

Konstitusi dan Masyarakat Hukum Adat: Meninjau Pengakuan dan Perlindungan Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya Masyarakat Hukum Adat dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945

Resha Roshana Putri¹

Abstrak

Kongres Taman Dunia Kelima yang diselenggarakan di Durban menekankan adanya fakta bahwa hak masyarakat hukum adat di dunia mulai dilanggar dan dilupakan dalam tatanan internasional, termasuk di dalamnya hak hidup dan hak ekonomi, sosial, dan budaya (EKOSOB). Salah satunya adalah kasus *Merauke Integrated Food and Energy Estate* (MIFEE) di Papua. Secara teoritis dan konseptual, pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat seharusnya tertuang di dalam Konstitusi masing-masing negara, mengingat masyarakat hukum adat merupakan bagian dari suatu warga negara. Pengakuan dan perlindungan hak EKOSOB masyarakat hukum adat tidak diatur secara komprehensif dalam UUD 1945, namun justru mengalami progresivitas setelah dikeluarkannya Putusan MK Nomor 35/PUU-X/2012 yang diajukan oleh Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN) terhadap Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan. Tulisan ini menggunakan pendekatan yuridis normatif yang akan meneliti secara rinci pasal-pasal hak masyarakat hukum adat dalam Konstitusi yang akan dikaitkan dengan instrumen hukum lainnya yang berhubungan dengan penulisan ini.

Keyword: Konstitusi, masyarakat hukum adat, hak EKOSOB.

Constitution and Indigenous People: Considering the Recognition and Protection of the Rights of Economic, Social, and Cultural of Indigenous People in the Indonesian Constitution 1945

Abstract

In the fifth World Park Congress held in Durban, there was a statement stated that the movement and the existence of indigenous people have been forgotten by international stages, including its right to live and its right of economic, social, and cultural. One of examples can be seen on the case of Merauke Integrated Food and Energy Estate (MIFEE). In a theoretical concept, the recognition and protection of indigenous people should be regulated in Constitution, remembering that indigenous people are parts of citizens. The recognition and protection of indigenous people rights of economic, social, and cultural are not regulated clearly in the Indonesian Constitution, yet experiencing its progressiveness after The Constitutional Court Judgement 35/PUU-X/2012 which submitted by AMAN over the Indonesian Act No. 41/1999 regarding Forestry. This paper uses normatif-yuridic approaches to examine in detail the concept of recognition and protection of indigenous people which are recorded in the Indonesian Constitution 1945 and will be related with the other law instruments which have relevances with this paper.

Keyword: Constitution, indigenous people, EKOSOB Rights.

PENDAHULUAN

¹ Resha Roshana Putri, Kepala Departemen Kompetisi *Padjadjaran Law Research and Debate Society*, Jalan Dipati Ukur No. 35 Bandung, resharoshanaputri@gmail.com

Konstitusi yang dibahas dalam tulisan ini adalah Konstitusi dalam arti sempit, yang hanya berada di dalam ruang lingkup Undang-Undang Dasar.² Secara umum, Konstitusi dianggap sebagai manifestasi dari sebuah pengakuan keyakinan yang menyatakan cita-cita bangsa atau disebut sebagai *charter of the land*. Mereka yang menyusun konstitusi di negaranya seringkali dihadapkan pada permasalahan di mana sulitnya mencapai konsensus mengenai praktik terbaik yang hendak diterapkan. Meminjam pendapat Daniel S. Lev, ia memandang konstitusionalisme sebagai abstraksi yang lebih tinggi dari *rule of law*,³ yang mengandung arti bahwa paham “negara terbatas” di mana kekuasaan politik resmi dikelilingi oleh hukum sehingga kekuasaan tersebut dapat dibatasi oleh hukum tersebut. Berbicara mengenai konstitusionalisme, maka materi muatan dalam Konstitusi akan menjadi hal paling substansial untuk dibahas. Materi muatan dalam Konstitusi tentu akan berbeda-beda di tiap-tiap negara. Lebih lanjut K.C. Wheare dalam bukunya “*The Modern Constitutions*” menyebutkan bahwa tiap-tiap negara di belahan dunia memiliki jumlah dan muatan konstitusi yang berbeda-beda. Norwegia, misalnya, memerlukan konstitusi sebanyak 25 halaman, yang berbeda dengan India yang membutuhkannya sebanyak 250 halaman.

Bagir Manan dalam disertasinya membahas bahwa setidaknya-tidakny terdapat 3 materi muatan yang harus diatur dalam Konstitusi, yaitu:⁴

1. Jaminan terhadap Hak Asasi Manusia dan warga negara;
2. Susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental; dan
3. Pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.

Dalam praktik, jaminan Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi yang mencakup di dalamnya Hak Asasi Masyarakat Hukum Adat tentunya memiliki muatan dan sistematika yang berbeda. India, misalnya, memberikan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat melalui Konstitusi India yang banyak mendapatkan pengaruh dari Konvensi *International Labour Organization* (ILO) dan *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People* (UNDRIP), dan berfokus pada pemenuhan hak sosial dan politik MHA.⁵ Di satu sisi, Meksiko, sebagai Negara dengan 56% penduduknya adalah masyarakat hukum adat yang pernah mengalami historigrafi gelap atas diskriminasi masyarakat adat perempuan, mengusahakan untuk menyusun Konstitusi yang di dalamnya mengakomodir hak masyarakat hukum adat yang berfokus pada hak atas penentuan nasibnya sendiri (*self determination*), seperti hak otonomi, pendidikan, infrastruktur, dan non-diskriminasi.⁶ Dalam konteks Indonesia, pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat diatur dalam pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang secara sederhana mengungkapkan bahwa Indonesia menghormati eksistensi masyarakat hukum adat, sebagai bentuk kesadaran bahwa Indonesia adalah Negara heterogen.

² Lihat C.F Strong, *Modern Political Constitutions*, 1966.

³ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Library of Congress Cataloging in Publication Data 1982, hlm. 222.

⁴ Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, Bandung: CV Mandar Maju, 1995, hlm.2.

⁵ C.R Bijoy, Shankar G, dan Shomona Khana, *India and the Rights of Indigenous People*, Thailand: Asia Indigenous People Pact Foundation, 2010, hlm. 57.

⁶ Lihat *the Constitution of Mexico 1917*.

Satu permasalahan dalam adanya Konstitusi suatu negara adalah tidak serasinya “*das Sollen*” dengan “*das Sein*”, atau bahkan terdapat kesalahan pada “*das Sollen*” sehingga menimbulkan efek domino pada kenyataan dan implikasinya. Berkaitan dengan hal ini, Yando Zakaria dalam Konferensi dan Dialog Nasional tentang “Makna Amandemen Pasal 18B ayat (2) UUD 1945” menuai kritiknya terhadap muatan pasal 18B ayat (2) UUD 1945, di mana gagal untuk membangkitkan semangat masyarakat hukum adat dan gagal untuk mendorong perbaikan atas permasalahan marginalisasi masyarakat hukum adat saat ini, khususnya berkenaan dengan hak ekonomi, sosial, dan budaya.⁷ Bahkan, progresivitas pengakuan atas MHA baru muncul setelah dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012 yang salah satunya membedakan hak antara hutan adat dengan hutan milik negara.

Artikel ini menjelaskan materi muatan Konstitusi khususnya jaminan perlindungan Hak Asasi Manusia atas hak ekonomi, sosial, dan budaya Masyarakat Hukum Adat pada UUD 1945 melalui beberapa pertanyaan dasar, yaitu *pertama*, mengapa hak EKOSOB Masyarakat Hukum Adat perlu diatur dalam Konstitusi, *kedua*, bagaimana pengaturan hak EKOSOB Masyarakat Hukum Adat saat ini dalam UUD 1945, dan *ketiga*, bagaimana implikasi dari pengaturan tersebut. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, artikel ini terbagi menjadi 6 bagian. Setelah pemaparan singkat dalam Pendahuluan, sub bab B dan C akan menjawab pertanyaan pertama dan kedua. Implikasi dari pasal 18B ayat (2) akan dijelaskan pada sub bab D dan sub bab E akan memaparkan rekomendasi hak EKOSOB Masyarakat Hukum Adat untuk Indonesia. Penutup dan kesimpulan akan dibahas pada sub bab F.

PEMBAHASAN

A. Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Hukum Adat Dalam Konstitusi Indonesia

Tidak mudah untuk mendokumentasikan secara mendalam persoalan hubungan hukum dengan rakyat, khususnya mengenai politik hukum masyarakat hukum adat. Berkaitan dengan hal ini, pengakuan dan perlindungan atas masyarakat hukum adat dalam Konstitusi merupakan salah satu refleksi dari Negara Modern. Hak masyarakat hukum adat merupakan *natural rights* yang lahir dari proses sosial dan tumbuh dari warisan antar generasi.⁸ Kuatnya keterikatan hak inilah yang menjadi tugas utama negara untuk melakukan positivisasi hak masyarakat hukum adat dalam suatu dokumen tertulis. Secara singkat, negara-negara kolonialisme biasanya mendokumentasikan hak-hak tersebut dalam Konstitusi. Masyarakat hukum adat sejatinya merupakan ciri dari negara agraris, bukan negara industri.⁹ Negara industri akan cenderung menjunjung tinggi hak individu dalam peningkatan proses produksi. Berbeda dengan masyarakat hukum adat yang bersinggungan dengan hak komunal yang merupakan salah satu ciri dari negara agraris.

⁷ Yando Zakaria, *Makna Amandemen Pasal 18 UUD 1945 bagi Pengakuan dan Perlindungan Masyarakat Adat di Indonesia*, Jakarta: Yayasan Pusaka, 2010, hlm. 6-8.

⁸ *Ibid.*

⁹ Hal ini yang melatarbelakangi negara-negara Eropa seperti Inggris, Prancis, dan Belanda yang tidak mencantumkan masyarakat hukum adat sebagai bagian dari Hak Asasi Manusia di dalam Konstitusinya. Negara-negara ini mengemban hak milik pribadi yang merupakan fondasi industrialisasi dan akar dari kebebasan individu atas hubungan kontraktual.

Dalam konteks Indonesia, sebagai negara agraris dan eks-kolonialisme, keberadaan dan hak dari masyarakat hukum adat merupakan sesuatu yang tidak dapat terpungkiri.¹⁰ Bapak Hukum Adat, Van Vollenhoven mengemukakan bahwa eksistensi masyarakat hukum adat di Indonesia telah ada sejak dahulu kala yang memiliki sistem hukumnya sendiri, yaitu hukum adat. Disamping itu, menurut Snouck Hurgronje, hukum adat berkarakter komunal yang tidak mengenal adanya sistem pemisahan, seperti apa yang dipraktikkan negara barat bahwa individu adalah kesatuan yang berbeda dari masyarakat. Konsekuensinya adalah hukum adat menyongsong nilai-nilai kekeluargaan, dimana individu harus patuh terhadap dominasi suatu masyarakat yang komunal.¹¹ Pernyataan ini mengingatkan kita pada kenyataan bahwa Indonesia merupakan negara plural, yang walaupun tuntutan industrialisasi selalu berusaha untuk diwujudkan, namun sebagian besar tidak menanggalkan hukum adat sebagai hukum sehari-hari. Menurut data yang dilansir oleh Aliansi Masyarakat Adat Nusantara, 5—70 juta dari 120 juta masyarakat Indonesia adalah masyarakat hukum adat, yang secara historis merupakan masyarakat asli yang sudah secara turun temurun bertempat tinggal di Indonesia.¹² F.D. Holleman dalam *De Commune trek in het Indonesia rechtsleven* mengemukakan bahwa terdapat empat karakteristik khusus yang dimiliki oleh masyarakat hukum adat, yaitu magis religius, komunal, konkret, dan kontan.¹³

Soepomo dan Muh. Yamin adalah satu-satunya pribadi yang mengusung masyarakat hukum adat dalam pembentukan naskah UUD 1945 oleh BPUPKI. Pada saat itu, Yamin mengusulkan adanya hak atas tanah yang dibentuk oleh persekutuan hukum yang tersebar di Jawa, Minangkabau, Bugis, Malaya, dan sebagainya. Sedangkan, Soepomo berpendapat adanya hukum adat sebagai bagian dari negara integralistik. Kendati pada saat itu, masyarakat hukum adat belum menjadi isu HAM internasional, namun sudah banyak ditemukan daerah-daerah di Indonesia dengan susunan adatnya, seperti marga, desa, dan nagari. Tonggak pengaturan mengenai masyarakat hukum adat hadir 15 tahun berikutnya atas berlakunya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria, yang mana didalamnya mencantumkan frasa “hak ulayat”. Dari sinilah kemudian lahir pasal 18 UUD 1945 yang menjadikan persoalan hak ulayat direduksi sebagai permasalahan pemerintahan.¹⁴

Konstitusi RIS 1949 yang merupakan lanjutan dari UUD 1945 memiliki nuansa politik, di mana masyarakat hukum adat tidak mendapatkan “rumah” di dalamnya. Pasal 47 Konstitusi ini sejatinya mengatur jaminan hak persekutuan rakyat yang tinggal di daerah-daerah, namun secara praktik dan konsepnya gagal untuk menyalurkan delegasi kepada peraturan lain yang berada di bawahnya. Setelah Konstitusi ini diganti menjadi UUDS 1950,

¹⁰ Hendra Nurtjahjo dan Fokky Fuad, *Legal Standing Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Berperkara di Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Salemba Humanika, 2010, hlm. 40.

¹¹ Otje Salman S, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Bandung: PT Alumni, 2008, hlm. 8.

¹² *Pengakuan Setengah Hati terhadap Penjaga Hutan Terbaik*, Aliansi Masyarakat Adat Nusantara Journal, 2015.

¹³ Ter Haar, dalam Hilman Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, Bandung: Mandar Maju, 2003, hlm. 105

¹⁴ Pasal 18 UUD 1945 sebelum perubahan dikenal sebagai Konstitusi Politik sebagai simbol “Negara Republik” bagi Indonesia, yang bunyinya adalah “*Pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil dengan membentuk 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.*”

konsepsi terhadap HAM juga gagal untuk menyebutkan eksistensi masyarakat hukum adat, sebab berfokus pada HAM individu. Tanggal 5 Juli 1959, Soekarno selaku Presiden RI saat itu membubarkan Konstituante dan mengeluarkan Dekrit Presiden yang mana mengembalikan keberlakuan UUD 1945. Dengan diberlakukannya kembali UUD 1945, maka muncullah semangat pengaturan masyarakat hukum adat beserta hak-haknya dalam Konstitusi Indonesia. Namun, pengaturan tersebut lebih didistribusikan pada produk peraturan perundang-undangan, seperti halnya dalam UUPA yang mengangkat isu hak ulayat bangsa Indonesia.

Perjalanan pemberlakuan Konstitusi Indonesia tidak berhenti sampai disitu. Hal demikian juga berlaku pada pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat. UUD 1945 lalu mengalami amademen atau perubahan selama 4 kali yang mana pengaturan masyarakat hukum adat didalamnya terpengaruh dari historiografi masa kolonial, seperti *Aglamene Bepalingen* 1848, *Reglemen Regering* 1854, dan *Indische Staatregeling* 1920 dan 1929.¹⁵ Adapun pasal-pasal yang mengatur pengakuan masyarakat hukum adat dan hak tradisionalnya dapat dilihat dalam tabel berikut:

Pasal UUD	Perbandingan Isi
Pasal 18B ayat (2)	Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat serta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang
Pasal 28I ayat (3)	Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.
Pasal 32 ayat (1) dan (2)	<p>Ayat (1) Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya.</p> <p>Ayat (2) Negara menghormati dan memelihara bahasa daerah sebagai kekayaan budaya nasional.</p>

Sumber: Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945

¹⁵ Rikardo Simamarta, *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, Jakarta: UNDP, 2006, hlm. 309.

Meminjam pendapat Soetandyo Wignjosoebroto, empat syarat diakuinya masyarakat hukum adat di Indonesia yaitu (a) sepanjang masih hidup; (b) sesuai dengan perkembangan masyarakat; (c) prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan (d) diatur dalam undang-undang, secara *ipso facto* dan *ipso jure* merupakan pengaturan yang memohonkan kepada masyarakat hukum adat untuk membuktikan sendiri eksistensinya. Sebaliknya, kebijakan atas mengakui atau tidak mengakui masyarakat tersebut tetap berada di tangan penguasa.¹⁶

B. Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya Masyarakat Hukum Adat dalam UUD 1945

Era pemberlakuan UUPA sebagai tonggak hak ulayat di Indonesia hingga rezim Order Baru, konflik agraria yang berkenaan dengan masyarakat hukum adat belum terlalu menuai polemik. Hingga sampai Kongres AMAN III yang bertempat di Pontianak digelar, sekelompok masyarakat hukum adat menuntut pemerintah atas pemenuhan hak-haknya karena berbagai konflik triangular antara investor, masyarakat hukum adat, dan pemerintah daerah yang dilatarbelakangi oleh kebijakan-kebijakan struktural sehingga berimplikasi pada hak EKOSOBnya. Dari sinilah timbul sebuah tanda tanya besar apakah Konstitusi Indonesia yang dalam hal ini adalah UUD 1945 layak untuk dijadikan jaminan konstitusional bagi masyarakat hukum adat.

Hak EKOSOB adalah salah satu manifestasi dari HAM yang patut untuk dilindungi, karena menyangkut kualitas hidup dan nilai-nilai budaya individu atau kelompok masyarakat sebagai makhluk yang berintegritas. Hak ini mencakup hak pekerjaan, keamanan sosial, kehidupan berkeluarga, kebudayaan, akses sandang, pangan, papan, kesehatan, dan pendidikan. M. Foster dalam bukunya *International Refugee Law and Socio-Economic Rights* menyatakan bahwa “*ESC rights are needed to be protected along with civil and political rights. If the state’s failure to protect those rights, there might be a fatal effect which may give rise to serious human rights violation*”.¹⁷ Dalam tatanan internasional, hak EKOSOB diatur dalam *International Covenant on the Economic and Social Rights* (ICESR) yang telah diratifikasi Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005. Manifestasi dari ICESR dalam Konstitusi dapat dilihat dalam pasal 26-31 UUD 1945 yang diperuntukkan sebagai jaminan HAM bagi seluruh warga negara, yang sejatinya juga mencakup masyarakat hukum adat.

Terdapat 3 kewajiban Negara dalam pemenuhan hak EKOSOB.¹⁸ *Pertama*, negara berkewajiban untuk memberikan jaminan bahwa aturan dasar mengenai hak EKOSOB harus diselaraskan dengan praktiknya. *Kedua*, berkaitan dengan konsep *states responsibility*, negara berkewajiban untuk melindungi hak EKOSOB dari intervensi pihak ketiga. Dan *ketiga*, negara berkewajiban untuk mengerahkan seluruh pilar-pilar penyelenggaraan negara, baik itu eksekutif, yudikatif, dan legislatif untuk mewujudkan hak

¹⁶ Soetandyo Wignjosoebroto, *Pokok-Pokok Pikiran tentang Empat Syarat Pengakuan Eksistensi Masyarakat Hukum Adat, Inventarisasi, dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat*, Jakarta: Departemen Dalam Negeri, 2006, hlm. 39.

¹⁷ M. Foster, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refugee from Deprivation*, New York: Cambridge University Press, 2007, hlm. 5.

¹⁸ Magdalena Sepulveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, Antwerpen: Intersentia, 2003, hlm. 165-184.

EKOSOB bagi warga negara. Jaminan hak EKOSOB dalam UUD 1945 ditujukan untuk seluruh lapisan masyarakat di Indonesia.¹⁹

Berkaitan dengan hak EKOSOB masyarakat hukum adat, Indonesia juga menghormati prinsip-prinsip yang terkandung dalam UNDRIP dan secara moral terikat dengan deklarasi ini. UNDRIP mengangkat hak masyarakat hukum adat sebagai hak kolektif, yang juga menjunjung tinggi hak EKOSOB untuk mempertahankan dan mendorong institusi-institusi budaya tradisional dan tradisi. Meskipun sifat instrumen UNDRIP adalah *soft law*, namun tetap dijadikan acuan dan ditafsirkan sebagai standar perlindungan masyarakat hukum adat yang paling komprehensif di seluruh dunia agar dapat berdiri sejajar dengan masyarakat lainnya.²⁰

Diratifikasinya ICESR dan berlakunya UNDRIP di Indonesia memiliki konsekuensi bahwa jaminan HAM bagi masyarakat hukum adat dalam UUD 1945 harus sejalan dengan apa yang termaktub dalam ICESR dan UNDRIP. Sayangnya, harapan di atas sebuah naskah UUD 1945 belum menggambarkan demikian, sehingga prinsip-prinsip dalam ICESR dan UNDRIP hanya menjadi impian belaka. Sejumlah ahli hukum adat mengilustrasikan kritiknya atas makna pasal 18B ayat (2) UUD 1945. Rikardo Simamarta, seorang ahli hukum agraria, berpendapat bahwa syarat “*sepanjang tidak bertentangan dengan asas-asas yang diakui umum tentang keadilan*” dalam pasal 18B ayat (2) memiliki aroma diskriminatif khususnya bagi orientasi kebudayaan. Secara terselubung para penguasa layaknya akan menghilangkan komunitas adat dan mentransformasikannya menjadi masyarakat modern yang menjunjung tinggi industrialisasi.²¹

Seorang ahli filsafat modern, F. Budi Hardiman, menyatakan bahwa frasa “*negara menghormati....sepanjang....*” merupakan pengakuan bersyarat yang sifatnya monologal dan subjek-sentris. Hal ini dikarenakan menampakkan citra negara yang berupaya untuk “menjinakkan” masyarakat hukum adat dibawah aturan-aturan yang dibentuk oleh negara.²² Paradigma inilah yang merupakan *logical fallacy* yang justru diagung-agungkan negara, namun pada hakikatnya bersifat kontradiksi dengan paham kesetaraan dalam negara demokrasi. Satjipto Rahardjo juga mengemukakan kritiknya sejalan dengan paham pengakuan bersyarat yang dikemukakan Hardiman, bahwa melalui pasal 18B ayat (2) UUD 1945, negara berusaha mengkotak-kotakkan ada atau tidaknya masyarakat hukum adat.²³ Pengakuan bersyarat ini tentu bertentangan dengan frasa pertama yang digunakan dalam pasal tersebut, yakni “*negara menghormati*”. Dengan diberlakukannya syarat dalam jaminan HAM bagi masyarakat hukum adat dalam Konstitusi, berarti negara tidak berusaha mengakomodir perlindungan masyarakat hukum adat secara menyeluruh, namun berusaha untuk memperlambat pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat tersebut.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ UNDRIP yang merupakan *soft law* diakui dalam Resolusi Majelis Umum PBB yang walaupun tidak mengikat secara hukum, namun tetap berlaku bagi seluruh masyarakat hukum adat di dunia karena merepresentasikan perkembangan dinamis hukum internasional dan seringkali dipandang sebagai hukum kebiasaan internasional di dunia (*Indigenous Bar Association*, 2011).

²¹ Rikardo Simamarta, *op.cit.*, hlm. 310.

²² F. Budi Hardiman, *Hubungan Struktural Masyarakat Adat, Suku Bangsa, Bangsa, dan Negara*, Jakarta: Komnas HAM, 2006, hlm. 62.

²³ Satjipto Rahardjo, *Hukum Adat dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia*, Jakarta: Komnas HAM, 2005, hlm. 60.

Berangkat dari kritik tersebut, timbul sebuah pemikiran bahwa adanya kekurangan konsep pengakuan dan perlindungan hak EKOSOB masyarakat hukum adat dalam UUD 1945. Jeanne Sally mengukuhkan 2 pilar perlindungan masyarakat hukum adat nasional dalam Konstitusi, yaitu *pertama*, menjadikan masyarakat hukum adat sebagai subjek yang memikul hak dan kewajiban dalam NKRI, dan *kedua*, mengakui hak-hak adat atas objek yang dimiliki masyarakat hukum adat. Lebih lanjut, Anthony Mason berpendapat bahwa “*indigenous people became minorities or lost control over their traditional lands so that they have to ensure the economic viability and development of their communities forever*”.²⁴ Eksistensi masyarakat hukum adat yang minor di kalangan masyarakat lainnya membuat berbagai kasus memperlihatkan adanya tindakan yang memarginalisasi hak-hak masyarakat hukum adat, khususnya pada hak EKOSOB.

Masyarakat adat yang tinggal di Pulau Benjina, Kepulauan Aru, harus merasakan perihnya menahan kelaparan akibat tidak dapat memanfaatkan sumber daya laut di wilayahnya. Hal ini dikarenakan adanya kebijakan penanaman modal asing yang cenderung menguntungkan para investor asing. Akhirnya, masyarakat adat justru kesulitan untuk mencari dan menangkap ikan, sehingga kelaparan tidak dapat dihindarkan. Kasus lain terjadi di Pulau Saparua, Kabupaten Maluku Tengah, dimana seorang pengusaha Swiss tertarik untuk membangun sebuah *cottage* dan pariwisata di daerah Paperu, Pulau Saparua, Kabupaten Maluku Tengah. Pengusaha ini telah membayar dana perizinan kepada Kepala Desa atas hak guna bangunan, namun kompensasi yang seharusnya diberikan kepada masyarakat hukum adat belum diwujudkan.²⁵ Kasus lainnya dapat dilihat di Papua, dimana adanya proyek *Merauke Integrated Food and Energy Estate* (MIFEE) telah memarginalisasi hak masyarakat untuk dapat mengelola hutan sagu di Papua untuk kebutuhannya sehari-hari. Hal ini disebabkan karena adanya pemangkasan hutan sagu di Papua yang merupakan tanah ulayat bagi masyarakat adat Malind untuk hidup, termasuk di dalamnya bermata pencaharian dan mencari makanan.

Hal tersebut menunjukkan bahwa UUD 1945 sebagai hukum tertinggi di Indonesia seharusnya menjadi tolak ukur pengakuan dan penghormatan negara bagi kesatuan masyarakat hukum adat dengan segala hak EKOSOB-nya, bukan hanya saat ini, namun juga sepanjang masa. Pengakuan tersebut bersifat substantif mengingat hak EKOSOB berkaitan dengan kelangsungan dan tatanan hidup mereka, serta berkaitan dengan lingkungan hidup dan habitatnya.

C. Implikasi pasal 18B ayat (2) UUD 1945 dan Putusan MK No. 35/PUU-X/2012

Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 sejatinya berasal dari sistem tenurial pengaturan yang merupakan dua sisi dari mata uang yang sama. Salah satunya adalah dengan pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang merupakan salah satu wujud dari hak EKOSOB. Terdapat berbagai pandangan atas implikasi dari pasal 18B ayat (2) UUD 1945, salah satunya datang dari Achmad Sodiki dan Bagir Manan. Bagir Manan menyebutkan bahwa pengakuan bersyarat tetap diperlukan untuk menjaga eksistensi masyarakat hukum adat sejalan dengan prinsip

²⁴ Anthony Mason, *The Rights of Indigenous Peoples Lands Once Part of the Old Dominions of the Crown*, Cambridge: Cambridge University Law Journal, Vol. 46, Issue 1, 1997, hlm. 511-513.

²⁵ *Ibid*, hlm. 120.

dan hukum negara. Di sisi lain, Achmad Sodiki menilai bahwa pasal tersebut justru akan menimbulkan multitafsir dikarenakan karakternya terlalu umum, sehingga sulit untuk menerka apakah *original intent* pembentukan pasal tersebut.²⁶ Untuk merumuskannya, perlu diketahui adanya ketegasan dalam amandemen pasal 18B ayat (2) tersebut. Ketegasan tersebut berkaitan dengan prinsip penghormatan dan pengakuan. Namun disisi lain, implikasi yang ditimbulkan hanya berkisar pada ketegasan dalam mengartikan “kesatuan masyarakat hukum adat”, namun melupakan konsep “keberadaan dan ketidakberadaan masyarakat hukum adat” dan ketegasan hak-hak yang dimaksudkan dalam penghormatan negara dalam pasal ini.²⁷

Perihal keberadaan masyarakat hukum adat terbagi menjadi dua kondisi. *Pertama*, kenyataannya masih ada namun tidak diketahui, atau *kedua*, tidak ada namun masih diketahui keberadaannya. Jika UUD 1945 tidak mengakomodir kedua kondisi ini, maka kondisi dimana masyarakat hukum adat namun tidak diketahui eksistensinya tentu akan menimbulkan kerugian bagi masyarakat tersebut beserta hak-haknya. Kekosongan ketegasan keberadaan dan hak masyarakat hukum adat tentu berimplikasi pula pada materi muatan peraturan perundang-undangan yang berada di bawahnya. Beberapa produk perundang-undangan telah mengatur hak masyarakat hukum adat yang dimandatkan secara eksplisit oleh 18 ayat (2) UUD 1945. Salah satunya adalah Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil dan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2009 tentang Kehutanan. Singkatnya, UU PWP3 membahas mengenai eksistensi dan hak masyarakat hukum adat pesisir dan UU Kehutanan membahas hak masyarakat hukum adat dalam kepemilikan hutan sebagai hak ulayat.

Implikasi UU PWP3 pada dua masyarakat hukum adat pesisir di Maluku merupakan saksi bisu minimnya pengakuan dan perlindungan hak EKOSOB masyarakat hukum adat. Di Pulau Benjina, Kabupaten Kepulauan Aru, masyarakat hukum adat tidak lagi memiliki akses untuk menyelam mutiara karena lautnya telah terkontaminasi oleh sisa hasil produksi ikan pihak swasta.²⁸ Selain itu, di Pulau Saparua, Kabupaten Maluku Tengah, seorang pengusaha dari Switzerland mendapatkan izin untuk membangun *cottage* di daerah pesisir Desa Paperu karena memiliki laut dan terumbu karang yang indah.²⁹ Dua kasus ini mengkontekstualkan pernyataan dari Anthony Mason terkait gelap gempitanya kehidupan EKOSOB masyarakat hukum adat bahkan di tanah tinggalnya sendiri. Pasal 21 dan 22 UU *a quo* menutup ruang pengelolaan pesisir yang sudah lama dimiliki oleh masyarakat hukum adat dan cenderung mempersamakan kedudukan masyarakat hukum adat dengan investor. Secara sederhana, hal tersebut tentu bertentangan dengan kontemplasi pasal 33 ayat (3) UUD 1945 karena pengelolaan kekayaan alam Negara justru dibuka lebar untuk pihak asing, namun memarginalisasi masyarakat asli negara, yang dalam hal ini adalah masyarakat

²⁶ Achmad Sodiki, *Pemulihan Hak Masyarakat Adat atas Ruang Lingkup Hidup dalam Putusan MK No.45/2011 dan 35/2012*, dalam http://www.aman.or.id/wp-content/uploads/2016/02/Achmad-Sodiki_Ringkasan-Putusan-MK-No.-45-2011-dan-35-2012.pdf diakses pada 9 April 2017 pukul 12:45.

²⁷ Pentingnya pencantuman keberadaan dan hak masyarakat menjadi isu penting yang telah dipertanyakan oleh sejumlah ORNOP dan individu yang berjuang atas nama Jaringan Pembelaan Hak-Hak Masyarakat Adat (JAPHAMA), Tanah Toraja, 1993.

²⁸ M.J. Saptanno, *Kajian Yuridis tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Laut*, Ambon: Pattimura University Press, 2003, hlm. 2.

²⁹ *Ibid.*

hukum adat. Pasal 18(2) UUD 1945 seolah alpa untuk dijadikan landasan Konstitusional karena tidak menjelaskan bentuk penghormatan apa yang harus diberikan oleh negara.

Merauke Integrated Food and Energy Estate (MIFEE) merupakan proyek pengembangan ketahanan pangan nasional yang bertempat di Papua dengan cara “tiputipu”. Proyek ini menarik hak otonom dan kebebasan EKOSOB Orang Papua Asli (OPA). Proyek yang dimulai dari *Merauke Integrated Rice Estate* (MIRE) ini didukung oleh beberapa kebijakan pemerintah namun luput dari pasal 18B ayat (2) UUD 1945 padahal di dalamnya berimplikasi pada masyarakat hukum adat Papua. Kebijakan ini antara lain UU No. 39 tahun 2009 tentang Kawasan Ekonomi Khusus; UU No. 41 tahun 2009 tentang Perlindungan Lahan Pertanian Pangan Berkelanjutan; Peraturan Pemerintah (PP) No. 26 tahun 2008 tentang Rencana Tata Ruang Wilayah Nasional (RTRWN), yang menetapkan Merauke sebagai kawasan andalan untuk pertanian dan perkebunan; PP No. 18 tahun 2010 tentang Usaha Budidaya Tanaman, yang menjustifikasi perusahaan swasta untuk menguasai lahan di wilayah Papua dapat diberikan dua kali lebih luas atau sama dengan 20.000 hektar.³⁰ Hal ini menunjukkan gagalannya pasal 18(2) UUD 1945 menjadi landasan konstitusional kegiatan yang mengikutsertakann masyarakat hukum adat. Pasal tersebut juga gagal untuk memandatkan penghormatan negara atas masyarakat hukum adat dalam tiap-tiap penyelenggaraan negara.

Kasus yang lainnya datang dengan pengajuan permohonan *judicial review* ke Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2009 tentang Kehutanan. Permohonan tersebut pada intinya menyangkut permasalahan status hutan negara dan pengakuan bersyarat masyarakat hukum adat. Adapun hak konstitusional yang dirugikan mencakup keterbatasan usaha pemajuan, hak ulayat, akses pemanfaatan dan perlindungan hutan, beserta pengelolaan kawasan hutan lindung.³¹ Permohonan ini melahirkan Putusan MK No.35/PUU-X/2012 yang menjadi cikal bakal progresivitas pengakuan dan perlindungan masyarakat hukum adat di Indoensia. Status kepemilikan hutan dibagi menjadi hutan negara yang berasal dari tanah negara, hutan adat yang berasal dari tanah ulayat, dan hutan individu/swasta yang berasal dari tanah hak. Namun, Mahkamah Konstitusi yang salah satu konsideranya bersandar pada pasal 18B ayat (2) UUD 1945, menyatakan bahwa pengakuan bersyarat yang diatur dalam UU Kehutanan sudah sejalan dengan landasan konstitusional masyarakat hukum adat. Sama seperti pasal 18B ayat (2) UUD 1945, tidak ada penjelasan bagaimana caranya mengetahui keberadaan dan hak dari masyarakat hukum adat.

Satu hal yang menarik dari Putusan MK adalah geliatnya yang membawa banyak progresivitas produk hukum mengenai masyarakat hukum adat, seperti:³²

³⁰ Y.L. Franky, *Mega Proyek MIFEE: Suku Malind Anim dan Pelanggaran HAM*, ELSAM: Koleksi Pusat Dokumen ELSAM, 2010, hlm. 2.

³¹ Yance Arizona, Sity Rachkma, dan Erasmus Cahyadi, *Kembalikan Hutan Adat kepada Masyarakat Adat*, Jakarta: Epistema Institute, 2014, hlm. 183.

³² Yance Arizona, Malik, dan Irena Lucy, *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat: Tren Produk Hukum Daerah dan Nasional Pasca Putusan MK No. 35/PUU-IX-2012*, Jakarta: Epistema Institute, 2017, hlm. 1-10.

1. Terdapat 69 produk hukum baru yang lahir pasca Putusan ini yang berkaitan dengan eksistensi masyarakat hukum adat, lembaga adat, desa adat, hutan adat, dan peradilan adat.
2. Luas wilayah adat juga menjadi lebih luas pasca Putusan ini sebanyak 65.482,28 hektar tiap tahunnya.
3. Senada dengan realita manis tersebut, Menteri Lingkungan Hidup juga mengeluarkan Surat Edaran Menteri yang isinya mengakui 9 hutan adat dan diserahkan kepada Presiden RI.
4. Pengaruh terhadap Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa yang mana memperkenalkan nomenklatur Desa Adat dan mendelegasikan penataan desa untuk membedakan desa, desa adat, dan kelurahan.
5. Jumlah Komunitas Masyarakat Hukum Adat semakin diakui, yakni sebesar 538 komunitas di awal tahun 2013.
6. Pembaharuan Hukum Nasional yang tidak mengenyampingkan hak masyarakat hukum adat. Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2013 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan mengecualikan masyarakat hukum adat dari tindak pidana. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2014 tentang Perkebunan memuat hal serupa dan larangan penggunaan tanah ulayat bagi usaha perkebunan tanpa izin masyarakat hukum adat.

Implikasi Putusan MK tersebut juga menunjukkan bahwa pengakuan bersyarat yang diatur dalam pasal 18B ayat (2) UUD 1945 tidak bersifat akumulatif. Untuk membuktikan keberadaan masyarakat hukum adat, cukup dipenuhinya salah satu unsur yang diatur. Hal ini dikarenakan adanya posibilitas masyarakat hukum adat dapat berubah, baik perubahan yang data dari luar, maupun sebab kebijakan negara pascakolonial dan setelah kemerdekaan. Untuk menambahkan, mengutip pendapat Jimly Ashididqie bahwa:

“Persoalannya adalah apakah keaslian warga masyarakat di dalam kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan merupakan faktor yang menentukan atau tidak untuk menentukan hidup matinya suatu masyarakat hukum adat? Jika ukuran utamanya adalah tradisi hukum adatnya, maka meskipun orangnya sudah berganti dengan para pendatang baru, selama tradisinya masih hidup dalam praktek, maka dapat saja dikatakan bahwa masyarakat hukum adat yang bersangkutan masih hidup.

(...)

Oleh karena itu, untuk kemudahan, kemungkinan ini dimasukkan ke dalam kategori kesatuan masyarakat hukum adat yang masih hidup. Kalau keduanya sama-sama tidak terbukti ada dalam kenyataan praktek, maka tentu saja pengertian masyarakat hukum adat yang hidup dalam kedua kategori juga tidak akan mengganggu pelaksanaan ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 ataupun Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.”

Putusan MK Nomor 35/PUU-X/2012 telah memberikan banyak sumbangsih (*charity*) perihal penjelasan pengakuan dan penghormatan negara terhadap masyarakat hukum adat lebih dari dan kepada Konstitusi Indonesia. Dari sinilah berangkat suatu pemikiran bahwa sejatinya progresivitas eksistensi dan pengakuan atas hak-hak masyarakat hukum adat berawal pasca Putusan MK ini. Adanya beberapa kasus yang timbul setelahnya selalu

mendorong masyarakat hukum adat untuk membuat sebuah spanduk bertuliskan “Berdasarkan Putusan MK No. 35/PUU-X/2012 Kami Memiliki Hak Ulayat atas Tanah Ini”.

D. Rekomendasi Untuk Indonesia

Undang-Undang Dasar sebagai Konstitusi memiliki fungsi sebagai pemberi pegangan dan bata untuk mengatur bagaimanakah kekuasaan negara seharusnya dijalankan. Hal ini selaras dengan tujuan diberlakukannya Konstitusi di Indonesia sebagai tata tertib penyelenggaraan negara, wewenang dan cara bekerjanya, dan jaminan hak warga negara. Indonesia bukan satu-satunya negara multikultural yang memiliki masyarakat adat di dalamnya. Meksiko, India, Filipina, adalah tiga dari sekian banyak negara yang memiliki kondisi serupa.

Dihormatinya prinsip-prinsip dalam UNDRIP oleh Indonesia seharusnya menjadi patokan dan acuan Indonesia dalam menyisipkan pengakuan dan perlindungan hak masyarakat hukum adat di dalam UUD 1945. UNDRIP menegaskan bahwa masyarakat hukum adat memiliki kedudukan yang sejajar dengan masyarakat lainnya dan merupakan bagian dari negara. Berkenaan dengan pemenuhan hak EKOSOB, Margot E. Salomon dalam bukunya *Economic, Social, and Cultural Rights: A Guide for Minorities and Indigenous People* mencantumkan dua elemen penting bagaimana hak EKOSOB masyarakat minoritas dan masyarakat hukum adat dalam suatu negara dapat dipenuhi, yaitu *self identification dan state recognition*. *Self identification* merupakan kriteria primer suatu keberadaan masyarakat minoritas dan masyarakat hukum adat. Kriteria ini memiliki relevansi dengan *state recognition*, dimana ketika keberadaan masyarakat hukum adat tidak diakui dalam negaranya, maka akan timbul kondisi tidak kondusif untuk memenuhi hak EKOSOB masyarakat tersebut. Dua hal ini yang seharusnya diterapkan Indonesia. Hal ini sejalan dengan konsideran yang termaktub dalam UNDRIP:

“Recognizing the urgent need to respect and promote the inherent rights of indigenous peoples which derive from their political, economic and social structure and from their cultures, spiritual traditions, histories and philosophies, especially their rights to their lands, territories and resources;

Recognizing also the urgent need to respect and promote the rights of indigenous peoples affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements with States”

Konsideran dalam UNDRIP menunjukkan bahwa prinsip-prinsip perlindungan dan penghormatan masyarakat hukum adat dalam UUD 1945 hanya merupakan sebagian kecil dari apa yang seharusnya diatur. Inilah yang dimaksud dengan kekeliruan dalam *das Sollen* sehingga menimbulkan kondisi tidak kondusif pada *das Sein* nya. Tidak komprehensifnya pengaturan masyarakat hukum adat dalam UUD 1945 adalah bukti dibutuhkannya materi muatan yang harus dicantumkan dalam UUD 1945. Inkorporasi nilai-nilai dalam UNDRIP dalam UUD 1945 sejalan dengan Konstitusi Kosmopolitan. Hils Holtug menyatakan bahwa terdapat 3 nilai dalam Konstitusi Kosmopolitan, yaitu: (1) *luck does not imply equal treatment*, (2) *equality of opportunity for welfare maybe a currency that is sufficiently sensitive to cultural differences*, dan (3) *global egalitarian may have reason not to compensate irresponsible nation if compensation leads to perverse incentive structure*. Tidak ada keberuntungan atau kondisi-kondisi apapun yang dapat menjunjung tinggi

diskriminasi dalam suatu Konstitusi yang dapat menciderai kemanusiaan. Sejalan dengan Konstitusi Kosmopolitan, adalah penting melakukan suatu inkorporasi nilai-nilai dalam hukum internasional dalam sebuah Konstitusi negara.

Self identification yang harus dicantumkan Indonesia dalam UUD 1945 adalah eksistensi negara multikultural yang mempengaruhi tatanan penduduk di Indonesia dan keberadaan serta ketidakberadaan masyarakat hukum adat. Selama ini, multikulturalisme di Indonesia hanya diatur melalui pasal 18B ayat (2) dan pasal 32 ayat (1) UUD 1945 yang berkenaan dengan penghormatan masyarakat hukum adat dan hak bagi warga negara untuk mengembangkan budayanya. Untuk mewujudkan Indonesia yang religius, humanis, bersatu dalam kebhinnekaan, perlu mencantumkan kondisi multikulturalisme di Indonesia yang menjadi salah satu sebab diakuinya keberadaan masyarakat hukum adat. Hal ini terdapat dalam Konstitusi Meksiko 1917. Dalam artikel 2 nya, Meksiko menyebutkan “*The nation is multicultural, based originally on its indigenous peoples, described as descendants of those inhabiting the country before colonization and that preserve their own social, economic, cultural and political institutions, or some of them.*”.

Artikel 2 Konstitusi Meksiko menunjukkan identitas Meksiko sebagai negara multikultural. Artikel ini memberikan penjelasan mengenai masyarakat hukum adat yang tinggal di teritori Meksiko. Perlunya dicantumkan penjelasan bahwa Indonesia adalah negara multikultural adalah semata-mata untuk menjadi gerbang utama pasal 18B ayat (2) UUD 1945. Gerbang utama yang dimaksud sebagai simbol bahwa kedudukan masyarakat hukum adat adalah sejajar dengan masyarakat lainnya, sehingga keduanya memiliki hak asasi yang perlu untuk dilindungi. Aturan ini akan berkaitan dengan pengakuan bersyarat yang jika memang dipertahankan dalam UUD 1945. Namun, negara juga harus mengakomodir betul dua kondisi yang dapat saja terjadi jika berbicara mengenai keberadaan dan ketidakberadaan masyarakat hukum adat. Tentunya, jangan sampai masyarakat hukum adat yang masih ada tidak diketahui keberadaannya oleh negara.

Sedangkan berbicara mengenai *state recognition*, akan mengarahkan kepada apa-apa saja hak masyarakat hukum adat yang harus dilindungi. Hak yang diatur dalam konstitusi juga disebut sebagai hak konstitusional. Tentu, hak ini tidak hanya diperuntukkan bagi masyarakat non adat saja, namun juga bagi masyarakat hukum adat yang tinggal di Indonesia. Menurut UNDRIP, hak asasi yang paling fundamental yang dimiliki oleh masyarakat hukum adat adalah hak untuk menentukan nasibnya sendiri (*self determination*). Hal ini karena hak untuk menentukan nasibnya sendiri akan bersinggungan dengan hak asasi lainnya, khususnya hak EKOSOB. Penyelenggaraan negara di Indonesia tak luput dari eksistensi dan keterlibatan masyarakat hukum adat di dalamnya. Sehingga, penting untuk mencantumkan hak-hak apa saja yang harus dilindungi yang nantinya akan dijadikan patokan dalam penyelenggaraan negara. Dalam Bab Hak Asasi Manusia dalam UUD 1945, frasa yang digunakan adalah “setiap orang berhak...”, namun seringkali tidak melibatkan masyarakat hukum adat sebagai bagian dari orang tersebut.³³

Untuk itulah perlu kiranya memberikan penjelasan hak-hak EKOSOB masyarakat hukum adat apa saja yang harus dilindungi dalam UUD 1945. Pencantuman ini dapat disisipkan dalam pasal 18B ayat (2) UUD 1945 mengenai bentuk pengakuan dan

³³ Yando Zakaria, *ibid.*

penghormatan negara terhadap masyarakat hukum adat. Pilihan yang kedua adalah mencantumkan frasa “termasuk di dalamnya masyarakat hukum adat” pada tiap-tiap pasal dalam Bab Hak Asasi Manusia, jika memang hak tersebut penting untuk diperuntukkan bagi masyarakat tersebut. UNDRIP mengutamakan hak-hak EKOSOB yang melekat pada masyarakat hukum adat seperti:

1. Partisipasi publik dalam penyelenggaraan negara dengan mempertahankan kehidupan ekonomi, sosial, politik, dan budaya;
2. Menentukan status politik dan mengembangkan kemajuan ekonomi, sosial, dan budaya;
3. Perlindungan atas tindakan eksploitasi pada kehidupan ekonomi;
4. Mengembangkan institusi-institusi ekonomi dan sosial sebagai jaminan kehidupan yang berkecukupan;
5. Perlakuan non-diskriminasi dari negara dan masyarakat lainnya dan menjamin keberlanjutan kehidupan ekonomi, sosial, dan budaya;
6. Terlibat secara aktif dalam program-program penyelenggaraan negara yang berkaitan dengan kesehatan dan kondisi ekonomi, sosial, dan budaya;
7. Penerapan prinsip *free, prior, and informed consent* atas segala kegiatan pemerintah yang mengikutsertakan tanah atau hak ulayat masyarakat hukum adat;
8. Mendapatkan mekanisme pembayaran kompensasi atau ganti rugi yang adil dari negara.

Diakomodirnya *self identification* dan *state recognition* ini akan menjadi acuan dan landasan konstitusional seluruh *stake holders* penyelenggaraan negara yang melibatkan masyarakat hukum adat di dalamnya.³⁴

PENUTUP

Untuk menutup artikel ini, setidaknya-tidaknya perlu kembali meninjau pernyataan dari Gonnella Frichner, seorang Presiden dan penemu *American India Law Alliance* yang menyongsong hak masyarakat hukum adat di seluruh belahan dunia. Pernyataan ini beliau sampaikan dalam *first Earth Summit* 1992 atas kurangnya partisipasi publik dari masyarakat hukum adat dalam negara

“Civil society should have a voice, and should be speaking with governments and should be holding them accountable on different levels”.

Pernyataan kedua datang dari seorang pemerhati hukum Amerika, Andrew Inglis Clark yang merupakan pengusung utama pencantuman HAM dalam Konstitusi Australia sebagai *attorney-general of Tasmania*. Mengingat Australia merupakan negara yang juga memiliki Aborigin dan suku lain sebagai masyarakat hukum adat, Clark menyampaikan pesan pentingnya pencantuman HAM dalam Konstitusi sebagai berikut.

“A popular form of government does not necessarily assure to the people an exemption from tyrannical legislation. On the contrary, the more popular the form, if there be no checks or guards, the greater perhaps may be the danger that excitement and passion will sway the public councils, and arbitrary and unreasonable laws be enacted”.

³⁴ Margo E. Salomon, *op.cit*, hlm. 20.

Kedua pernyataan tersebut menunjukkan pentingnya pengakuan HAM masyarakat hukum adat dalam sebuah Konstitusi. Hal substantif yang perlu dijawab adalah ketika Konstitusi tersebut dijalankan, apakah sudah dapat dijadikan landasan konstitusional bagi masyarakat hukum adat.

Konstitusi adalah *charter of the land*. Jaminan terhadap Hak Asasi Manusia dan warga negara merupakan salah satu materi muatan yang wajib dimasukkan dalam Konstitusi. Berdasarkan ketentuan dalam konsideran Deklarasi PBB atas Hak Masyarakat Adat, masyarakat hukum adat merupakan kesatuan yang kedudukannya sejajar dengan masyarakat lainnya. Sebagai negara multikultural, sudah sepatutnya Indonesia melakukan pengakuan, penghormatan, serta perlindungan bagi eksistensi dan hak masyarakat hukum adat. Hal ini tentu selaras dengan konsep *Responsibility to Protect* negara yang menjunjung tinggi HAM, yaitu *to protect, to respect, dan to fulfill*. Konstitusi sebagai jaminan yang berisikan hak-hak konstitusional warga negara seharusnya menjadi instrumen perlindungan bagi masyarakat hukum adat. Dalam tatanan praktik, penghormatan dilakukan oleh negara dengan tidak melakukan marginalisasi dalam penyelenggaraan negara. Proteksi yang diharapkan dari pemberlakuan pasal-pasal dalam Konstitusi hanya akan berjalan kondusif jika konsep yang diatur sejalan dengan kondisi warga negara dan benar-benar dijalankan oleh seluruh lapisan masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, Bandung, CV Mandar Maju, 1995.
- C.R Bijoy, Shankar G, dan Shomona Khana, *India and the Rights of Indigenous People*, Thailand, Asia Indigenous People Pact Foundation, 2010.
- Dicey, A.V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Library of Congress Cataloging in Publication Data 1982.
- F. Budi Hardiman, *Hubungan Struktural Masyarakat Adat, Suku Bangsa, Bangsa, dan Negara*, Jakarta, Komnas HAM, 2006.
- M. Foster, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refugee from Deprivation*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- M.J. Saptanno, *Kajian Yuridis tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Laut*, Ambon, Pattimura University Press, 2003.
- Magdalena Sepulveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2003.
- Margo E. Salomon, *Economic, Social, and Cultural Right: A Guide for Minorities and Indigenous People*, United Kingdom, MRG International, 2005.
- Otje Salman S, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Bandung, PT Alumni, 2008.
- Rikardo Simamarta, *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Adat di Indonesia*, Jakarta, UNDP, 2006.

- Satjipto Rahardjo, *Hukum Adat dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia*, Jakarta, Komnas HAM, 2005.
- Soetandyo Wignjosebroto, *Pokok-Pokok Pikiran tentang Empat Syarat Pengakuan Eksistensi Masyarakat Hukum Adat, Inventarisasi, dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat*, Jakarta, Departemen Dalam Negeri, 2006.
- Strong, C.F, *Modern Political Constitutions*, London, Sidgwick & Jackson, 1966.
- Ter Haar dalam Hilman Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, Bandung, Mandar Maju, 2003.
- Y.L. Franky, *Mega Proyek MIFEE: Suku Malind Anim dan Pelanggaran HAM*, ELSAM, Koleksi Pusat Dokumen ELSAM, 2010, hlm. 2.
- Yance Arizona, Malik, dan Irena Lucy, *Pengakuan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat: Tren Produk Hukum Daerah dan Nasional Pasca Putusan MK No. 35/PUU-IX-2012*, Jakarta, Epistema Institute, 2017.
- Yance Arizona, Sity Rachkma, dan Erasmus Cahyadi, *Kembalikan Hutan Adat kepada Masyarakat Adat*, Jakarta, Epistema Institute, 2014.

Dokumen Lain

- Pengakuan Setengah Hati terhadap Penjaga Hutan Terbaik*, Aliansi Masyarakat Adat Nusantara Journal, 2015.
- Anthony Mason, *The Rights of Indigenous Peoples Lands Once Part of the Old Dominios of the Crown*, Cambridge, Cambridge University Law Journal, Vol. 46, Issue 1, 1997.
- Achmad Sodiki, *Pemulihan Hak Masyarakat Adat atas Ruang Lingkup Hidup dalam Putusan MK No.45/2011 dan 35/2012*, dalam http://www.aman.or.id/wp-content/uploads/2016/02/Achmad-Sodiki_Ringkasan-Putusan-MK-No.-45-2011-dan-35-2012.pdf diunduh pada 9 April 2017.

Dokumen Hukum

- Konstitusi Meksiko 1917
- Konstitusi India 1949
- Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945
- Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Serikat 1949
- Undang-Undang Dasar Sementara 1950
- United Nation Declarations on the Rights of Indigenous People*
- International Covenant on Economic and Social Rights*
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria
- Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2009 tentang Kehutanan
- Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 35/PUU-X/2012