehingga diperlukan metode-metode gabungan yang bisa menutupi masing-masing kelemahan.

Tabel

Perbandingan Metode Identifikasi Masyarakat Adat

	Sensus Penduduk	Etnolin guistik	Data sejarah Tulis	Identifikasi partisipatif	Gabungan
Temuan	1. Makro 2. Self identification	Lokal	tersebar	Lokal Self identification	
Kelemahan	Skala besar Ethnis = MA	Bahasa = MA	Bias Penulis Sejarah	Lama, mahal	
Kelebihan	Cepat, data tersedia	Akurasi tinggi	Data tersedia cepat	Akurat tingkat local	
Konsekwensi	Digunakan untuk perencanaan makro	Untuk penyeban	Berbeda dengan sejarah lisan	Harus siap dengan penyelesaian konflik	

Metode-metode yang ada juga belum tersedia untuk bisa mengidentifikasi kelompok-kelompok nomadik dan yang berada di perbatasan negara serta masyarakat adat yang ada di pulau-pulau kecil. Selain itu juga dibahas soal pendekatan nasional-makro dengan lokal-mikro. Identifikasi secara nasional misalkan sensus penduduk bisa dilakukan hanya untuk perencanaan makro, bukan untuk identifikasi mikro. Padahal identifikasi secara mikro sangat dibutuhkan. Berikut table perbandingan metode-metode identifikasi masyarakat adat.

3. Pihak Yang Melakukan Penelitian Dan Penentuan

Dalam diskusi juga berkembang pembahasan tentang pihak-pihak yang melakukan identifikasi dan pengakuan hukum. Pihak-pihak tersebut antara lain: (1) **DPRD Kabupaten** yang menerbitkan Perda pengakuan berdasarkan Permen Agraria No. 5 Tahun 1999; (2) **Pemerintah daerah** yang memiliki mandat untuk menyelesaikan sengketa berkaitan dengan hak ulayat dan melakukan identifikasi masyarakat adat dengan melibatkan pakar, masyarakat adat dan dinas- dinas terkait sebagaimana diamanatkan oleh Kepres 34/2004 & Permen Agraria No. 5 Tahun 1999; (3) **Lembaga adat/Dewan adat**. Namun lembaga ini bias pemerintah karena didominasi oleh birokrat daerah; (4) **Masyarakat Adat**. Namun ada persoalan tarik menarik

kepentingan di dalam masyarakat adat ataupun antar satu komunitas masyarakat adat dengan komunitas masyarakat adat lainnya; (5) **Lembaga Penelitian** yang juga disebutkan dalam Permen Agraria No. 5 Tahun 1999 dan UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan; (6) **Pemerhati masalah sosial-budaya** yang ada di lingkungan masyarakat adat; dan (7) **Badan Independen** yang khusus dibuat untuk mengidentifikasi masyarakat adat. Namun badan independen ini belum ada di Indonesia.

4. Proses pengesahan yang diusulkan

Berkaitan dengan proses pengesahan atau pengakuan masyarakat adat diusulkan tahapan-tahapan sebagai berikut:

1. Identifikasi dilakukan oleh masyarakat adat (*self-identification*) dan sekaligus dalam *identification by others*. Dua macam identifikasi ini harus dilakukan secara kumulatif, artinya selain satu komunitas mengidentifikasikan dirinya sebagai masyarakat adat, komunitas yang lain juga mengidentifikasi komunitas itu sebagai masyarakat adat,
2. Identifikasi tersebut dibantu oleh Ornop, Lembaga Penelitian, pemerhati sosial budaya
3. Verifikasi dilakukan oleh Badan Independen. Sementara badan independen tersebut belum ada, maka

dilakukan oleh Sekretariat bersama antara Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) dengan Komnas HAM,

4. Hasil verifikasi tersebut disampaikan kepada pemerintah daerah untuk dibuatkan Surat Keputusan Bupati tentang pengesahan
5. SK pengesahan oleh Bupati tersebut selanjutnya dibahas bersama-sama dengan DPRD untuk dijadikan Perda
6. Proses keberatan terhadap pengakuan hukum tersebut disampaikan kepada Bupati

5. Bentuk hukum pengakuan

Konstitusi memandatkan bahwa pengakuan dan penghormatan terhadap keberadaan dan hak-hak masyarakat adat diatur dalam undang-undang. Ketentuan inilah yang mendasari lahirnya berbagai substansi pengaturan tentang keberadaan dan hak-hak masyarakat adat dalam berbagai undang-undang sektoral sekaligus juga menjadi landasan perlunya membentuk undang-undang khusus tentang masyarakat adat.

Hampir semua peraturan perundang-undangan yang ada tentang pengakuan atas keberadaan dan hak-hak masyarakat adat menyebutkan bahwa bentuk hukum pengakuan terhadap masyarakat adat adalah Peraturan Daerah. Sedangkan

rumusan yang hendak ditawarkan dalam RUU Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Adat tidak terbatas hanya peraturan daerah, melainkan menawarkan bentuk-bentuk hukum lain sebagai landasan yang sah bagi pengakuan keberadaan dan hak-hak masyarakat adat. Oleh karena itu, bentuk hukum pengakuan terhadap keberadaan dan hak-hak masyarakat adat dapat berupa:

1. Peraturan presiden atau keputusan presiden
2. Peraturan menteri atau keputusan menteri
3. Peraturan daerah atau keputusan kepala daerah pada tingkat provinsi, kabupaten maupun Nep
4. kota
5. Izin, sertifikat atau hak pengelolaan sumber daya alam
6. Putusan pengadilan
7. Kesepakatan atau perjanjian antara masyarakat adat dengan pemerintah terkait dengan pengelolaan sumber daya alam dan lingkungan hidup.

Tanggung jawab pemerintah

Dari perspektif HAM, tanggung jawab Negara cq. Pemerintah adalah menghormati, melindungi, dan memenuhi hak-hak dan kebebasan dasar setiap warga Negara.

Berdasarkan Konstitusi UUD 1945 Amandemen, tanggung jawab Negara dalam urusan masyarakat adat adalah mengakui dan menghormati serta melindungi keberadaan dan hak-hak masyarakat adat. Hal ini sudah ditegaskan oleh Pasal 18 UUD 1945 sebelum Amandemen, dan kembali dinyatakan dalam Pasal 18 B dan Pasal 28 I, UUD 1945 setelah Amandemen. Meskipun terjadi pengaburan makna hak di dalam Pasal-Pasal setelah Amandemen, misalnya adanya frasa 'hak tradisional' yang sama sekali tidak dijelaskan apa artinya, yang justru mengaburkan apa yang disebut sebagai 'hak asal-usul' dari masyarakat yang memiliki 'susunan asli' seperti desa di Jawa dan Bali, Nagari di Minangkabau, 'Marga' di Palembang dan lain sebagainya.

Jelas bahwa tanggung jawab Pemerintah adalah mewujudkan apa yang disebutkan sebagai 'mengakui', 'menghormati', dan 'melindungi'. Inilah yang dalam konsep Hak Asasi Manusia disebut dengan istilah 'memenuhi'. Makna utama dari 'memenuhi' semestinya berpijak di atas realitas utama, yaitu bahwa setiap orang berhak untuk hidup. Dan oleh karena itu seluruh pengakuan, perlindungan, penghormatan tersebut harus bermuara pada pemenuhan hak-hak dan kebebasan dasar yang membuka ruang hidup yang seluas-luasnya bagi masyarakat adat.

Ruang hidup tersebut bukan melulu dalam pengertian individu manusia melainkan juga dalam konteks masyarakat sebagai sebuah satuan sosial. Pasal 28 I telah menyebutkan tentang 'identitas' budaya, dan salah satu unsur pembentuk 'identitas budaya' adalah relasi masyarakat adat dengan tanah dan sumber-sumber kekayaan alam di dalamnya. Pemenuhan hak-hak masyarakat adat oleh Pemerintah adalah pembuatan dan pelaksanaan kebijakan-kebijakan yang memungkinkan masyarakat adat dapat terus memelihara dan mengembangkan identitas mereka dalam relasi hak mereka dengan tanah dan kekayaan alam di dalamnya.

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB IV

PENYELESAIAN SENGKETA

A. Anatomi Konflik

Di bagian “hak atas tanah dan sumber daya alam” pada naskah ini telah dijelaskan bahwa masyarakat adat adalah sebuah kesatuan masyarakat (komunitas) yang memiliki hak asal-usul (hak bawaan). Hak atas tanah dan sumber daya alam lainnya yang bersumber pada hak asal-usul itu menjelma dalam sistem kepemilikan yang bersifat komunal (tetapi tetap mengakui adanya kepemilikan individu dalam semesta kepemilikan komunal itu). Karena hak atas tanah dan sumber daya alam lainnya itu berifat bawaan maka penikmatan terhadap hak-hak itu pada hakikatnya tidak tergantung pada Negara. Campur tangan Negara terhadap hak-hak bawaan yang dimiliki oleh masyarakat adat itu hanya terbatas pada “mengakui, menghormati dan melindungi” hak-hak tersebut. Namun sejarah konflik yang berkepanjangan membuktikan bahwa campur tangan Negara terhadap hak-hak bawaan pada masyarakat adat justeru tidak berkaitan dengan upaya-upaya pengakuan, penghormatan dan perlindungan. Negara justeru melakukan pengingkaran dan di banyak kasus Negara melakukan kekerasan terhadap masyarakat adat sebagai pemegang hak bawaan itu.

Bagian ini akan membahas konflik yang timbul karena pertentangan klaim antar Negara di satu pihak dengan masyarakat adat di pihak yang lain - yang dalam banyak kasus menyeret pihak- pihak lain seperti kalangan investor ke dalam medan konflik - terkait dengan sistem kepemilikan maupun pengelolaan tanah dan/atau sumber daya alam lain yang menyertainya. Konflik yang dibahas di sini terbatas pada “pertentangan hak” antara masyarakat adat dengan Negara yang disebabkan karena campur tangan Negara melalui kebijakan yang dibuatnya justru mengingkari kenyataan di masyarakat adat di mana tanah dan sumber daya alam lainnya diklaim sebagai hak milik berdasarkan konsep hak bawaan. Dengan kata lain, konflik yang dibahas di sini adalah konflik struktural. Konflik structural ini pun terbatas pada masalah tanah dan sumber daya alam.

Pembatasan ini tidak dimaksudkan untuk mengecilkan sengketa yang muncul karena sebab- sebab internal masyarakat adat, dan juga tidak bermaksud untuk mengecilkan jenis-jenis sengketa yang lain. Pembatasan ini dilakukan semata karena dalam konteks membangun hubungan yang lebih adil antara masyarakat adat dengan Negara di masa depan maka perlu membahas sengketa-sengketa yang timbul dari ketimpangan hubungan itu. Dalam

posisi demikian itu lah soal-soal tanah dan sumber daya alam mendapatkan tempatnya untuk dibahas.

Konflik tanah dan sumber daya alam mencerminkan adanya suatu keadaan yang tidak memuaskan dan atau tidak memenuhi rasa keadilan, khususnya bagi kelompok-kelompok yang mengandalkan hidup dari tanah dan sumber daya lain yang menyertainya, seperti masyarakat adat. Bersamaan dengan ketidakpuasan dan ketidakadilan dalam konflik itu, melekat sejumlah kekerasan, penyingkiran, eksploitasi dan penindasan baik yang dilakukan oleh aparatus negara, perusaha-perusahaan berskala raksasa, maupun proyek-proyek lain.

Di negara-negara agraris, tanah dan sumber daya alam merupakan faktor produksi yang sangat penting. Walaupun tanah dan sumber daya alam di negara-negara agraris merupakan factor produksi yang penting tetapi struktur kepemilikan tanah di negara agraris biasanya sangat timpang. Ketimpangan atas pemilikan tanah inilah yang membuat seringkali permasalahan tanah dan sumber daya alam di negara-negara agraris dan menjadi salah satu sumber utama destabilisasi politik³⁵. Dalam konteks masyarakat adat,

³⁵ Suparman Marzuki, Konflik Tanah di Indonesia, Makalah pada Workshop "Mendorong Pengakuan, Penghormatan & Perlindungan Hak Masyarakat Adat di Indonesia, Lombok, 21-23 Oktober 2008.

pertentangan hak terjadi karena di satu sisi masyarakat adat mempertahankan hak asal-usul (bawaan) dan bersifat komunal sementara di sisi yang lain Negara melakukan pengingkaran terhadap hak-hak masyarakat adat itu dengan memberikan penafsiran yang sempit dan sepihak terhadap pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang menjadi landasan dari hak menguasai Negara (HMN) dan kemudian menyerahkan pengelolaannya kepada sektor-sektor swasta. Situasi inilah yang disebut konflik di mana klaim Negara ditampilkan secara terbuka dan terencana melalui aturan hukum dengan maksud menghilangkan klaim masyarakat adat.

Secara umum konflik tanah dan sumber daya alam yang mempertemukan masyarakat adat dengan negara pada medan konflik - dan di banyak kasus menyeret pihak-pihak swasta - selalu berkaitan dengan tujuan dari pembangunan Indonesia yang pada akhirnya membuat negara mengambil langkah-langkah politik hukum dengan mengeluarkan kebijakan sektoral dalam rangka memuluskan tujuan pembangunan nasional. Menurut Suparman Marzuki, tujuan pembangunan Indonesia mengalami pergeseran. Awalnya pembangunan adalah proyek yang bertujuan memperbaiki dan meningkatkan kehidupan sosial ekonomi rakyat. Namun kemudian beralih

kepada ke megaproyek yang bertujuan meningkatkan kemampuan ekspor Indonesia.³⁶

Selain orientasi pembangunan yang berubah, catatan Bernardinus Steni³⁷ dapat memberikan gambaran yang lain tentang penyebab konflik tanah dan sumber daya alam pada masyarakat adat. Meskipun UUPA menyebut bahwa Hak Menguasai Negara dapat dikuasakan kepada pemerintah, masyarakat hukum adat dan daerah-daerah swatantra, sehingga Hak Menguasai Negara itu bisa diterjemahkan sebagai hak ulayat masyarakat adat yang berada pada level lokal, tetapi beberapa undang-undang sektoral menterjemahkan Hak Menguasai Negara itu secara sempit. Sebagai contoh, Hak Menguasai Negara pada UU Kehutanan memberikan kewenangan kepada pemerintah, secara khusus Menteri Kehutanan untuk: (1) mengatur dan mengurus segala sesuatu yang berkaitan dengan hutan, kawasan hutan, dan hasil hutan; (2) menetapkan status wilayah tertentu sebagai kawasan hutan atau kawasan hutan sebagai bukan kawasan hutan; dan (3) mengatur dan menetapkan hubungan-hubungan hukum antara orang dengan hutan, serta mengatur perbuatan-

³⁶ Ibid.

³⁷ Bernardinus Steni, *Transplantasi Hukum, Posisi Hukum Lokal dan Persoalan Agraria*, diakses dari: <http://my.opera.com/bernads/blog/transplantasi-hukum-posisi-hukum-lokal-dan-persoalan-agraria>, 20 Februari 2011.

perbuatan hukum mengenai kehutanan. UU sumber daya air juga memberi kewenangan penyelegaraan penguasaan air kepada pemerintah/pemerintah daerah.

Konsorsium Pembaharuan Agraria³⁸ mencatat bahwa 54,5 % dari sengketa tanah dan sumber daya alam memperhadapkan secara langsung Negara dengan masyarakat dalam medan konflik. Artinya Negara berlawanan secara langsung dengan Negara. Sementara sisanya masyarakat berhadapan dengan perusahaan-perusahaan swasta. Dalam kasus-kasus di mana Negara berhadapan langsung dengan masyarakat, negara direpresentasikan melalui lembaga pemerintah, badan-badan usaha milik negara/daerah, maupun institusi militer. Meskipun demikian, dalam kasus-kasus di mana masyarakat berhadapan langsung dengan perusahaan-perusahaan swasta, negara kerap berada pada posisi yang menguntungkan pihak perusahaan-perusahaan itu. Hal ini disebabkan karena pemerintah itulah yang menerbitkan sejumlah ijin atau hak-hak atas tanah maupun hak-hak untuk mengelola sumberdaya alam di wilayah-wilayah masyarakat adat. Dalam konteks di mana konflik terjadi di tanah-tanah

³⁸ Naskah Akademik Penyelesaian Konflik Agraria dan Usulan Pelembagaannya di Indonesia. Naskah akademik ini disusun oleh Tim Kerja Menggagas Pembentukan Komisi Nasional untuk Penyelesaian Konflik Agraria (KNUPKA) yang dibentuk oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Jakarta, Juli 2004.

masyarakat adat, kekerapan pihak pemerintah dan institusi-institusi negara lainnya yang menjadi lawan sengketa dari masyarakat adat dalam konflik sering terjadi pada jenis-jenis sengketa pengembangan perkebunan besar, pembangunan bendungan dan sarana pengairan, dan pembangunan pengembangan areal kehutanan produksi.

1. Pilihan-pilihan sarana penyelesaian konflik

Salahudin, sebagaimana dikutip oleh Arkanudin³⁹ mengemukakan bahwa penyelesaian konflik adalah persoalan kebiasaan dan pilihan. Setiap pilihan yang diambil seharusnya selalu mempertimbangkan kesuaian budaya dan lingkungan dimana resolusi itu dipergunakan, sehingga dapat menghindari hambatan-hambatan kultural dan struktur sosial. Kelemahan-kelemahan dari pendekatan-pendekatan penyelesaian konflik yang umum diterapkan, misalnya melalui pengadilan, terletak pada asumsi bahwa pihak-pihak yang bertikai dapat dibujuk untuk melihat ketergantungan mereka yang sifatnya mutual. Oleh karena itu, maka selain sarana-sarana yang umum dipakai juga penting untuk mengedepankan sarana-sarana yang lain, yang bisa jadi selama ini sama sekali tidak dipakai dalam penyelesaian

³⁹ Arkanudin, Resolusi Konflik Pertanahan Berdasarkan Pranata Adat, diakses dari <http://arkandien.blogspot.com/2009/03/resolusi-konflik-pertanahan-erdasarkan.html>, Jakarta, 28 February 2011

konflik tanah dan sumber daya alam. Dari penjelasan Colleta sebagaimana dikutip oleh Arkanudin⁴⁰ dapat ditarik kesimpulan bahwa peran kepemimpinan tradisional pada masyarakat adat sangat penting dalam penyelesaian konflik tanah dan sumber daya alam. Ini disebabkan karena peran-peran tersebut telah berurat berakar dalam kebudayaan masyarakat adat dan memperoleh legitimasinya dari masyarakat adat.

Konflik selalu menyeret kepentingan. Karena itu, melibatkan kepemimpinan tradisional pada masyarakat adat dalam penyelesaian konflik tanah dan sumber daya alam tidak berarti ia bebas dari kepentingan individunya. Adalah tindakan yang gegabah untuk berkesimpulan bahwa kepemimpinan pada masyarakat adat sudah pasti merepresentasikan masyarakat adat bersangkutan. Oleh sebab itu, harus dapat dipastikan bahwa kepemimpinan pada masyarakat adat adalah merepresentasikan masyarakat adat. Jika kepemimpinan tradisional di dalam masyarakat adat justru berseberangan dengan kehendak masyarakat adat bersangkutan, maka pelibatan kepemimpinan tradisional itu dalam penyelesaian konflik tanah dan sumber daya alam akan menimbulkan konflik internal masyarakat adat. Oleh karena

⁴⁰ Ibid

itu, dalam penyelesaian konflik tanah dan sumber daya alam pada masyarakat adat, kepemimpinan tradisional dan unsur-unsur kepemimpinan lain di dalam komunitas harus dapat melebur dalam sebuah wadah sehingga ia merepresentasikan seluruh kepentingan dalam masyarakat adat. Dengan demikian, maka pihak yang berkonflik dengan masyarakat adat tidak lagi berhadapan dengan kepemimpinan tradisional (tokoh adat) tetapi berhadapan dengan sebuah wadah yang berisikan seluruh unsur kepentingan dalam masyarakat, termasuk di dalamnya tokoh adat itu.

Cara menyelesaikan konflik tanah dan sumber daya alam diatur dalam beberapa peraturan perundang-undangan. Pada pokoknya, penyelesaian sengketa/konflik dalam tanah dan sumber daya alam lainnya dapat ditempuh melalui dua cara. *Pertama*, melalui pengadilan; dan *kedua*, melalui cara-cara di luar pengadilan. Paling tidak penyelesaian sengketa dengan dua cara ini secara hukum diatur dalam pasal 74 ayat (1) UU No. 41/1999 tentang Kehutanan, pasal 88 ayat (2) UU No. 7 tahun 2004 tentang Sumberdaya Air. Namun berdasarkan uraian pada bagian di atas di mana konflik tanah dan sumber daya alam lainnya pada masyarakat adat juga terjadi - bahkan paling banyak terjadi - karena ada kebijakan Negara, maka Negara harus melakukan upaya-upaya hukum dalam rangka penyelesaian konflik tersebut. Tindakan politik

Negara dalam rangka penyelesaian konflik bisa berupa program harmonisasi semua peraturan perundang-undangan terkait tanah dan sumber daya alam. Di samping itu, juga ada peradilan adat. Namun penggunaan peradilan adat dalam menyelesaikan konflik tanah dan sumber daya alam lainnya tidak dibahas dalam naskah ini. Asumsinya, peradilan adat sampai saat ini dipercaya dapat dipergunakan dalam situasi di mana konflik terjadi di internal masyarakat adat.

Melalui pengadilan

UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman membagi peradilan ke dalam peradilan umum dan peradilan khusus. UU ini juga mengatur tentang tugas, asas, jenis-jenis dan kompetensi masing-masing peradilan itu. Peradilan umum terdiri dari Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung⁴¹. Sedangkan peradilan khusus terdiri dari peradilan militer, peradilan tata usaha negara dan peradilan agama. Belakangan jumlah ini bertambah bersamaan dengan didirikannya peradilan anak, peradilan niaga, peradilan HAM,

⁴¹ Selain peradilan umum dan khusus, yang seluruhnya berada dalam pengawasan Mahkamah Agung, dikenal juga Mahkamah Konstitusi sebagai badan peradilan dalam rangka penyelenggaraan kekuasaan kehakiman. Berdasarkan pasal 51 ayat (1) huruf (b) Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, kesatuan masyarakat hukum adat dapat menjadi pemohon pada Mahkamah Konstitusi jika mereka menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang.

peradilan pajak, dan peradilan tindak pidana korupsi. Bahkan dibentuk pula peradilan *ad hoc* seperti peradilan *ad hoc* HAM.

Menurut UU No. 41/1999 tentang Kehutanan, penyelesaian konflik kehutanan melalui pengadilan dimaksudkan untuk memperoleh putusan mengenai pengembalian suatu hak, besarnya ganti rugi, dan atau tindakan tertentu yang harus dilakukan oleh pihak yang kalah dalam sengketa. Selain itu, pengadilan juga diperbolehkan untuk menetapkan pembayaran uang paksa atas keterlambatan pelaksanaan tindakan tertentu. Dalam hal sejak awal para pihak telah menyetujui untuk menyelesaikan sengketa di luar pengadilan, penyelesaian melalui pengadilan hanya dapat dilakukan setelah tidak tercapai kesepakatan (tidak berhasil) antara para pihak yang bersengketa (pasal 74 ayat 2 UU No. 41/1999 tentang Kehutanan), pasal 84 ayat (3) UU No. 32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan lingkungan Hidup. Masih menurut UU Kehutanan, gugatan ke pengadilan hanya dapat dilakukan oleh kelompok masyarakat, organisasi yang berbentuk badan hukum dan penuntut. Sedangkan UU Pengelolaan Lingkungan Hidup memperbolehkan masyarakat sebagai penggugat, dan juga organisasi lingkungan hidup dan negara.

Dalam rangka menyelesaikan konflik tanah dan sumber daya alam pada masyarakat adat, maka pengadilan harus secara serius memperhatikan hal-hal berikut:

1. Hukum adat

penting untuk diperhatikan oleh hakim ketika ia memeriksa konflik tanah dan sumber daya alam pada masyarakat adat. Hukum adat, selain bercerita tentang mekanisme distribusi tanah dalam komunitas, hubungan hukum antara tanah dengan masyarakat adat, juga bercerita tentang sejarah penguasaan tanah. Berdasarkan sejarah itulah, pada umumnya masyarakat adat mendasarkan klaim mereka atas tanah dan sumber daya alam.

2. Perwakilan masyarakat adat

Sebagaimana telah dijelaskan di atas, kepemimpinan tradisional dalam masyarakat adat tidak menjamin representasi masyarakat adat. Hal ini disebabkan karena dalam menghadapi konflik di lapangan, orang cenderung tidak dapat membedakan mana kepentingan individu dan mana kepentingan masyarakat yang diwakilinya. Oleh sebab itulah maka seringkali kepemimpinan tradisional pada masyarakat adat ini mengambil keputusan pragmatis yang menguntungkan

dirinya. Oleh sebab itu, maka hakim yang memeriksa perkara tanah dan sumber daya alam pada masyarakat adat harus dapat mendorong agar saksi dari masyarakat adat harus merupakan representasi seluruh kelompok dalam masyarakat adat.

Di luar pengadilan

Sejak awal para pihak yang bersengketa telah diperbolehkan untuk menggunakan mekanisme penyelesaian di luar pengadilan⁴². Penyelesaian sengketa jenis ini difungsikan untuk mencapai kesepakatan mengenai pengembalian suatu hak, besarnya ganti rugi, dan atau tindakan tertentu yang harus dilakukan untuk memulihkan fungsi hutan atau guna menjamin tidak akan terjadinya atau terulangnya dampak negatif terhadap lingkungan hidup.

Penjelasan terhadap penyelesaian sengketa di luar pengadilan akan dilakukan dengan cara menerangkan 3 aspek, yakni:

1. Jenis sengketa yang diperiksa dan diselesaikan

Lembaga penyelesaian sengketa di luar pengadilan hanya bisa memeriksa dan mengadili perkara perdata

⁴² Dalam versi UU Sumberdaya Air, penyelesaian sengketa di luar pengadilan atau melalui pengadilan dilakukan setelah para pihak terlebih dahulu mengupayakan musyawarah (pasal 88 ayat 1).

dan administratif, tidak untuk perkara pidana (UU Kehutanan, UU Pengelolaan Lingkungan Hidup, UU Perlindungan Konsumen serta UU Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa). Jadi, perkara-perkara pidana masih merupakan kompetensi pengadilan. Dengan kata lain, sengketa/konflik yang mengandung unsur publik masih merupakan tanggung jawab negara. Hal yang agak berbeda dilakukan oleh Undang-Undang No. 39 tahun 1999 tentang hak Asasi Manusia. UU ini memberikan kewenangan kepada (anggota) Komnas HAM sebagai mediator untuk melakukan perdamaian dan konsultasi, negosiasi, konsiliasi dan penilaian ahli. Sengketa/konflik yang bisa diselesaikan lewat mediasi ini adalah yang lahir karena terjadi pelanggaran HAM berat.

2. Kedudukan para pihak

Putusan lembaga penyelesaian sengketa di luar pengadilan tidaklah bersifat final. Bila para pihak tidak puas, maka mereka diperbolehkan untuk meneruskan kasus bersangkutan ke pengadilan dengan mengajukan gugatan. Ketentuan seperti ini terdapat di dalam UU Kehutanan, UU Perlindungan Konsumen dan UU Pengelolaan Lingkungan Hidup. Hal yang berbeda dirumuskan oleh UU HAM dan UU Arbitrase dan

Penyelesaian Sengketa Alternatif. Menurut UU HAM kesepakatan yang dicapai dalam proses mediasi mengikat secara hukum dan berlaku sebagai alat bukti yang sah. Apabila salah satu pihak tidak melaksanakan mediasi dalam jangka waktu yang ditetapkan maka pihak lainnya dapat memintakan kepada Pengadilan Negeri setempat agar putusan tersebut dapat dilaksanakan (pasal 96 ayat 3 dan 4). Pernyataan yang tegas dirumuskan oleh UU Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa Alternatif dengan mengatakan bahwa pengadilan negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase (pasal 3). Jadi, selain penyelesaian lewat arbitrase, putusan penyelesaian di luar pengadilan untuk kasus pelanggaran HAM, kehutanan, perkara konsumen dan lingkungan hidup, tidak memiliki kekuatan eksekutorial.

3. pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa/konflik.

Pengaturan mengenai pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa di luar pengadilan cenderung agak kabur. Satu-satunya yang agak jelas adalah penyebutan istilah 'pihak ketiga'. UU HAM menempatkan Komnas HAM sebagai mediator bagi

para pihak. UU Kehutanan dan UU Pengelolaan Lingkungan Hidup menyebut pihak ketiga dan organisasi non-pemerintah (Ornop). Sedangkan pihak-pihak yang bersengketa tidak dijelaskan identitasnya. Apakah antar perorangan, perorangan dengan badan hukum, perorangan dengan kelompok masyarakat, perorangan dengan badan hukum atau antar badan hukum/kelompok masyarakat?

Sebagai perbandingan, Undang-Undang Perlindungan Konsumen memperkenalkan sebuah lembaga bernama Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen dalam rangka menyelesaikan konflik antara konsumen dengan pelaku usaha. Badan ini hanya menyelesaikan sengketa perdata dan administrasi untuk mencapai kesepakatan mengenai ganti rugi atau tindakan tertentu yang harus dilakukan untuk menjamin tidak terulangnya kerugian konsumen (pasal 47). Pihak-pihak yang diperbolehkan mengajukan sengketa ke badan ini adalah individu, masyarakat dan lembaga perlindungan konsumen (LSM) yang berbentuk badan hukum⁴³.

⁴³ Inilah yang membedakan UU Perlindungan Konsumen dengan UU Kehutanan dan UU Pengelolaan Lingkungan Hidup yang tidak jelas menyebutkan pihak-pihak yang bersengketa.

Bila UU Perlindungan Konsumen menghasilkan sebuah badan, maka UU Pengelolaan Lingkungan Hidup melahirkan lembaga yang sifatnya tidak terpusat. Dalam rangka penyelesaian sengketa di luar pengadilan UU ini menyarankan terbentuknya lembaga penyedia jasa pelayanan penyelesaian sengketa lingkungan yang bersifat bebas dan tidak mengikat. Menurut PP No. 54/2000 tentang Lembaga Penyedia Jasa Pelayanan Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan, lembaga ini bisa dibentuk oleh masyarakat maupun pemerintah. Bila lembaga tersebut dibentuk oleh masyarakat maka harus disahkan dengan akte notaris.

Selain itu juga sebagai perbandingan, sebuah terobosan dilakukan oleh UU No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM. Sekalipun tidak mematok batasan waktu, UU ini menyatakan dirinya berlaku bagi pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum ia diundangkan.⁴⁴

⁴⁴ Rupanya prinsip ini hendak ditiru oleh rancangan Perpu tentang Tindak Pidana Penebangan Pohon di Dalam Hutan Secara Ilegal

DAFTAR PUSTAKA

- “Pembangunan Hukum dan Konflik Undang-Undang Sektoral”, sebuah kajian yang dilakukan oleh Pusat Studi Kebijakan Hubungan Pusat dan Daerah, Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya dengan Dewan Perwakilan Daerah Republik Indonesia, 2009
- Abdurahman, Tebaran Pikiran Mengenai Hukum Agraria. Alumni, Bandung, 1985
- Amrah Muslimin, Aspek-Aspek Hukum Otonomi Daerah, Alumni, Bandung, 1986
- Arkanudin, Resolusi Konflik Pertanahan Berdasarkan Pranata Adat, diakses dari <http://arkandien.blogspot.com/2009/03/resolusi-konflik-pertanahan-erdasarkan.html>, Jakarta, 28 February 2011
- Azmi Siradjudin, AR, Pengakuan Masyarakat Adat Dalam Instrumen Hukum Nasional, dalam <http://www.ymp.or.id/content/view/107/35/>
- Bandingkan dengan Bagir Manan, Suatu Kaji Ulang Atas Undang-Undang No. 5 Tahun 1974, Majalah Pro Justitia No. 2 Tahun IX April 1991,18.
- Bernardinus Steni, Transplantasi Hukum, Posisi Hukum Lokal dan Persoalan Agraria, diakses dari: <http://my.opera.com/bernads/blog/transplantasi-hukum-posisi-hukum-lokal-dan-persoalan-agraria>, 20 Februari 2011.
- Dalam versi UU Sumberdaya Air, penyelesaian sengketa di luar pengadilan atau melalui pengadilan dilakukan setelah para pihak terlebih dahulu mengupayakan musyawarah (pasal 88 ayat 1).

Definisi Jaringan Pembelaan Hak-Hak Masyarakat Adat-
JAPHAMA yang dirumuskan di Tana Toraja tahun
1993

Definisi yang dihasilkan dalam Kongres Masyarakat Adat
Nusantara I pada tahun 1999 di Jakarta. Kongres itulah
yang kemudian melahirkan Aliansi Masyarakat Adat
Nusantara (AMAN).

Diunduh dari www.un.org pada 14 November 2010 di
Jakarta

Eddie Riyadi Terre, Masyarakat Adat, Eksistensi dan
Problemnya: Sebuah Diskursus Hak Asasi Manusia,
dalam Rafael Edy Bosko, Hak-hak Masyarakat Adat
dalam Konteks Pengelolaan Sumberdaya Alam,
ELSAM dan AMAN, Jakarta, 2006, 6.

Gross, Leo (1984), 'Essays on international law and
organization', Volume 1, Transnational Publishers Inc.
260.

[http://www.aphi-
net.com/konflik_lisman_v115/pdf/300masy-
FINALE.pdf](http://www.aphi-net.com/konflik_lisman_v115/pdf/300masy-FINALE.pdf)

Indigenous Affairs' No. 3/01 hlm. 4

Iniilah yang membedakan UU Perlindungan Konsumen
dengan UU Kehutanan dan UU Pengelolaan
Lingkungan Hidup yang tidak jelas menyebutkan pihak-
pihak yang bersengketa.

Jopi Peranginangin, Mengukur Kekuatan Untuk Merebut
Kedaulatan Masyarakat Adat, dalam
<http://www.ymp.or.id/content/view/221/1/>

Julian Burger, Rakyat Pribumi: Hak-Hak Baru bagi Kesalahan
Lama, dalam Peter Davies (ed.), Hak-Hak Asasi
Manusia, Sebuah Bunga Rampai, Yayasan Obor
Indonesia, Jakarta, 1994

- Lembar Fakta HAM, Edisi III, Komnas HAM, Jakarta, 122.
- Lihat misalnya PUSHAM UII Yogyakarta (2010), '*Hukum Hak Asasi Manusia*', 95-96.
- Lihat misalnya, www.tebtebba.org. Dokumen *policy paper* tersebut diunduh pada 15 November 2010 di mene Jakarta
- Lihat Van Scholten dalam Ilmu Hukum, Karya Terjemahan Arief Sirdharta, Bandung Alumni, 1987.
- Mochtar Kusumaatmadja, 2006, Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan Hukum Nasional, Alumni, Bandung
- Myrna A. Safitri dan Tristam Moeliono, "Bernegara hukum dan berbagi kuasa dalam urusan agraria di Indonesia: Sebuah pengantar", dalam Myrna A. Safitri dan Tristam Moeliono, (eds.), *Hukum Agraria dan Masyarakat di Indonesia*, Seri Sosio-Legal Indonesia, diterbitkan oleh HuMa, Van Vollenhoven Institute, dan KITLV-Jakarta, 2010
- Naskah Akademik Penyelesaian Konflik Agraria dan Usulan Pelembagaannya di Indonesia. Naskah akademik ini disusun oleh Tim Kerja Menggagas Pembentukan Komisi Nasional untuk Penyelesaian Konflik Agraria (KNUPKA) yang dibentuk oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Jakarta, Juli 2004.
- Noer Fauzi, Penghancuran Populisme dan Pembangunan Kapitalisme: Dinamika Politik Agraria Indonesia Pasca Kolonial, dalam Dianto Bachriadi, et. al. (eds.), *Reformasi Agraria, Perubahan Politik, Sengketa, dan Agenda Pembaruan Agraria di Indonesia*, Penerbit FE-UI, Jakarta, 1997
- Persoon, G. (1998), '*Isolated groups or indigenous peoples: Indonesia and the international discourse*', dikutip

- dalam Davidson, Henley dan Moniaga (eds), 'Adat Dalam Politik Indonesia', KITLV-Jakarta dan Pustaka Yayasan Obor, Jakarta, 2010, 11.
- Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H, Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi: Serpihan Pemikiran Hukum, Media dan HAM, Konstitusi Press (KONPress), Jakarta, 2005
- Risalah Sidang BPUPKI dan PPKI, Penyunting Syafrudin Bahar dkk, Edisi III, Cet 2. Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1995
- Rosnidar Sembiring, Kedudukan Hukum Adat Dalam Era Reformasi, dalam <http://library.usu.ac.id/download/fh/perdata-rosnidar.pdf>
- Rupanya prinsip ini hendak ditiru oleh rancangan Perpu tentang Tindak Pidana Penebangan Pohon di Dalam Hutan Secara Ilegal
- Selain peradilan umum dan khusus, yang seluruhnya berada dalam pengawasan Mahkamah Agung, dikenal juga Mahkamah Konsitusi sebagai badan peradilan dalam rangka penyelenggaraan kekuasaan kehakiman. Berdasarkan pasal 51 ayat (1) huruf (b) Undang-Undang No. 24 tahun 2003 tentang mahkamah Konstitusi, kesatuan masyarakat hukum adat dapat menjadi pemohon pada Mahkamah Konstitusi jika mereka menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang.
- Simpson, Tony (1997), 'Indigenous Heritage and Self-Determination', Document-IWGIA No. 86, Copenhagen, 24.
- Suparman Marzuki, Konflik Tanah di Indonesia, Makalah pada Workshop "Mendorong Pengakuan,

Penghormatan & Perlindungan Hak Masyarakat Adat di
Indonesia, Lombok, 21-23 Oktober 2008.

www.iwgia.org diakses pda 15 November 2010 di Jakarta

Yance Arizona, Mengintip Hak Ulayat dalam Konstitusi Di
Indonesia, artikel, tidak diterbitkan, 2008.

Yando Zakaria-dkk, "Mensiasati Otonomi daerah demi
Pembaharuan Agraria" Konsorsium Pembaruan
Agraria, Jakarta, 2001