

## **BAB II**

### **TINJAUAN PUSTAKA**

#### **A. Tinjauan tentang Pengakuan dan Perlindungan Hukum**

Secara terminologis, "pengakuan" berarti proses, cara, perbuatan mengakui atau mengakui, sedangkan kata "mengakui" berarti menyatakan berhak. Pengakuan dalam konteks ilmu hukum internasional, misalnya terhadap keberadaan suatu negara/pemerintahan biasanya mengarah pada istilah pengakuan *de facto* dan *de jure*. Pengakuan yang secara nyata terhadap entitas tertentu untuk menjalankan kekuasaan efektif pada suatu wilayah disebut dengan pengakuan *de facto*. Pengakuan tersebut bersifat sementara, karena pengakuan ini ditunjukkan kepada kenyataan-kenyataan mengenai kedudukan pemerintahan yang baru. Apabila kemudian dipertahankan terus dan makin bertambah maju, maka pengakuan *de facto* akan berubah dengan sendirinya menjadi pengakuan *de jure* yang bersifat tetap dan diikuti dengan tindakan-tindakan hukum lainnya.

Pengakuan secara hukum (*de jure*) adalah pengakuan suatu negara terhadap negara lain yang diikuti dengan tindakan-tindakan hukum tertentu, misalnya pembukaan hubungan diplomatik dan pembuatan perjanjian antara kedua negara (Moh. Kusnadi dan Bintang R Saragih, 1989:82). Hans Kelsen dalam Otje Salman Soemadiningrat (2002:2), menguraikan terminologi "pengakuan" dalam kaitannya dengan keberadaan suatu negara yaitu; terdapat dua tindakan dalam suatu pengakuan yakni tindakan politik dan tindakan hukum. Tindakan politik mengakui suatu negara berarti negara mengakui berkehendak untuk

mengadakan hubungan-hubungan politik dan hubungan-hubungan lain dengan masyarakat yang diakuinya. Tindakan hukum adalah prosedur yang dikemukakan di atas yang ditetapkan oleh hukum internasional untuk menetapkan fakta negara dalam suatu kasus kongkrit.

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

Pengakuan melalui hukum negara (hukum positif), menurut Austin dalam Otje Salman Soemadinigrat (2002:2), diartikan sebagai hukum yang dibuat oleh orang atau lembaga yang memiliki kedaulatan, dan pengakuan tersebut diberlakukan terhadap anggota-anggota masyarakat politik yang merdeka (*independet political society*), dan mengakui kedaulatan atau supremitas yang dimiliki orang atau lembaga-lembaga pembuat hukum yang bersangkutan.

Dengan demikian, kebiasaan menurutnya hanya akan berlaku sebagai hukum jika undang-undang menghendaki atau menyatakan dengan tegas atas keberlakuan kebiasaan tersebut.

Konsekuensi dari adanya konsep pengakuan tersebut, sebagai turunan langsung dari konsep negara hukum, adalah bahwa jika ternyata terdapat eksistensi masyarakat hukum adat berikut hak-hak dan kepentingannya yang bertentangan dengan kepentingan negara (kepentingan nasional), ataupun jika ada aturan hukum adat yang bertentangan dengan aturan hukum positif negara, maka keberadaan masyarakat adat beserta kepentingan-kepentingan dan hak-haknya yang diatur dalam hukum adat tersebut bisa diabaikan. Konsepsi Austin tentang penetapan melalui hukum negara sebagai satu-satunya hukum yang mengatur kehidupan masyarakat tersebut, dikritik oleh para pengikut mazhab sejarah yang meyakini bahwa setiap masyarakat memiliki ciri khas masing-masing tergantung pada riwayat hidup dan struktur sosial yang hidup dan berkembang untuk mengatur kepentingan-kepentingan mereka.

Sebagai tokoh utama mazhab sejarah, Von Savigny dalam Satjipto Rahardjo (2010:12) mengemukakan pendapat bahwa hukum itu tidak dibuat secara sengaja, tetapi muncul dari dalam masyarakat itu sendiri, maka hukum itu akan selalu ada selama masyarakatnya juga masih ada. Hukum itu akan lenyap seiring dengan punahnya masyarakat. Dengan demikian, kehadiran hukum negara tidak serta merta atau menggantikan secara sempurna hukum sebagai suatu kaidah alami. Hal tersebut mengingatkan bahwa hukum itu harus mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat. Von Savigny melihat hukum sebagai fenomena

historis, sehingga keberadaan setiap hukum adalah berbeda, bergantung kepada tempat dan waktu berlakunya hukum. Hukum harus dipandang sebagai penjelmaan dari jiwa atau rohani suatu bangsa (*volksgeist*).

Pengakuan hak ulayat masyarakat hukum adat atas tanah tidak hanya terbatas pada bentuk pengakuan dalam hukum negara, tetapi karena secara faktual masyarakat Indonesia bersifat majemuk (plural), maka pengakuan juga dapat diperoleh melalui hukum yang hidup dalam masyarakat, yaitu hukum adat. Hal ini selaras dengan pendapat Van Vollenhoven dalam Otje Salman Soemadiningrat (2011:10) bahwa sistem pemberlakuan hukum adat tidak didasarkan pada peraturan-peraturan yang dibuat oleh pemerintah atau alat kekuasaan lainnya, yang menjadi sendinya dan diadakan sendiri oleh kekuasaan pemerintah yang ada, melainkan pada tindakan-tindakan yang oleh adat dan oleh masyarakat dianggap patut dan mengikat, disamping itu penduduk memiliki keyakinan yang sama menyatakan bahwa aturan-aturan adat harus dipertahankan oleh kepala adat dan petugas-petugas lainnya dan memiliki sanksi.

Dalam kamus besar Bahasa Indonesia ([www.artikata.com](http://www.artikata.com)), perlindungan berasal dari kata lindung yang memiliki arti mengayomi, mencegah, mempertahankan, dan membentengi. Selanjutnya perlindungan merupakan proses, cara, perbuatan tempat berlindung, hal (perbuatan) memperlindungi (menjadikan atau menyebabkan berlindung). Perlindungan hukum terdiri dari dua suku kata yaitu "Perlindungan" dan "Hukum". Artinya perlindungan menurut hukum dan undang-undang yang berlaku. Hukum berfungsi sebagai perlindungan bagi kepentingan manusia, agar kepentingan manusia terlindungi maka hukum harus

dilaksanakan, sehingga menciptakan masyarakat yang tertib dan teratur (Sudikno Mertokusumo, 2002:71).

Ada 2 (dua) macam perlindungan hukum bagi masyarakat, yaitu perlindungan hukum yang preventif dan perlindungan hukum yang represif. Perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, sedangkan sebaliknya perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Perlindungan hukum yang preventif sangat besar artinya bagi tindakan pemerintahan yang berdasarkan kepada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif, pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan yang berdasarkan pada diskresi (Philipus M. Hadjon, 1987:2).

Dengan demikian, perlindungan hukum sebagai suatu gambaran dari fungsi hukum, yaitu konsep dimana hukum dapat memberikan suatu keadilan, ketertiban, kepastian, kemanfaatan dan kedamaian. Perlindungan hukum yang dimaksud adalah suatu bentuk kepastian, kejelasan, jaminan yang diberikan oleh hukum yang berlaku kepada masyarakat untuk dilindungi/diperhatikan kepentingan-kepentingannya dan hak-haknya sepanjang tidak bertentangan dengan perundang-undangan yang berlaku.

Pengertian perlindungan hukum dapat ditinjau dari sudut obyeknya, yaitu dari segi hukumnya. Dalam hal ini pengertiannya juga mencakup pada nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat, tetapi dalam arti sempit, perlindungan hukum itu hanya menyangkut penegakan peraturan yang formal dan tertulis saja (Hartono Sunarjati, 1986:53). Bentuk-bentuk perlindungan hukum yaitu berupa

peraturan yang merupakan bentuk tertulis dari hukum itu sendiri yang mengatur hubungan antara masyarakat dengan masyarakat dan dengan negaranya, serta pelaksanaan dari peraturan-peraturan yang telah ada oleh aparatur negara khususnya aparatur hukum tertentu untuk menjamin dan memastikan terlaksanannya peraturan-peraturan untuk terciptanya perlindungan hukum.

Berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap hak ulayat atas tanah masyarakat hukum adat, apabila masyarakat hukum adat yang mempunyai hak-hak ulayat dirugikan oleh pemerintah setempat, yang berarti terjadi perselisihan antara masyarakat dengan pemerintah. Pada kondisi yang demikian, masyarakat perlu mendapatkan suatu perlindungan hukum, yang berarti perbuatan untuk memberikan perlindungan baik dari segi peraturan perundang-undangan maupun pelaksanaan peraturan perundang-undangan tersebut. Dengan demikian, subyek hukum sebagai pemegang hak atas tanah sangat memerlukan perlindungan hukum terhadap kepentingan-kepentingannya mengenai hak atas tanah yang dikuasainya, baik yang dipunyai perorangan ataupun masyarakat hukum adat. Hukum yang mengatur pengakuan dan perlindungan tersebut sangat diperlukan untuk memberi jaminan kepastian hukum kepada masyarakat agar hak-hak atas tanah ulayatnya tidak dilanggar oleh siapa pun.

Para pendiri bangsa ini, telah menyatakan dengan tegas bahwa negara Indonesia merupakan negara hukum dan bersifat demokratis, negara tidak dapat sewenang-wenang dengan rakyatnya dan begitu pun sebaliknya. Hal tersebut dikarenakan adanya pembatasan-pembatasan oleh hukum itu sendiri. Berkaitan dengan sifat demokratis tersebut, maka demokrasi dan otonomi merupakan satu

kesatuan semangat sebagai bentuk pemerintahan yang menempatkan rakyat sebagai penentu yang utama dalam negara (HM. Agus Santoso, 2013:126). Dalam arti formal, otonomi daerah diperlukan dalam rangka memperluas partisipasi masyarakat dalam pemerintahan. Dari segi materiil otonomi daerah mengandung makna sebagai usaha mewujudkan kesejahteraan dan pemencaran kekuasaan.

Oleh karena itu, otonomi daerah diharapkan sebagai jembatan bagi masyarakat hukum adat untuk mendapatkan pengakuan dan perlindungan hukum, dikarenakan masyarakat hukum adat juga mempunyai hak dan kewajiban secara demokratis untuk mendapatkan kesejahteraan melalui upaya-upaya termasuk upaya dalam memperoleh pengakuan dan perlindungan hukum terhadap hak ulayatnya atas tanah. Cita-cita kedaulatan rakyat memang dapat terwujud dalam suasana sentralistis, namun melalui desentralisasi keadaannya akan lebih demokratis.

## **B. Tinjauan tentang Hukum Adat dan Masyarakat Hukum Adat**

### **1. Hukum adat**

#### **a. Istilah dan pengertian hukum adat**

Van Vollenhoven dalam Otje Salman Soemadiningrat (2011:7), menyatakan bahwa masyarakat-masyarakat asli yang hidup di Indonesia, sejak ratusan tahun sebelum kedatangan bangsa Belanda, telah memiliki dan hidup dalam tata hukumnya sendiri. Tata hukum masyarakat asli tersebut dikenal dengan sebutan *hukum adat*. Istilah hukum adat pada dasarnya bukan berasal dari bahasa Indonesia, tetapi merupakan terjemahan dari Bahasa Belanda yaitu "*het adatrecht*", yang untuk pertama kalinya diperkenalkan oleh C.Snouck Hurgonje di

dalam bukunya yang berjudul “*De Atjehers*”. Snouck Hurgonje, memberikan arti hukum adat sebagai “*Die rechtsgevolgen hebben*” (adat-adat yang mempunyai akibat hukum). Istilah *het adatrecht* tersebut, kemudian lebih dipopulerkan oleh Prof. Dr. Cornelis Van Vollenhoven sebagai ilmu pengetahuan. Van Vollenhoven didalam bukunya “*Het Adatrecht van nederlandsch-indie*”, menulis bahwa hukum adat adalah “perangkat kaidah yang berlaku bagi penduduk asli dan golongan timur asing yang di satu pihak mempunyai sanksi (karena itu merupakan “ilmu”) dan di pihak lain tidak dikodifikasikan (karena itu merupakan “adat”).

Dikalangan masyarakat, jarang sekali dipergunakan atau dipakai istilah hukum adat bahkan tidak dikenal secara serius. Dalam hal ini yang lajim dipergunakan adalah istilah adat saja, dan istilah adat pun berasal dari kata (istilah/bahasa) Arab yang berarti kebiasaan. Kebiasaan merupakan perilaku masyarakat yang selalu dan senantiasa terjadi di dalam kehidupan masyarakat sehari-hari (Tolib setiady 2013:5).

Soerjono Soekanto dalam Otje Salman Soemadiningrat (2011:11), mengemukakan bahwa jika suatu kebiasaan (yang pada hakekatnya merupakan keteraturan) diterima sebagai kaedah, kebiasaan tersebut memiliki daya mengikat, menjadi tata kelakuan yang ciri-ciri pokok yaitu merupakan sarana untuk mengawasi perikelakuan warga masyarakat; merupakan kaedah yang memerintahkan atau sebagai patokan yang membatasi aspek sepek terjang warga masyarakat; mengidentifikasi pribadi dengan kelompok; dan merupakan salah satu sarana untuk mempertahankan solidaritas masyarakat. Selanjutnya, menurut Otje Salman Soemadiningrat, terdapat 3 (tiga) prasyarat untuk menjadikan



kebiasaan sebagai hukum. *Pertama*, masyarakat meyakini adanya keharusan yang harus dilaksanakan. *Kedua*, pengakuan atau keyakinan bahwa kebiasaan tersebut bersifat mengikat (kewajiban yang harus ditaati) atau dikenal dengan prinsip *opinio necessitas*. *Ketiga*, adanya pengukuhan yang dapat berupa pengakuan (*erkenning*) dan/atau penguatan (*bekrachtiging*) dari keputusan yang berwibawa (atau pendapat umum, yurisprudensi dan doktrin)

Dengan demikian, Hukum adat adalah bagian dari hukum yang berasal dari adat (kebiasaan) istiadat, yakni kaedah-kaedah sosial yang dibuat dan dipertahankan oleh para fungsionaris hukum (penguasa yang berwibawa) dan berlaku serta dimaksudkan untuk mengatur hubungan-hubungan hukum dalam masyarakat. Pengaturan tata tertib masyarakat oleh hukum adat ini mengindikasikan, hukum adat mengandung sanksi yang dikenakan jika aturan tersebut dilanggar.

Hukum adat pun dibentuk dan diliputi oleh nilai-nilai agama, sebagaimana Soepomo dalam Otje Salman Soemadiningrat (2011:14), memandangnya sebagai hukum tidak tertulis dan dipertahankan fungsionaris hukum serta mengandung sanksi yang disana sini mengadung unsur agama. Dengan demikian, Soepomo mengartikan hukum adat merupakan hukum yang menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat, dan sebagai hukum rakyat hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup masyarakat itu sendiri.

Hukum adat mempunyai corak yang hanya dapat diketahui dengan secara sungguh-sungguh bilamana diketahui tentang ajaran-ajaran hukum adat yang menjadi jiwannya. Ajaran-ajaran tersebut dapat disimpulkan dari pepatah-pepatah

dan kiasan-kiasan yang lebih mengutamakan bekerja dengan asas-asas pokok saja. Hal tersebut memberikan kepercayaan yang besar dan penuh kepada fungsionaris adat untuk melaksanakan hukum adat, serta menjadikan masyarakat menjadi pokok perhatiannya atau mempunyai corak komunal (M.Koesnoe 1979:9).

Sesungguhnya, sangat banyak ditemukan rumusan-rumusan tentang hukum adat dalam berbagai literatur, namun dari pengertian dan rumusan tersebut, kiranya sudah cukup untuk memberikan gambaran tentang apa itu hukum adat. Hukum adat merupakan adat (kebiasaan) istiadat yang menjadi hukum adat yang pada umumnya tidak tertulis, mempunyai sanksi, adanya prosedur penegakan hukum oleh fungsionarisnya, serta mengandung unsur agama.

#### **b. Hukum adat dalam perundang-undangan**

Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (UUD 1945) sebelum amandemen, tidak secara tegas menunjukkan kepada kita mengenai pengakuan dan pemakaian istilah hukum adat. Suatu hal yang menarik untuk diamati, bahwa sekalipun oleh banyak kalangan, hukum adat diterima sebagai salah satu sumber hukum namun UUD 1945 sama sekali tidak menyebutkan. Apabila ditelaah, maka dapat disimpulkan ada sesungguhnya rumusan-rumusan yang ada di dalamnya mengandung nilai luhur dan jiwa hukum adat. Pembukaan UUD 1945, yang memuat pandangan hidup Pancasila, hal ini mencerminkan kepribadian bangsa, yang hidup dalam nilai-nilai, pola pikir dan hukum adat. Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 menentukan bahwa:

“Segala badan negara dan peraturan yang masih ada langsung berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-undang Dasar ini”

Ketentuan tersebut dimaksudkan untuk mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacum*) terhadap permasalahan-permasalahan yang belum diatur dalam perundang-undangan. Mengingat pada waktu proklamasi kemerdekaan dan sampai saat ini belum ada satu ketentuan pun yang mengatur secara tegas mengenai peranan dan kedudukan hukum adat, maka aturan-aturan yang mengatur tentang hukum adat untuk sebagian masih dapat dipandang berlaku. Melalui Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 sudah cukup memadai sebagai sebuah pedoman bahwa di luar hukum perundang-undangan, masih diakui pula berlakunya hukum-hukum yang tidak tertulis (Otje Salman Soemadiningrat, 2011:152).

Setelah amandemen konstitusi, hukum adat diakui sebagaimana dinyatakan dalam UUD 1945 Pasal 18B ayat (2) yang menentukan bahwa:

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

Pengakuan negara terhadap kesatuan masyarakat hukum adat, sekaligus sebagai pengakuan terhadap hukum adatnya. Dengan demikian, berlakunya hukum adat bukanlah tergantung kepada penguasa negara atau tergantung kepada kemauan politik penyelenggara negara, melainkan bagian dari kehendak konstitusi.

Pada tataran praktis bersumberkan pada UUD 1945 negara mengintroduser hak yang disebut hak menguasai negara, hal ini diangkat dari hak ulayat, yang secara tradisional diakui dalam hukum adat. Hal tersebut sesuai dengan amanat konstitusi yaitu Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, yang secara jelas mengatur hubungan antara negara dengan bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya di kuasai oleh negara, dengan tujuan untuk mensejahterakan rakyatnya.

Sebagai tindak lanjut dari Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, maka diterbitkanlah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria yang selanjutnya lebih dikenal dengan sebutan UUPA. Menurut Pasal 5 UUPA, hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa adalah hukum adat. Selanjutnya ketentuan tersebut menetapkan syarat-syarat hukum adat yang menjadi dasar hukum agraria, yaitu tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa; tidak bertentangan dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam UUPA; dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan lainnya.

Mengacu pada ketentuan Pasal 5 UUPA di atas, maka secara hukum, kedudukan hukum adat berada pada posisi yang penting dalam tatanan sistem hukum agraria nasional. Boedi Harsono dalam Otje Salman Soemadiningrat, (2011:163) menyebutkan beberapa alasan bahwa hukum adat yang berlaku sebelum kemerdekaan mengandung cacat-cacat yang seharusnya dihilangkan. Oleh karena itu, hukum adat yang dimaksudkan oleh UUPA adalah hukum adat yang telah di-*saneer* (disaring). Hukum adat dalam UUPA didasarkan pada hukum adat yang telah disempunakan dan disesuaikan dengan perkembangan zaman.

Selanjutnya menurut, kedudukan hukum adat yang telah di-*saneer* ini menjadi sumber utama dalam pembangunan hukum tanah nasional, sekaligus juga menjadi sumber pelengkap/sekunder bagi hukum tanah nasional itu sendiri. Sebagai sumber utama, maka asas, nama dan lembaga hukum adat diangkat sebagai sumber pembentuk UUPA itu sendiri dan peraturan perundang-

undangan lainnya sebagai pelaksana UUPA. Sebagai sumber pelengkap/sekunder, maka asas, nama, dan lembaga hukum adat digunakan sebagai dasar penyelesaian masalah-masalah yang belum diatur secara tegas dalam peraturan perundang-undangan pertanahan nasional. Dengan demikian, jika suatu hal belum diatur dalam hukum tanah yang tertulis (UUPA), maka yang berlaku terhadap sesuatu hal tersebut adalah hukum adat setempat, yaitu hukum adat yang berlaku di daerah terjadinya suatu kasus, atau pada waktu diselesaikannya kasus itu.

Dengan demikian, kedudukan hukum adat dikemudian hari tetap menjadi acuan pembangunan (hukum) Indonesia, baik untuk memberi bahan-bahan dalam pembentukan kodifikasi hukum, maupun langsung diterapkan pada lapangan hukum yang belum mungkin untuk dikodifikasi. Bahkan dalam lapangan hukum yang telah dapat dikodifikasi pun, hukum adat sebagai hukum kebiasaan yang tidak tertulis, akan tetap menjadi sumber hukum baru atas hal-hal yang tidak atau belum ditetapkan dalam undang-undang.

Menanggapi hal tersebut, Satjipto Rahardjo (2010:120) perlu kiranya untuk diperhatikan yaitu apabila politik hukum agraria nasional kita menempatkan hukum adat sebagai landasan hukumnya, maka negara harus turut menjaga kelestarian atau keberadaan hukum adat termasuk masyarakat hukum adat dan hak-hak masyarakat hukum adat yang ada, sedangkan apa yang terjadi adalah berseberangan dengan hal tersebut, karena hukum adat malah “dibunuh secara perlahan-lahan”. “Pembunuhan” tersebut terjadi karena negara membiarkan hukum adat bersaing dengan hukum nasional atau hukum negara yang penuh dengan kekuatan jauh di atas hukum adat. Politik hukum seperti itu adalah ibarat

“memasukan kambing dan macan dalam satu kandang”. Mengetahui kelemahan hukum adat berhadapan dengan hukum nasional, maka negara dan pemerintah semestinya cepat-cepat mengeluarkan peraturan yang menjaga agar hukum adat tetap ada.

## 2. Masyarakat hukum adat

Memahami hukum yang berlaku dalam suatu masyarakat tidaklah mungkin dapat dilakukan tanpa pemahaman terhadap struktur dari masyarakat itu. Struktur masyarakat menentukan sistem (struktur) hukum yang berlaku pada masyarakat itu, demikian juga halnya dalam memahami segala hubungan hukum dan peristiwa hukum yang terjadi di lingkungan hukum adat, hanya dapat dilakukan dengan memahami struktur masyarakat hukum (*rechtsgemeenschappen*) itu terlebih dahulu.

Mengutip pendapat Van Vollenhoven yang dikemukakan pada pidatonya tertanggal 2 Oktober 1901, maka Soepomo dalam Soerjono Soekanto (1942:106) menyatakan “bahwa untuk mengetahui hukum, terutama perlu diselidiki buat waktu apabilapun dan di daerah mana jugapun, sifat dan susunan badan-badan persekutuan hukum, dimana orang-orang yang dikuasai oleh hukum itu, hidup sehari-hari”. Soepomo berpendapat, bahwa penjelasan mengenai badan-badan persekutuan tersebut, hendaknya tidak dilakukan secara dogmatis, akan tetapi atas dasar kehidupan yang nyata dari masyarakat yang bersangkutan. Masyarakat (persekutuan) hukum adat ini menurut Van Vollenhoven dalam Ida Nurlinda (2009:43), menempati tempat yang sentral karena pada dasarnya hak atas tanah ulayat dipegang oleh persekutuan hukum adat. Di antara masyarakat hukum adat

yang ada di Indonesia, masing-masing mempunyai perbedaan dalam tata susunannya dan membawa akibat pada perbedaan aturan hukum adatnya.

Masyarakat hukum adat dapat terbentuk baik karena faktor genealogis (keturunan) maupun karena faktor teritorial (wilayah). Masyarakat hukum adat yang berstruktur genealogis adalah masyarakat hukum adat yang anggotanya merasa terikat dalam suatu ketertiban dan kepercayaan bahwa mereka berasal dari satu keturunan yang sama. Masyarakat hukum adat yang berstruktur teritorial adalah masyarakat hukum adat yang anggotanya merasa bersatu dan karenanya merupakan kesatuan masyarakat hukum adat, sehingga terasa ada ikatan antara mereka dengan tanah tempat tinggalnya. Landasan yang mempersatukan anggota masyarakat ini adalah ikatan antara orang yang menjadi anggota masyarakat hukum adat itu dengan tanah yang didiami secara turun-temurun. Ikatan dengan tanah ini menjadi inti dari asas teritorial.

Secara teoretis, pengertian masyarakat hukum dan masyarakat hukum adat berbeda. Kusumadi Pujosewojo dalam Maria Sumardjono (2007:56), mengartikan masyarakat hukum sebagai suatu masyarakat yang menetap, terikat dan tunduk pada tata hukumnya sendiri. Masyarakat hukum adat adalah masyarakat yang timbul secara spontan di wilayah tertentu, yang berdirinya tidak ditetapkan atau oleh penguasa yang lebih tinggi atau penguasa lainnya, dengan rasa solidaritas yang sangat besar diantara para anggota, yang memandang bukan anggota masyarakat sebagai orang luar dan menggunakan wilayahnya sebagai sumber kekayaan yang hanya dapat dimanfaatkan sepenuhnya oleh anggotanya. Pemanfaatan oleh orang luar harus melalui izin dan pemberian imbalan tertentu.

Menurut Hollemann dalam Otje Salman Soemadiningrat (2011:29), ada beberapa ciri pokok masyarakat hukum adat yaitu merupakan suatu kelompok manusia, mempunyai kekayaan tersendiri terlepas dari kekayaan perseorangan, mempunyai batas wilayah tertentu dan mempunyai kewenangan tertentu. Selain ciri tersebut, masyarakat hukum adat juga memiliki sifat dan corak yang khas yaitu; *pertama*, magis religius yaitu sebagai suatu pola pikir yang didasarkan pada religiusitas dan bersifat sakral. *Kedua*, komunal yaitu memiliki asumsi bahwa setiap individu atau anggota masyarakat merupakan bagian integral dari masyarakat secara keseluruhan. *Ketiga*, konkret yang diartikan sebagai corak yang serba jelas atau nyata, menunjukkan bahwa setiap hubungan hukum tidak dilakukan secara diam-diam atau samar. *Keempat*, kontan yang mengandung arti sebagai kesertamertaan atau seketika, terutama dalam hal pemenuhan prestasi.

Selama ini, perdebatan mengenai istilah masyarakat adat dan masyarakat hukum adat menjadi persoalan yang terus berlangsung terutama berkaitan dengan Rancangan Undang-Undang Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Adat (RUU PPHMA) yang masih dalam tahap penyusunan. Ada beragam istilah yang digunakan, bahkan di dalam peraturan perundang-undangan pun digunakan berbagai istilah untuk merujuk sesuatu yang sama atau yang hampir sama itu. Mulai dari istilah masyarakat adat, masyarakat hukum adat, kesatuan masyarakat hukum adat, masyarakat tradisional, komunitas adat terpencil, masyarakat adat yang terpencil, sampai pada istilah desa atau nama lainnya.

Dari berbagai istilah yang ada, istilah hukum yang paling banyak digunakan adalah istilah “Masyarakat Hukum Adat”. Istilah masyarakat hukum



adat digunakan sebagai bentuk kategori pengelompokan masyarakat yang disebut masyarakat (persekutuan) hukum (*rechts gemeenschappen*) yaitu masyarakat yang seluruh anggota komunitasnya terikat sebagai satu kesatuan berdasarkan hukum yang dipakai, yaitu hukum adat. Istilah ini merupakan penerjemahan dari istilah *Adatrechts gemenschaapen* yang dipopulerkan oleh pemikir hukum adat seperti Van Vollenhoven (Tolib Setiady, 2013:75).

Istilah masyarakat hukum adat juga mengandung kerancuan antara “masyarakat-hukum adat” dengan “masyarakat hukum-adat”, yang satu menekankan kepada masyarakat-hukum dan yang lain menekankan kepada hukum adat. Pada pihak lain, kalangan yang keberatan dengan penggunaan istilah “masyarakat hukum adat” berargumen bahwa “masyarakat hukum adat” hanya mereduksi masyarakat adat dalam satu dimensi saja, yaitu hukum, padahal masyarakat adat tidak saja tergantung pada dimensi hukum, melainkan juga dimensi yang lainnya seperti sosial, politik, budaya, agama, ekonomi dan ekologi. Inilah salah satu hal yang kemudian diperjuangkan oleh Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN), agar kedepannya, pemerintah benar-benar jeli melihat tentang keberadaan masyarakat adat di Indonesia.

Di lain hal, istilah masyarakat hukum adat semakin sering digunakan karena mendekati istilah yang dipergunakan dalam UUD 1945 yaitu istilah kesatuan masyarakat hukum adat, sehingga memberikan kesan bahwa istilah inilah yang paling sah dan sesuai dengan konstitusi. Berkaitan dengan penulisan tesis ini, dan untuk tidak terjebak terlalu dalam mengenai perdebatan istilah tersebut, maka penulis menggunakan persamaan konsep mengenai istilah

tersebut dan mengambil istilah yang paling banyak digunakan dari berbagai istilah yang ada. Istilah hukum yang paling banyak digunakan adalah istilah “Masyarakat Hukum Adat”. Dalam Ketentuan Umum Pasal 1 angka 3 PMNA/KBPN No.5 Tahun 1999, Masyarakat hukum adat adalah sekelompok orang yang terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum karena kesamaan tempat tinggal atau pun atas dasar keturunan.

### **C. Tinjauan tentang Hak Ulayat**

#### **1. Hak ulayat sebelum berlakunya UUPA**

##### **a. Pengertian hak ulayat**

Sebelum berlakunya UUPA, hukum pertanahan di Indonesia bersifat dualisme yaitu sebagai akibat politik pemerintahan Hindia Belanda, sehingga timbul berbagai kelembagaan hak atas tanah yang bersumber pada hukum barat dan hukum adat. Hak atas tanah yang bersumber pada hukum adat salah satunya adalah hak ulayat. Pada masa penjajahan, sistem hukum pertanahan yang dijalankan pemerintah, lebih berorientasi pada sistem hukum barat sehingga pada kenyataannya kepentingan golongan bumi putera (pribumi) yang memberlakukan hukum adat selalu dalam posisi yang lemah bahkan tidak menjamin perlindungan dan kepastian hukum bagi hak-hak rakyat atas tanah dan mengabaikan keberadaan masyarakat hukum adat termasuk hak ulayatnya atas tanah.

Hak ulayat adalah nama yang diberikan oleh para ahli hukum pada lembaga hukum dan hubungan hukum konkret antara masyarakat-masyarakat hukum adat dengan tanah dalam wilayahnya, yang disebut hak ulayat. Oleh Van Vollenhoven dalam Tolib setiady (2013:312), hak ulayat disebut sebagai

“*beschikkingrescht*”. Istilah ini dalam Bahasa Indonesia (juga dalam bahasa-bahasa daerah) merupakan suatu pengertian baru, dikarenakan dalam bahasa Indonesia istilah yang dipergunakan itu lebih mengarah kepada pengertian sebagai “lingkungan kekuasaan”, sedangkan “*beschikkingrescht*” itu lebih mengarah kepada hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanah itu sendiri.

Adapun istilah-istilah daerah yang mengandung pengertian lingkungan kekuasaan, wilayah kekuasaan ataupun “tanah yang merupakan wilayah yang dikuasai masyarakat hukum adat” antara lain yaitu; Patuanan (Ambon), Pawatasan (Kalimantan), Wewengkon (Jawa), Prabumian (Bali), Tatabuan (Bolaang Mongondow), Limpo (Sulawesi Selatan), Nuru (Buru), Ulayat (Minangkabau), Torluk (Angkola), Paer (Lombok), Golat (Batak), dan lain sebagainya.

Oleh berbagai pakar hukum adat, hak ulayat diartikan dalam berbagai perumusan, namun mempunyai berbagai persamaan pemahaman, meski istilah yang dipergunakannya berbeda-beda, tidak selalu dalam istilah hak ulayat. Beberapa pakar hukum adat yang mengemukakan pendapatnya tentang hak ulayat yakni Roestandi Ardiwilaga dalam Ida Nurlinda (2009:68), mengemukakan bahwa hak ulayat adalah hak dari persekutuan (masyarakat) hukum adat untuk menggunakan dengan bebas tanah tanah yang merupakan hutan belukar dalam lingkungan wilayahnya, guna kepentingan persekutuan hukum itu sendiri dan anggota anggotanya; juga untuk kepentingan orang-orang di luar persekutuan hukum itu dengan izin terlebih dahulu, dan membayar pengakuan/recognisi.

Imam Sudiyat (1981:2), menamakan hak ulayat dengan sebutan hak purba yaitu hak yang dimiliki oleh suatu suku (clan/gens/stam), sebuah serikat desa-

desa (*dorpenbond*) atau biasanya oleh sebuah desa saja untuk menguasai seluruh tanah seisinya dalam lingkungan wilayahnya. Berangkat dari pengertian tersebut, Imam sudiyat mengemukakan ciri-ciri hak ulayat sebagai berikut:

- a) Hanya masyarakat hukum adat itu sendiri beserta para warganya yang berhak dengan bebas mempergunakan tanah ulayat yang merupakan bagian dari hak ulayat dalam wilayah kekuasaannya;
- b) Orang dari luar persekutuan yang hendak menggunakan tanah ulayat tersebut harus mendapat izin terlebih dahulu dari persekutuan hukum yang ada;
- c) Warga persekutuan hukum dapat mengambil manfaat dari tanah merupakan bagian dari hak ulayat untuk kepentingan pribadi dan keluarganya;
- d) Persekutuan hukum bertanggung jawab atas segala hal yang terjadi dalam wilayah kekuasaannya;
- e) Hak ulayat tidak boleh dilepaskan, dipindahtangankan, diasingkan untuk selamanya;
- f) Hak ulayat meliputi juga hak-hak yang telah digarap oleh perseorangan.

Boedi Harsono (1999:185), mengartikan hak ulayat sebagai seperangkat wewenang dan kewajiban suatu masyarakat hukum adat, yang berhubungan dengan tanah dalam wilayahnya, yang merupakan pendukung utama penghidupan dan kehidupan masyarakat yang bersangkutan sepanjang masa. Kewenangan dan kewajiban tersebut ada yang termasuk ke dalam bidang hukum perdata, yaitu yang berhubungan dengan hak bersama; dan ada yang termasuk ke dalam bidang hukum publik, yaitu berupa tugas kewenangan untuk mengelola, mengatur, dan memimpin peruntukan, penguasaan, penggunaan, dan pemeliharanya.

Berdasarkan pengertian yang dikemukakan oleh ketiga pakar hukum adat tersebut, dapat disimpulkan bahwa hak ulayat merupakan hak yang spesifik dan khas, yang keberadaannya tidak dapat dipisahkan dari masyarakat hukum adat itu sendiri. Spesifik dan khas, karena meskipun hak ulayat tersebut merupakan hak suatu komunitas masyarakat hukum adat, tetapi tetap membuka peluang akan adanya pihak lain di luar komunitas tersebut, untuk memanfaatkan hak ulayat tersebut dengan berbagai persyaratan. Artinya meskipun hak ulayat itu eksklusif, tetapi tidak mengedepankan eksklusivitasnya (Maria Sumardjono, 2007:55).

#### **b. Sifat dan ciri hak ulayat**

Hubungan antara masyarakat hukum adat dengan tanahnya diliputi oleh suatu sifat yang disebut *Religio magis*, yang artinya para warga persekutuan hukum (masyarakat) yang bersangkutan alam pikirannya masih kuat dipengaruhi oleh serba roh, yang menciptakan gambaran bahwa segala sesuatu yang bersangkutan paut dengan pemanfaatan atau pendayagunaan tanah harus dilakukan secara hati-hati karena adanya potensi-potensi yang gaib. Dampak positif dari adanya pandangan hidup yang demikian menimbulkan kepartisipasian segenap warga masyarakat tersebut dalam cara-cara pemanfaatan dan atau pendayagunaan tanah (Kartasapoetra, 1985:90).

Secara konseptual, hak ulayat merupakan hak tertinggi dalam sistem hukum adat. Di bawah hak ulayat hak kepala/tetua adat yang merupakan turunan dari hak ulayat dan semata-mata beraspek hukum publik. Selanjutnya, barulah hak-hak individual yang secara langsung maupun tidak langsung juga bersumber dari hak ulayat dan beraspek hukum keperdataan.

Menurut Van Vollenhoven dalam Ida Nurlinda (2009:69), masyarakat hukum adat tidak dapat memindahtangankan hak ulayat (*beschikkingsrecht*) yang dimilikinya. Selain bersifat tidak dapat dipindahtangankan, dalam hak ulayat pun dikenal adanya hak milik perseorangan. Hanya saja daya kerja hak milik itu dibatasi oleh keberadaan hak ulayat tersebut. Artinya, dalam hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan umum (kepentingan masyarakat hukum adat), hak milik tersebut haruslah mengalah. Hubungan hak ulayat ini berlangsung terus menerus tanpa terputus. Secara yuridis, hak ulayat menunjukkan hubungan hukum antara masyarakat hukum sebagai subyek hak dan tanah beserta wilayah dimana tanah itu terletak, sebagai obyek hak.

Obyek hak ulayat meliputi tanah yang ada di wilayah masyarakat hukum adat, baik yang sudah dihaki maupun yang belum sehingga dalam lingkungan wilayah hak ulayat tidak ada tanah yang *res nullius*, sehingga tidak ada satupun perbuatan hukum, baik yang bersifat perdata maupun publik, dapat terjadi tanpa adanya campur tangan masyarakat hukum adat, yang diwakili oleh suatu sistem kepemimpinan dengan kewenangan-kewenangannya. Selanjutnya, menurut Van Vollenhoven, keberadaan suatu tanah dengan hak ulayat masyarakat hukum adat, diketahui melalui beberapa tanda/ciri yaitu:

- a) Hanya masyarakat hukum adat itu sendiri beserta warganya yang dapat dengan bebas mempergunakan tanah liar yang terletak dalam wilayahnya.
  - b) Orang asing (luar masyarakat hukum adat) boleh mempergunakan tanah itu dengan izin. Penggunaan tanah tanpa izin dipandang sebagai suatu delik.
- Untuk penggunaan tanah tersebut, kadang-kadang bagi warga masyarakat

dipungut recognisi, tetapi bagi orang luar masyarakat hukum adat selalu dipungut recognisi.

- c) Masyarakat hukum adat tidak dapat melepaskan, memindahtangankan, ataupun mengasingkan hak ulayatnya secara menetap.
- d) Masyarakat hukum adat masih mempunyai campur tangan (baik insentif maupun kurang insentif) terhadap tanah-tanah yang sudah diolah.

Berdasarkan tanda-tanda/ciri-ciri hak ulayat tersebut di atas, maka kiranya harus dipahami bahwa hak ulayat suatu masyarakat hukum adat tetap melekat pada masyarakat tersebut sepanjang eksistensi dan kenyataan masyarakat hukum adat itu ada sehingga harus diakui dan dihormati oleh semua pihak.

### **c. Wewenang dan kewajiban hak ulayat**

Hak ulayat sebagaimana yang sudah disebutkan di atas, dapat berlaku baik ke dalam/internal anggota masyarakat hukum adat, maupun ke luar/eksternal dari masyarakat hukum adat. Daya berlakunya hak ulayat ini kemudian mempengaruhi terjadinya hubungan antara hak ulayat dengan hak perorangan. Hubungan tersebut bersifat menguncup-mengembang, desak- mendesak, batas-membatas, mulur-mungkret tiada hentinya, jika hak ulayat menguat, hak perseorangan menjadi melemah, demikian pula sebaliknya.

Hak ulayat dapat berlaku ke dalam berarti berlaku terhadap sesama anggota masyarakat hukum adat, yang diatur sedemikian rupa sehingga setiap orang menerima bagian dari hasil yang diperolehnya berdasarkan hak masyarakat hukum adat tersebut. Selain ke dalam anggota masyarakat hukum adat itu sendiri, hak ulayat berlaku juga ke luar anggota masyarakat hukum adatnya. pada

prinsipnya, orang dari luar tidak diperbolehkan menggarap tanah yang merupakan wilayah masyarakat hukum adat yang bersangkutan, kecuali atas izin masyarakat hukum adat melalui ketua adat masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

Hak ulayat meliputi wewenang dan kewajiban suatu hukum adat yang dibagi menjadi dua bidang hukum yaitu bidang hukum perdata dan bidang hukum publik. Bidang hukum perdata berhubungan dengan hak bersama kepunyaan atas tanah dalam arti kata para nggotanya secara bersama-sama (kolektif) mempergunakan tanah ulayat berupa atau dengan jalan memungut keuntungan dari tanah tersebut, sedangkan bidang hukum publik berupa tugas kewenangan untuk mengelolah, mengatur dan memimpin peruntukan, penggunaan dan pemeliharannya (Boedi Harsono, 1999:186).

Dengan demikian, Menurut Maria Sumardjono (2007:56), hak ulayat menunjukkan hubungan hukum antara masyarakat hukum (subyek hak) dan tanah/wilayah tertentu (obyek hak). Hak ulayat tersebut berisi wewenang untuk mengatur dan menyelenggarakan penggunaan tanah, persediaan, dan pemeliharaan tanah; mengatur dan menentukan hubungan hukum antara orang dengan tanah (memberikan hak tertentu pada subyek tertentu); mengatur dan menetapkan hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang berkenaan dengan tanah (jual-beli, warisan, dan lain-lain). Isi wewenang hak ulayat tersebut menyatakan bahwa hubungan antara masyarakat hukum adat dan tanah/wilayahnya adalah hubungan menguasai, bukan hubungan milik sebagaimana halnya dalam konsep hubungan antara negara dan tanah, menurut Pasal 33 ayat (3) UUD 1945.



## 2. Hak ulayat menurut UUPA

Politik dualisme hukum, membawa akibat-akibat buruk bagi pemahaman dan bekerjanya hukum di Indonesia, terutama jika dilihat dari segi substansinya yang tidak kontekstual karena belum menjawab setiap permasalahan sosial yang terjadi dalam kehidupan Indonesia saat ini. Menyadari kelemahan tersebut, Undang-Undang Pokok Agraria Tahun 1960 (UUPA) mencoba menyelesaikannya, khususnya yang berkaitan dengan bumi, air dan ruang angkasa. Sejak berlakunya UUPA pada tanggal 24 september 1960, maka berakhir masa dualisme hukum pertanahan di Indonesia dan menjadi suatu unifikasi hukum pertanahan dengan menundukkan kembali hukum adat pada tempatnya sebagai landasan utama hukum pertanahan nasional. Dengan demikian hak atas tanah yang bersumber pada hukum adat seperti yang bersangkutan dengan hak ulayat juga mengalami perubahan.

Pada masa pemerintahan Hindia Belanda belum pernah hak ulayat diakui secara resmi di dalam undang-undang bahkan seringkali hak ulayat diabaikan meskipun ada dan berlaku di lingkungan masyarakat hukum adat. Pengaturan tentang hak ulayat sejak berlakunya UUPA menemui sedikit titik terang, hal tersebut dapat dilihat dari ketentuan Pasal 3 UUPA yang menentukan bahwa:

“Dengan mengingat ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1 dan 2, pelaksanaan Hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, 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.”

Pengertian hak ulayat dalam UUPA secara eksplisit tidak ditemukan, namun berdasarkan ketentuan tersebut, pengakuan hak ulayat dibatasi pada dua hal yakni

berkenaan dengan eksistensi dan pelaksanaannya. Dengan demikian, jelaslah bahwa hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat hukum adat masih diakui keberadaannya sepanjang dalam kenyataannya di masyarakat masih ada. Kalau sudah ada, tidaklah perlu untuk membuat adanya hak ulayat baru.

Penjelasan Umum II angka (3) menegaskan bahwa kepentingan sesuatu masyarakat hukum harus tunduk pada kepentingan nasional dan negara yang lebih tinggi dan lebih luas. Hak ulayat pelaksanaannya harus sesuai dan tidak boleh bertentangan dengan kepentingan yang lebih luas itu. Tidak dapat dibenarkan masih mempertahankan isi dan pelaksanaan hak ulayatnya secara mutlak, seakan-akan ia terlepas dari masyarakat-masyarakat hukum dan daerah-daerah lainnya, di dalam lingkungan negara sebagai kesatuan. Sikap yang demikian jelas bertentangan dengan asas pokok Pasal 2 dan dalam praktek pun akan membawa akibat terhambatnya usaha besar untuk mencapai kemakmuran rakyat seluruhnya.

Ketentuan tersebut dimaksudkan untuk mendudukan hak ulayat pada tempat yang sewajarnya dalam alam bernegara dewasa ini. Artinya, hak ulayat diperhatikan sepanjang hak tersebut menurut kenyataannya masih ada (berlaku) pada masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Jika masih ada (berlaku), pelaksanaannya tidak boleh dilakukan secara mutlak, seakan-akan terlepas hubungannya dengan masyarakat-masyarakat hukum dan daerah-daerah lain di lingkungan NKRI.

Pengakuan eksistensi hak ulayat oleh UUPA merupakan hal yang wajar, karena hak ulayat masyarakat hukum adat telah ada, dan hidup sebelum terbentuknya NKRI. Berkaitan dengan pengakuan keberadaan hak ulayat, Boedi

Harsono (1999:193), menentukan bahwa UUPA tidak memberikan kriterianya. Alasan para perancang dan pembentuk UUPA untuk tidak mengatur tentang hak ulayat adalah karena pengaturan hak ulayat, baik dalam penentuan kriteria eksistensi maupun pendaftarannya, akan melestarikan keberadaan hak ulayat, sedangkan secara alamiah terdapat kecenderungan melemahnya hak ulayat. Kecenderungan tersebut dipercepat dengan bertambah kuatnya hak-hak individu, melalui pengaturannya dalam bentuk hukum yang tertulis dan penyelenggaraan pendaftarannya yang menghasilkan surat-surat tanda pembuktian haknya.

Berpegang pada konsepsi yang bersumber pada hukum adat, menurut Maria Sumardjono (2009:171), kiranya adil bila kriteria penentu eksistensi hak ulayat didasarkan pada adanya tiga unsur yang harus dipenuhi secara simultan. *Pertama*, yakni adanya subyek hak ulayat, yaitu masyarakat hukum adat; *Kedua*, Obyek hak ulayat, yakni tanah wilayah yang merupakan *lebensraum*-nya; *Ketiga*, adanya kewenangan tertentu dari masyarakat hukum adat itu untuk mengelola tanah wilayahnya, termasuk menentukan hubungan yang berkenaan dengan persediaan, peruntukan dan pemanfaatan serta pelestarian tanah wilayahnya itu.

Hal tersebut barangkali tidak sulit untuk memahaminya dari belakang meja. Masalahnya akan menjadi tidak sederhana ketika harus berhadapan dengan peristiwa hukum yang konkret. Dalam kenyataannya ketiadaan kriteria persyaratan eksistensi hak ulayat merupakan salah satu faktor yang berpengaruh terhadap marjinalisasi hak ulayat atas tanah masyarakat hukum adat. Tanpa adanya kriteria obyektif, pihak yang berhadapan dengan masyarakat hukum adat (pemerintah atau swasta) dapat secara sepihak menafikan keberadaan masyarakat hukum adat.

Secara obyektif, posisi tawar masyarakat hukum adat berhadapan dengan pihak yang posisinya lebih kuat dari segi politik ataupun modal, jelas tidak seimbang.

### **3. Hak ulayat menurut PMNA/KBPN Nomor 5 Tahun 1999**

Diterbitkannya Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional (PMNA/KBPN) Nomor 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, agar dapat dijadikan pedoman yang dapat digunakan sebagai pegangan dalam menghadapi dan menyelesaikan masalah-masalah serta melaksanakan urusan pertanahan pada umumnya dalam hubungannya dengan hak ulayat masyarakat hukum adat. Peraturan menteri tersebut merupakan kebijakan pertanahan yang bersifat memperjelas prinsip pengakuan dan penghormatan terhadap hak ulayat yang ditegaskan dalam UUPA.

Pedoman tersebut lahir saat era reformasi baru bergulir dan muncul banyaknya tuntutan pengakuan, penghormatan, dan perlindungan atas keberadaan hak ulayat masyarakat hukum adat yang di era orde baru mengalami penyangkalan kedudukan dan eksistensi akibat politik hukum yang sentralistis. Sebagai suatu kesadaran hukum, padahal dalam kondisi tekanan seperti apapun, hak ulayat sebagai suatu aturan hukum adat tetap ada dan diakui oleh masyarakat hukum adat setempat. Pasal 1 angka (1) PMNA/KBPN Nomor 5 Tahun 1999 menentukan bahwa:

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

Dengan demikian, salah satu lingkup hak ulayat adalah tanah ulayat, bidang tanah yang di atasnya terdapat hak ulayat dari masyarakat hukum adat tertentu. Hak ulayat dikelola oleh masyarakat hukum adat, yaitu sekelompok orang yang terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum karena kesamaan tempat tinggal ataupun atas dasar keturunan.

Kriteria dan penentuan masih ada atau tidak adanya hak ulayat dan hak-hak yang serupa dengannya dari suatu masyarakat hukum adat, diatur dalam Pasal 2 PMNA/KBPN Nomor 5 Tahun 1999, yang menentukan bahwa:

- (1) Pelaksanaan hak ulayat sepanjang pada kenyataannya masih ada dilakukan oleh masyarakat hukum adat yang bersangkutan menurut ketentuan hukum adat setempat.
- (2) Hak ulayat masyarakat hukum adat dianggap masih ada apabila:
  - a. terdapat sekelompok orang yang masih merasa terikat oleh tatanan hukum adatnya sebagai warga bersama suatu persekutuan hukum tertentu, yang mengakui dan menerapkan ketentuan-ketentuan persekutuan tersebut dalam kehidupannya sehari-hari;
  - b. terdapat tanah ulayat tertentu yang menjadi lingkungan hidup para warga persekutuan hukum tersebut dan tempatnya mengambil keperluan hidupnya sehari-hari, dan
  - c. terdapat tatanan hukum adat mengenai pengurusan, penguasaan dan penggunaan tanah ulayat yang berlaku dan ditaati oleh para warga persekutuan hukum tersebut.

Penentuan kriteria tersebut tidak dimaksudkan untuk membatasi pengakuan terhadap hak ulayat, namun merupakan upaya untuk mempertegas adanya subyek yakni masyarakat hukum adat dan obyek yakni wilayah tempat hak ulayat berlangsung dalam hubungan hukum tertentu serta adanya norma-norma hukum yang mengatur hubungan hukum antara subyek dengan obyek. Adanya suatu hak tertentu seperti hak ulayat akan mempunyai makna jika ketiga unsur itu jelas.

Selanjutnya, Pasal 3 PMNA/KBPN No.5 Tahun 1999 menentukan bahwa:

Pelaksanaan hak ulayat masyarakat hukum adat sebagaimana dimaksud pada Pasal 2 tidak lagi dilakukan terhadap bidang-bidang tanah yang pada saat ditetapkannya Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud Pasal 6 :

- a. sudah dipunyai oleh perseorangan atau badan hukum dengan sesuatu hak atas tanah menurut UUPA;
- b. merupakan bidang-bidang tanah yang sudah diperoleh atau dibebaskan oleh instansi Pemerintah, badan hukum atau perseorangan sesuai ketentuan dan tata cara yang berlaku.

Dengan demikian, pengaturan lebih lanjut berkenaan dengan hak ulayat serta pelaksanaan hak ulayat yang masih ada, tidak berlaku terhadap bidang-bidang tanah pada saat ditetapkannya peraturan daerah, sudah dipunyai oleh perseorangan atau badan hukum dengan sesuatu hak atas tanah menurut UUPA atau merupakan bidang-bidang tanah yang sudah diperoleh atau dibebaskan oleh instansi pemerintah, badan hukum atau perseorangan sesuai ketentuan yang berlaku.

Ketentuan ini dimaksudkan untuk memberikan kepastian dan perlindungan hukum kepada para pemegang hak atau mereka yang memperoleh tanah dan menguasainya secara sah. Perolehannya adalah sah apabila memenuhi syarat material, yakni adanya itikad baik menurut cara yang disepakati para pihak, dengan melakukan pendekatan kepada masyarakat yang bersangkutan dan mengindahkan tata cara yang hidup dalam masyarakat tersebut. Syarat formal yakni dilakukan menurut ketentuan dan tata cara peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pemberian bidang tanah ulayat oleh masyarakat hukum adat atau warganya dapat ditempuh dengan cara dilepaskan untuk selamanya atau diberikan penggunaannya untuk jangka waktu tertentu. Dalam upaya mencapai kesepakatan, kompensasi yang diberikan kepada masyarakat hukum adat hendaknya mempertimbangkan hilangnya atau berkurangnya tanah dan sumber

daya alam yang menjadi sumber penghidupannya dan hilangnya pusat-pusat budaya dan religi masyarakat hukum adat tersebut. Manfaat yang diperoleh pihak luar tersebut hendaknya dapat bermanfaat bagi peningkatan kualitas hidup dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan (Idanurlinda, 2009:128).

Pasal 4 PMNA/KBPN No.5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat menentukan sebagai bahwa:

- (1)Penguasaan bidang-bidang tanah yang termasuk tanah ulayat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 oleh perseorangan dan badan hukum dapat dilakukan:
  - a. oleh warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan dengan hak penguasaan menurut ketentuan hukum adatnya yang berlaku, yang apabila dikehendaki oleh pemegang haknya dapat didaftar sebagai hak atas tanah yang sesuai menurut ketentuan UUPA;
  - b. oleh Instansi Pemerintah, badan hukum atau perseorangan bukan warga masyarakat hukum adat yang bersangkutan dengan hak atas tanah menurut ketentuan Undang-undang Pokok Agraria berdasarkan pemberian hak dari Negara setelah tanah tersebut dilepaskan oleh masyarakat hukum adat itu atau oleh warganya sesuai dengan ketentuan dan tata cara hukum adat yang berlaku.
- (2)Pelepasan tanah ulayat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b untuk keperluan pertanian dan keperluan lain yang memerlukan Hak Guna Usaha atau Hak Pakai, dapat dilakukan oleh masyarakat hukum adat dengan penyerahan penggunaan tanah untuk jangka waktu tertentu, sehingga sesudah jangka waktu itu habis, atau sesudah tanah tersebut tidak dipergunakan lagi atau diterlantarkan sehingga Hak Guna Usaha atau Hak Pakai yang bersangkutan hapus, maka penggunaan selanjutya harus dilakukan berdasarkan persetujuan baru dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan sepanjang hak ulayat masyarakat hukum adat itu masih ada sesuai ketentuan Pasal 2.
- (3)Dalam hal sebagaimana dimaksud pada ayat (2) Hak Guna Usaha atau Hak Pakai yang diberikan oleh Negara dan perpanjangan serta pembaharuannya tidak boleh melebihi jangka waktu penggunaan tanah yang diperoleh dari masyarakat hukum adat yang bersangkutan”.

Berdasarkan ketentuan tersebut, maka bidang-bidang tanah ulayat dimungkinkan penguasaannya oleh perseorangan, baik warga maupun bukan warga masyarakat hukum adat dan badan hukum. Apabila warga masyarakat hukum adat yang

menguasai bidang tanah menurut hukum adat yang berlaku itu menghendaki, maka hak atas tanahnya dapat didaftar menurut ketentuan UUPA. Bagi instansi pemerintah, badan hukum, atau perseorangan bukan warga masyarakat hukum adat, penguasaan bidang tanah dengan hak atas tanah menurut ketentuan UUPA baru dapat diberikan setelah tanah tersebut dilepaskan oleh masyarakat hukum adat sesuai dengan ketentuan dan tata cara hukum adat yang berlaku.

Pasal 5 PMNA/KBPN No.5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat menentukan bahwa:

- (1) Penelitian dan penentuan masih adanya hak ulayat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 dilakukan oleh pemerintah daerah dengan mengikut sertakan para pakar hukum adat, masyarakat hukum adat yang ada di daerah yang bersangkutan, Lembaga Swadaya Masyarakat dan instansi instansi yang mengelola sumber daya alam.
- (2) Keberadaan tanah ulayat masyarakat hukum adat yang masih ada sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dinyatakan dalam peta dasar pendaftaran tanah dengan membubuhkan suatu tanda kartografi, dan apabila memungkinkan, menggambarkan batas-batasnya serta mencatatnya dalam daftar tanah.

Berdasarkan ketentuan tersebut, maka efektivitas peraturan tentang pengakuan hak ulayat tergantung pada inisiatif pemerintah daerah untuk melakukan penelitian sebagai dasar penentuan keberadaan hak ulayat di daerah bersangkutan, baik ketika timbul permasalahan pada saat tanah hak ulayat tertentu diperlukan untuk menunjang berbagai kegiatan pihak lain, maupun pada saat tidak ada permasalahan, yakni dalam rangka memperoleh informasi mengenai status tanah-tanah di daerah tersebut. Pendaftaran hak ulayat yang dimaksud, dalam rangka memastikan keberadaan hak ulayat yang bersangkutan.

Pengikutsertaan unsur lokal seperti pakar hukum adat dan Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) tersebut, sejalan dengan ketentuan Pasal 139 ayat (1)



Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang menentukan bahwa:

Masyarakat berhak memberikan masukan baik secara lisan maupun tertulis dalam rangka penyiapan atau pembahasan rancangan peraturan daerah.

Hal tersebut sangat diperlukan untuk tercapainya kesamaan pemahaman dari berbagai instansi maupun masyarakat hukum adat yang berurusan dengan masalah tanah ulayat, sehingga dengan demikian akan terwujud kesamaan perlakuan dan menjamin kepastian hukum serta keadilan bagi pihak-pihak yang bersangkutan.

Selanjutnya, Pasal 6 PMNA/KBPN No.5 Tahun 1999 menentukan bahwa:

Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan Pasal 5 diatur dengan Peraturan Daerah yang bersangkutan.

Mengingat kebijakan pertanahan tersebut bersifat pedoman, dan mengingat bahwa hak ulayat masing-masing daerah mempunyai sifat dan karakteristiknya yang khas, maka pelaksanaan kebijakan hak ulayat tersebut dituangkan dalam bentuk Peraturan Daerah masing-masing daerah dengan mempertimbangkan unsur-unsur lokal dan budaya yang ada dan hidup dalam masyarakat hukum adat yang bersangkutan.

Terbitnya peraturan tersebut mempertegas komitmen terhadap pengakuan hak-hak masyarakat hukum adat dalam berbagai peraturan perundang-undangan terkait, namun perlu disayangkan bentuk hukum dari pedoman itu sendiri hanyalah suatu Peraturan Menteri, dimana kekuatan mengikatnya (terutama mengikat keluar instansi BPN) sangat lemah. Padahal, sengketa berkenaan dengan masyarakat hukum adat dan hak ulayatnya seringkali bersifat lintas sektor, berkaitan dengan kewenangan instansi-instansi lain di luar BPN, seperti

Departemen Kehutanan. Oleh karena itu, bentuk hukum pedoman itu perlu ditingkatkan, minimal berbentuk Peraturan Presiden agar presiden mempunyai kewenangan untuk mengoordinasikan kewenangan antarsektor yang berbenturan dalam upaya menyelesaikan sengketa atau konflik hak ulayat secara demokratis dan berkeadilan (Idanurlinda, 2009:131).

#### **D. Tinjauan tentang Otonomi Daerah**

Istilah otonomi atau *autonomy* secara etimologis berasal dari bahasa Yunani, yaitu *autos* yang berarti sendiri dan *nomous* yang berarti peraturan atau undang-undang. Dengan demikian, otonomi berarti peraturan sendiri atau membuat undang-undang sendiri (*zelfwetgeving*), yang selanjutnya berkembang menjadi pemerintahan sendiri (HM.Agus Santoso, 2013:32). Bagir Manan dalam HM.Agus Santoso (2013:125), mengemukakan bahwa otonomi adalah kebebasan dan kemandirian satuan pemerintahan lebih rendah untuk mengatur dan mengurus sebagian urusan pemerintahan.

Urusan pemerintahan yang boleh diatur dan diurus secara bebas dan mandiri itu merupakan urusan rumah tangga satuan pemerintahan yang lebih rendah tersebut. Kebebasan dan kemandirian merupakan hakekat isi otonomi. Kebebasan dan kemandirian sebagaimana dimaksud, bukanlah kemerdekaan kebebasan yang tidak terbatas. Kemandirian tersebut adalah wujud pemberian kesempatan yang harus dipertanggungjawabkan. Selanjutnya Bagir Manan (2001:24) mengemukakan bahwa pemberian otonomi kepada satuan pemerintahan lebih rendah, bukanlah sekedar pemencaran penyelenggaraan pemerintahan untuk mencapai efisiensi dan efektifitas pemerintahan. Lebih dari itu, otonomi adalah

sebuah tatanan ketatanegaraan, bukan hanya tatanan administrasi negara. Sebagai tatanan ketatanegaraan, otonomi berkaitan dengan dasar-dasar bernegara dan susunan organisasi negara. Dengan demikian, untuk mewujudkan kemandirian dan kebebasan, otonomi berkaitan erat dengan pola hubungan antara pusat dan daerah yang meliputi berbagai segi antara lain hubungan kewenangan, pengawasan, keuangan dan lain sebagainya.

Berdasarkan istilah dan pengertian otonomi tersebut, sesungguhnya telah memiliki gambaran yang cukup mengenai otonomi daerah, namun perlu dikemukakan beberapa pengertian otonomi daerah menurut beberapa para pakar. yaitu antara lain menurut Thola dalam Arie S. Hutagalung dan Markus Gunawan (2009:99), otonomi daerah adalah penyerahan sebagian urusan rumah tangga dari pemerintah yang lebih atas, kepada pemerintah di bawahnya dan sebaliknya pemerintah di bawahnya yang menerima sebagian urusan tersebut telah mampu melaksanakannya. Selanjutnya Fernandes dalam Arie S. Hutagalung dan Markus Gunawan (2009:99), mengartikan otonomi daerah sebagai pemberian hak, wewenang, dan kewajiban kepada daerah yang memungkinkan daerah tersebut mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri untuk meningkatkan daya guna dan hasil guna penyelenggaraan pemerintahan dalam rangka pelayanan kepada masyarakat dan pelaksanaan pembangunan.

Ketika suatu negara memproklamasikan berdirinya, maka langkah yang kemudian dilakukan adalah membentuk pemerintahan untuk melaksanakan tugas-tugas pemerintah sehari-hari. Pemerintahan yang dibentuk tersebut, merupakan personifikasi dari negara. Bagi Indonesia, bentuk negara yang disepakati adalah

Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan, dibentuklah daerah-daerah yang bersifat otonom dengan bentuk dan susunan yang diatur dalam undang-undang. Terdapat pemerintah pusat di satu sisi dan pemerintah daerah di sisi lain. Hubungan di antara keduanya dibingkai dalam sistem negara kesatuan. Pemerintah pusat menyelenggarakan pemerintahan nasional, dan pemerintah daerah menyelenggarakan pemerintahan daerah.

Dalam hubungan tersebut, pemerintah pusat perlu melaksanakan penyerahan wewenang kepada pemerintah daerah yang dikenal dengan istilah desentralisasi, yang bentuk dan kadarnya diatur dalam undang-undang. Istilah desentralisasi tersebut seringkali disalahgunakan atau dipertukarkan penggunaannya dengan pengertian otonomi daerah. Secara singkat, desentralisasi mengandung pengertian adanya pembentukan daerah otonom dan atau penyerahan wewenang tertentu kepada daerah yang dibentuk tersebut. Otonomi daerah adalah pemerintahan oleh, dari dan untuk rakyat di bagian wilayah nasional suatu negara melalui lembaga-lembaga pemerintahan yang secara formal berada di luar pemerintah pusat (Arie S.Hutagalung dan Markus Gunawan, 2009:99).

Menanggapi hal tersebut, Bagir Manan (2001:11) mengemukakan bahwa desentralisasi adalah otonomi, sedangkan desentralisasi tidak sama dengan otonomi. Otonomi hanyalah salah satu bentuk desentralisasi. Desentralisasi bukanlah suatu asas melainkan suatu proses, sedangkan yang termasuk asas adalah otonomi dan tugas pembantuan (*medebewind*). Desentralisasi mempunyai dua wajah yaitu otonomi dan tugas pembantuan. Baik otonomi maupun tugas pembantuan sama-sama mengandung kebebasan dan kemandirian.

Dalam otonomi, kebebasan dan kemandirian itu meliputi baik asas maupun cara menjalankannya, sedangkan dalam tugas pembantuan, kebebasan dan kemandirian terbatas pada cara menjalankannya. Dalam arti ketatanegaraan, desentralisasi adalah penyerahan kekuasaan pemerintahan dari pusat kepada daerah-daerah yang mengurus rumah tangganya sendiri. Desentralisasi juga merupakan cara atau sistem untuk mewujudkan asas demokrasi, yang memberikan kesempatan kepada rakyat untuk ikut serta dalam pemerintahan negara.

Sebagai salah satu sendi negara yang demokratis, desentralisasi merupakan salah satu pilihan yang tepat dalam rangka menjawab berbagai persoalan yang dihadapi negara. Dalam kenyataannya, desentralisasi merupakan antitesa dari sentralisasi penyelenggaraan pemerintahan, namun suatu kekeliruan apabila keduanya dipertentangkan dalam suatu negara kesatuan. Pada dasarnya, berbagai macam budaya, agama, adat istiadat dan juga wilayah yang sangat luas tidaklah mungkin ditangani semua oleh pemerintah pusat, demikian juga sebaliknya. Tidakkah mungkin semua persoalan dalam penyelenggaraan negara didesentralisasikan kepada daerah dengan alasan menjalankan prinsip demokrasi, maka, pengendalian dan pengawasan pusat sebagai cerminan dari sentralisasi tetap dipandang mutlak sepanjang tidak melemahkan prinsip demokrasi.

Dalam perkembangannya di Indonesia, otonomi itu selain mengandung arti “perundangan” (*regelling*), juga mengandung arti “pemerintahan” (*bestuur*). Oleh karena itu, membahas desentralisasi berarti secara tidak langsung membahas pula otonomi. Kedua hal tersebut merupakan satu rangkaian yang tidak terpisahkan dalam kerangka NKRI (HM. Agus Santoso, 2013:32). Penyerahan

wewenang pemerintahan ataupun otonomi merupakan hal yang esensial, namun harus pula diingat bahwa otonomi di negara kesatuan mempunyai batas-batas tertentu dan terikat pada prinsip-prinsip bahwa otonomi itu tidak boleh mengancam keutuhan negara kesatuan itu sendiri. Dalam hal ini, perangkat daerah harus mempunyai suatu kebebasan untuk mengatur dan mengurus kepentingan-kepentingan masyarakat di daerahnya sendiri dan batas-batas kewenangan yang telah diterimannya. Penyerahan wewenang dari pemerintah pusat kepada daerah harus bertujuan pada terciptanya, keadilan, kesejahteraan dan kemakmuran rakyat.

Di negara kesatuan seperti Indonesia, seluruh wilayahnya berada dalam penguasaan pemerintah pusat yang berdaulat penuh, baik ke dalam, maupun keluar. Setiap daerah di negara bersangkutan diberikan wewenang mengurus rumah tangganya sendiri menurut asal usul daerah asalnya. Negara kesatuan bisa jadi terdiri dari satu bangsa (etnis) saja atau satu bangsa tapi terdiri dari berbagai suku bangsa, tetapi mereka mempunyai perasaan senasib sepenanggungan dan bercita-cita untuk membentuk suatu negara kesatuan di bawah satu pemerintahan.

Berbicara tentang otonomi tidaklah semata-mata berkaitan dengan negara kesatuan, tetapi otonomi dalam arti umum dan dogmatis juga terdapat dalam negara serikat di mana otonomi itu lebih luas dari pada negara kesatuan. Makna otonomi yang terdapat di negara kesatuan dan negara serikat tidak ada kesamaan. Otonomi pada negara kesatuan adalah penyerahan wewenang, sehingga kedaulatan masih menjadi hak pemerintah pusat. Sedangkan, otonomi pada negara federal bukanlah sekedar penyerahan wewenang, tetapi negara-negara bagian itu mempunyai kedaulatan masing-masing.

Terdapat dua komponen utama berkaitan dengan otonomi daerah, yaitu *pertama*, komponen wewenang menetapkan dan melaksanakan kebijakan sebagai komponen yang mengacu pada konsep “pemerintahan” yang terdapat dalam pengertian otonomi. Wewenang tersebut diperoleh dari pemerintah pusat melalui desentralisasi wewenang, yang merupakan kekuasaan formal (*formal power*). Wilayah dan orang yang menjadi sasaran wewenang (*domain of power*) dan bidang-bidang (gatra) kehidupan yang terliput dalam wewenang (*scope of power*) ditetapkan oleh pemerintah pusat melalui desentralisasi dan ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan. *Kedua*, komponen kemandirian sebagai komponen yang mengacu pada kata-kata “oleh, dari dan untuk rakyat”. Kemandirian tersebut mendorong tumbuhnya prakarsa dan aktivitas sendiri yang dilihat dari kemandirian daerah dari sisi pendapatan yang dihasilkan oleh daerah tersebut. Bila Pendapatan Asli Daerahnya (PAD) relatif besar dibanding dana yang didapat dari bantuan pemerintah pusat dalam bentuk Dana Alokasi Umum (DAU) dan Dana Alokasi Khusus (DAK) serta dana-dana yang lain, daerah tersebut memiliki kemandirian yang relatif besar, demikian pula sebaliknya. Dengan demikian, di balik otonomi daerah terdapat makna kemandirian. Kemandirian dimaksud harus sesuai dengan peraturan tentang otonomi daerah itu sendiri (Arie S.Hutagalung dan Markus Gunawan, 2009:103).

Pengaturan otonomi daerah di Indonesia terletak pada undang-undang yang mengatur tentang pemerintahan daerah. Cikal bakal sudah dimulai jauh sebelum Indonesia merdeka yaitu sejak zaman kolonial, dan ketika Indonesia merdeka, mulailah masalah pemerintahan daerah diatur dengan undang-undang

yang terus berganti, dan terakhir pengaturannya berdasarkan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Masing-masing undang-undang membawa nuansa tersendiri yang berhubungan erat dengan situasi dan tujuan negara pada saat itu, terutama masalah politik.

Otonomi daerah berpijak pada dasar perundang-undangan yang kuat, sebagaimana telah di dalam Pasal 18 UUD 1945 menentukan bahwa:

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

Terlihat jelas ada pembagian pengelolaan pemerintahan pusat dan daerah. Sesuai dengan dasar hukum yang melandasi otonomi daerah, pemerintah daerah mempunyai wewenang menjalankan otonomi seluas-luasnya kecuali urusan pemerintahan yang ditentukan undang-undang sebagai urusan pemerintah pusat.

Dalam konteks era reformasi, kewenangan yang dimaksud disalurkan lewat Undang-Undang No.22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah. Konsep otonomi daerah yang diperkenalkan dalam undang-undang tersebut berbeda dengan undang-undang sebelumnya. Undang-Undang No.22 Tahun 1999, memberikan kewenangan otonomi kepada daerah kabupaten/kota berdasarkan atas asas desentralisasi dalam upaya mewujudkan otonomi yang luas, nyata, dan bertanggung jawab. Seiring dengan berjalannya waktu, konsep otonomi daerah berdasarkan Undang-Undang No.22 Tahun 1999 akhirnya justru memunculkan “raja-raja kecil” di daerah, sehingga mendesak dilakukannya refisi dan kemudian diganti dengan Undang-Undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.



Adapun pengertian otonomi daerah berdasarkan Pasal 1 Undang-Undang

Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah adalah:

Hak, wewenang, dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

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 (NKRI). Selanjutnya, desentralisasi diartikan sebagai penyerahan wewenang pemerintahan oleh pemerintah kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dalam sistem NKRI.

Masyarakat Indonesia yang tergolong sangat majemuk mempunyai aspirasi yang beragam, singga perlu diakomodasi secara kelembagaan dengan memberikan otonomi daerah melalui desentralisasi. Sesuai dengan amanat konstitusi dalam rangka desentralisasi, di wilayah indonesia dibentuk propinsi, kabupaten/kota sebagai daerah otonom. Secara yuridis dan politis, otonomi daerah diberikan oleh pemerintah kepada masyarakat setempat dalam wilayah tertentu guna terselenggaranya pemerintahan sendiri sesuai dengan kondisi dan potensi masyarakat yang bersangkutan. Dalam daerah otonomi itulah terselenggaranya otonomi daerah (HAW.Widjaja, 2005:65).

Dalam penjelasan Undang-Undang No.32 Tahun 2004, prinsip otonomi daerah menggunakan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam arti daerah diberikan kewenangan mengurus dan mengatur semua urusan pemerintahan di luar yang

menjadi urusan Pemerintah yang ditetapkan dalam undang-undang ini. Sejalan dengan prinsip tersebut dilaksanakan pula prinsip otonomi yang nyata dan bertanggung jawab. Prinsip otonomi nyata adalah suatu prinsip bahwa untuk menangani urusan pemerintahan dilaksanakan berdasarkan tugas, wewenang, dan kewajiban yang senyatanya telah ada dan berpotensi untuk tumbuh, hidup dan berkembang sesuai dengan potensi dan kekhasan daerah. Otonomi yang bertanggung jawab adalah otonomi yang dalam penyelenggaraannya harus benar-benar sejalan dengan tujuan dan maksud pemberian otonomi, yang pada dasarnya untuk memberdayakan daerah termasuk meningkatkan kesejahteraan rakyat yang merupakan bagian utama dari tujuan nasional.

Dengan demikian isi dan jenis otonomi bagi setiap daerah tidak selalu sama dengan daerah lainnya, akan tetapi tetap memperhatikan tujuan pemberian urusan pemerintahan itu sendiri dalam wadah negara kesatuan, sehingga menutup kemungkinan tumbuh kembangnya rasa dan semangat primordialisme, ras, suku, dan kedaerahan. Dalam perkembangannya, keberadaan Undang-Undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah ini masih dianggap kurang sempurna. Oleh karenanya, terjadi perubahan terhadap undang-undang ini dengan munculnya Undang-Undang No. 12 Tahun 2008 tentang perubahan II atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004. Perubahan tersebut tidak begitu banyak, terutama hanya menyangkut pemilihan kepala daerah secara langsung.

Berdasarkan apa yang sudah diuraikan sebelumnya, maka otonomi daerah merupakan kewenangan yang dimiliki oleh suatu daerah otonom yang diberikan oleh pemerintah pusat untuk menjalankan hak, kewajiban, dan wewenang yang

dimilikinya untuk mengatur rumah tangganya sendiri sehingga dapat meningkatkan daya dan hasil guna untuk meningkatkan pelayanan serta peningkatan kesejahteraan masyarakatnya. Dengan demikian, bagi masyarakat keberhasilan otonomi daerah adalah terwujudnya kehidupan yang lebih baik, lebih adil serta terlindung dari segala tindakan sewenang-sewenang.

Kehadiran masyarakat hukum adat merupakan suatu kenyataan sejarah yang tidak dapat dihindari dan disangkal oleh pemerintah. Masyarakat hukum adat bersifat otonom, memiliki hak yang bersifat *original* (hak asli) yang diciptakan sendiri sebelum ada pengaturan hak lainnya, atau juga dikenal dalam istilah hukum *a prima facie* yang mengatur terlebih dahulu (ICRAF, LATIN dan P3AE-UI, 2001:24). Menyadari hal tersebut dan dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah, melalui Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 yaitu sebagaimana ditentukan dalam Pasal 2 ayat (9) bahwa:

Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Sepanjang masyarakat hukum adat beserta hak ulayat masih hidup, maka sudah menjadi kewajiban negara untuk mengakui dan menghormati keberadaannya sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI. Penyelenggara pemerintahan daerah dalam melaksanakan tugas, wewenang, kewajiban, dan tanggung jawabnya serta atas kuasa peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dapat menetapkan kebijakan daerah yang berkaitan dengan pengakuan dan penghormatan terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat atas sumber daya alam termasuk tanah. Kebijakan daerah tersebut, bertujuan untuk memberi pelayanan,

peningkatan peranserta, prakarsa, pemberdayaan dan peningkatan kesejahteraan masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Kebijakan tersebut kemudian dirumuskan antara lain dalam peraturan daerah, peraturan kepala daerah, dan ketentuan daerah lainnya.

Dengan demikian dan dalam rangka otonomi daerah, masyarakat hukum adat juga mempunyai hak dan kewajiban secara demokratis untuk mendapatkan kesejahteraan melalui upaya-upaya termasuk upaya dalam memperoleh pengakuan dan perlindungan hukum terhadap hak ulayatnya atas tanah. Melalui penyelenggaraan otonomi daerah, kebijakan-kebijakan pemerintah akan lebih tepat sasaran, dikarenakan pemerintah daerah cenderung lebih mengerti keadaan dan situasi daerahnya, serta potensi-potensi yang ada di daerahnya dari pada pemerintah pusat.

Adanya kebijakan daerah yang mengakui dan mengormati hak ulayat atas tanah masyarakat hukum adat yang bersangkutan, tentunya akan mengarah kepada perlindungan hukum terhadap keberadaan dan pelaksanaannya dengan tetap mecegah adanya disintegrasi. Keadaan belum mengakui dan memberikan perlindungan hukum terhadap masyarakat hukum adat dan hak ulayatnya justru merupakan potensi konflik bahkan ancaman terjadinya disintegrasi nasional.

Apabila masyarakat hukum adat mempunyai kepentingan untuk mendapatkan pengakuan dan perlindungan hukum terhadap hak ulayatnya atas tanah oleh masyarakat lain di luar masyarakat hukum adat yang bersangkutan maupun oleh pemerintah, maka sudah menjadi suatu kewajiban bagi pemerintah khususnya pemerintah daerah untuk memberikan pelayanan, sehingga tujuan

dasar pemberian otonomi daerah dapat tercapai melalui peningkatan kesejahteraan rakyat yang merupakan bagian utama dari tujuan nasional. Otonomi daerah diharapkan sebagai jembatan bagi masyarakat hukum adat beserta hak ulayatnya untuk mendapatkan pengakuan dan perlindungan hukum, serta adanya harapan agar partisipasi masyarakat hukum adat dalam pemerintahan menjadi lebih luas, bukan cuma di tingkat lokal tetapi juga nasional. Cita-cita kedaulatan rakyat memang dapat terwujud dalam suasana sentralistis, tetapi melalui desentralisasi keadaannya akan lebih demokratis.

#### **E. Landasan Teori**

Landasan teori yang digunakan dalam penulisan tesis ini adalah teori hukum yang hidup dalam masyarakat (*Living Law Theori*) dan teori otonomi.

##### **1. Teori living law**

Eugen Ehrlich dalam Satjipto Rahardjo (2010:73), mengemukakan konsepnya mengenai *living law* dalam bukunya berjudul *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, yang mengungkapkan bahwa “baik pada saat sekarang ini maupun di waktu-waktu yang lain, pusat dari pada pertumbuhan hukum tidak terletak dalam perundang-undangan, tidak dalam ilmu pengetahuan hukum, dan juga tidak dalam keputusan hukum, melainkan di dalam masyarakat itu sendiri.” Di bagian lain dari bukunya itu, Ehrlich memberikan penjelasan lebih lanjut mengenai pengertian *living law* itu demikian: “inilah yang dinamakan *living law* berhadapan dengan hukum sebagaimana diterapkan di dalam pengadilan-pengadilan. *Living law* adalah hukum yang menguasai hidup itu sendiri, sekalipun tidak dicantumkan dalam peraturan-peraturan hukum. Sumber bagi pengetahuan

kita mengenai hukum ini adalah dokumen-dokumen hukum modern, serta pengamatan secara langsung terhadap kehidupan, perdagangan, kebiasaan dan adat dan terhadap semua macam perhimpunan, tidak hanya yang diakui oleh hukum, melainkan juga yang diabaikannya dan bahkan yang tidak disetujuinya”.

Oleh karena itu, ajaran Eugen Ehrlich berfokus pada perbedaan antara hukum positif (kaidah-kaidah hukum) dengan hukum yang hidup di masyarakat (*living law*). Hukum yang positif hanya akan efektif apabila senyatanya selaras dengan hukum yang hidup di masyarakat (Sabian Utsman, 2009:115). Hukum adalah “hukum sosial”, lahir dalam dunia pengalaman manusia, bergumul dengan kehidupan sehari-hari dan terbentuk lewat kebiasaan, kemudian lambat laun mengikat dan menjadi tatanan yang efektif. Kehidupan berjalan dalam tatanan itu. Kekuatan mengikat “hukum yang hidup” tidak ditentukan oleh kewibawaan negara dan tidak tergantung pada kompetensi penguasa dalam negara.

Menurut Bernard L.Tanya (2010:143), memang semua hukum dalam segi eksteralnya dapat diatur oleh instansi-instansi negara, akan tetapi menurut segi internnya hubungan-hubungan dalam kelompok-kelompok sosial tergantung dari anggota-anggota kelompok itu. Inilah *living law*, namun juga selalu terbuka kemungkinan, negara membuat peraturan-peraturan hukum “yang membumi” dan menjadi bagian internal dari kehidupan masyarakat, sehingga sekali kelak berubah menjadi norma-norma hukum (hukum yang hidup).

Berdasarkan uraian tersebut, serta untuk memperjelas penggunaan teori yang dikemukakan oleh Eugen Ehrlich, untuk dijadikan pisau analisis berkaitan dengan penulisan tesis, maka penulis mengutip pendapat yang dikemukakan oleh

Bernard L. Tanya (2011:11), bahwa masyarakat hukum adat bukanlah “bejana kosong”. Mereka memiliki apa yang disebut *volksgemeenschappen* (sebuah kesatuan masyarakat hukum), yang terdiri dari nilai, norma, teritor, kepemimpinan dan manajemen konflik sebagai sistem tatanan yang telah teruji kefungsionalannya.

Tatanan-tatanan sebagaimana yang sudah disebutkan juga dimiliki oleh masyarakat hukum adat Colol, Kabupaten Manggarai Timur. Tatanan-tatanan (*living law*) tersebut, patut dipertimbangkan oleh pemerintah untuk selanjutnya diakui dan dilindungi dengan payung hukum minimal setingkat peraturan daerah, yang diharapkan selaras dengan hukum yang hidup di masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Hal tersebut meyakinkan penulis untuk melakukan penelitian mengenai pengakuan dan perlindungan hukum terhadap hak ulayat atas tanah masyarakat hukum adat dalam rangka otonomi daerah di Desa Colol Kecamatan Poco Ranaka Timur Kabupaten Manggarai Timur.

## 2. Teori otonomi

Istilah otonomi berasal dari bahasa Yunani, yaitu *autos* yang berarti sendiri dan *nomous* yang berarti hukum atau peraturan (HM.Agus Santoso, 2013:123). Menurut *Encyclopedia of social science* dalam HM.Agus Santoso (2013:124) bahwa otonomi dalam pengertian orisinal adalah *the legal self sufficiency of social body and its actual independence*. Jadi, ada dua ciri hakikat dari otonomi, yaitu *legal self sufficiency* (kemandirian hukum) dan *actual independence* (kemerdekaan yang sebenarnya). Dalam kaitan politik atau pemerintahan, otonomi daerah berarti *self government* (pemerintahan sendiri) atau *condition of*

*living one's own laws*. Dengan demikian, daerah-daerah memiliki *legal self sufficiency* yang bersifat *self government* serta diatur dan diurus oleh *own laws*.

Dalam literatur Belanda, otonomi berarti pemerintahan sendiri (*zelfregering*) yang oleh Van Vollenhoven dalam HM.Agus Santoso (2013:124) dibagi atas *zelfwetgeving* (membuat undang-undang sendiri), *zelfuitveoring* (melaksanakan sendiri), *zelfrechtspraak* (mengadili sendiri) dan *selfpolitie* (menindaki sendiri). Selanjutnya, berdasarkan perkembangan sejarah di Indonesia, otonomi itu selain mengandung arti “perundangan” (*regelling*), juga mengandung arti “pemerintahan” (*bestuur*).

Ateng Syafrudin dalam HM.Agus Santoso (2013:124), mengemukakan bahwa Istilah otonomi mempunyai makna kebebasan atau kemandirian (*zelfstandigheid*), tetapi bukan kemerdekaan (*onafhankelijkheid*). Kebebasan yang terbatas atau kemandirian itu adalah wujud pemberian kesempatan yang harus dipertanggungjawabkan. Hal tersebut senada dengan apa yang dikemukakan oleh Bagir Manan dalam HM.Agus Santoso (2013:125), yang mengemukakan bahwa otonomi adalah kebebasan dan kemandirian satuan pemerintahan lebih rendah untuk mengatur dan mengurus sebagian urusan pemerintahan. Kebebasan dan kemandirian merupakan hakekat isi otonomi, namun bukan kemerdekaan. Kebebasan dan kemandirian itu adalah kebebasan dan kemandirian dalam ikatan kesatuan yang lebih besar.

Sebagaimana diketahui, bahwa membahas otonomi berarti secara tidak langsung membahas pula desentralisasi. Hal ini disebabkan kedua hal tersebut merupakan satu rangkaian yang tidak terpisahkan, apalagi dalam kerangka NKRI.



Secara *etimologis*, istilah desentralisasi berasal dari bahasa Belanda yaitu *de* (lepas) dan *centerum* (pusat), maka desentralisasi adalah melepaskan dari pusat (HM. Agus Santoso, 2013:31). Secara singkat pengertian desentralisasi mengandung pengertian adanya pembentukan daerah otonom dan atau penyerahan wewenang tertentu kepadanya (daerah yang dibentuk) oleh pemerintah pusat.

Menurut Bagir Manan dalam Murtir Jeddawi (2008:157), sekalipun desentralisasi adalah otonomi, akan tetapi desentralisasi tidak sama dengan otonomi. Otonomi merupakan inti desentralisasi sehingga desentralisasi dalam hal ini adalah desentralisasi yang melahirkan wewenang bagi daerah untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan sendiri dalam wadah NKRI. Desentralisasi akan berlaku apabila urusan mengatur penyelenggaraan pemerintahan tidak semata-mata dilakukan oleh pemerintahan pusat (*central government*), tetapi juga oleh satuan-satuan pemerintahan tingkat lebih rendah, mandiri (*zelfstanding*) dan bersifat otonom.

Dalam negara kesatuan, kewenangan cenderung berada di pemerintah pusat. Hal tersebut menyebabkan otonomi di negara kesatuan seperti Indonesia, lebih banyak bergantung kepada *political will* pemerintah pusat, yaitu sampai sejauh mana pemerintah pusat mempunyai niat baik untuk memberdayakan local government melalui penyerahan wewenang pemerintahan yang lebih besar. Penyerahan wewenang sebagaimana dimaksud, diartikan sebagai desentralisasi. Desentralisasi pemerintahan itulah yang kemudian melahirkan hak untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan daerah dan dikategorikan urusan otonomi (disebut dengan otonomi daerah). Secara teoritis, dalam pelaksanaan otonomi

daerah, terdapat sendi-sendi sebagai pilar penyangga otonomi itu sendiri, yaitu adanya pembagian wewenang, pembagian pendapatan, dan pemberdayaan pemerintah daerah. Semakin kuat sendi-sendi tersebut, semakin sehat pelaksanaan otonomi daerah, demikian pula sebaliknya.

Menurut Hans Kelsen dalam Ni Matul Huda (2009:70), yang disebut otonomi daerah adalah suatu perpaduan langsung dari ide-ide desentralisasi dengan ide-ide demokrasi. Berdasarkan apa yang telah dikemukakan oleh Hans Kelsen tersebut, maka otonomi daerah merupakan tindak lanjut dari pelaksanaan teori demokrasi yang diaplikasikan melalui teori desentralisasi, artinya otonomi daerah itu sendiri lahir dari desentralisasi, sedangkan desentralisasi itu sendiri merupakan salah satu ciri dari implementasi esensi demokrasi.

Dengan demikian, otonomi dan demokrasi merupakan satu kesatuan semangat sebagai bentuk pemerintahan yang menempatkan rakyat sebagai penentu yang utama dalam negara. Otonomi daerah merupakan wujud kehidupan demokrasi dalam konteks penyelenggaraan negara kesatuan (*eenheidstaat*), dan merupakan wadah kehidupan demokrasi. Rakyat melalui para wakil mereka (DPRD), turut serta dalam penyelenggaraan pemerintahan, berdasarkan otonomi daerah yang dibangun dalam sistem pemerintahan desentralisasi. Rakyat mengatur rumah tangga mereka sendiri dalam rangka penyelenggaraan otonomi daerah.

Dengan demikian, suatu negara kesatuan baru merupakan wujud pemerintahan demokrasi tatkala otonomi daerah dijalankan secara efektif guna pemberdayaan kemaslahatan rakyat, mencakupi kewenangan *zelfwetgeving* (Perda-perda) yang mengakomodir kepentingan rakyat banyak dan

penyelenggaraan pemerintahan (*zelfbestuur*) yang diemban secara demokratis ( Ni Matul Huda, 2009:91).

Secara teoritis dan faktual, pembentukan daerah otonom melalui desentralisasi tidak akan menyebabkan terjadinya disintegrasi nasional, tetapi justru kondusif bagi tercapainya integritas nasional. Pemberian status otonom kepada kelompok masyarakat lokal merupakan jiwa besar pemerintah sebagai bentuk penghargaan terhadap perbedaan yang ada sehingga akan mendorong masyarakat lokal berpartisipasi dalam skala daerah maupun nasional (Hari Sabarno, 2007:63). Hal tersebut mengingat bahwa masyarakat merupakan bagian utama pemerintahan, maka selain tanggung jawab pelaksanaan otonomi di tangan Kepala Daerah, DPRD, dan aparat pelaksanaanya, masyarakat harus menjadi pelaksana utama dalam otonomi daerah tersebut.

Tolak ukur utama keberhasilan otonomi tidak lain adalah pada masyarakat, termasuk di dalamnya yaitu masyarakat hukum adat daerah yang bersangkutan. Hal tersebut mengingat bahwa masyarakat hukum adat juga merupakan suatu kesatuan masyarakat yang bersifat otonom, yaitu mereka mengatur sistem kehidupannya baik hukum, politik, ekonomi dan lain sebagainya. Berkaitan dengan penulisan tesis ini, maka kewenangan yang telah dimiliki oleh pemerintah daerah (kabupaten/kota), diharapkan menjadi lini pertama yang dapat memberikan pengakuan dan perlindungan hukum terhadap hak ulayat masyarakat hukum adat di daerah yang bersangkutan.