

# **Gagasan Perwakilan Masyarakat Hukum Adat dalam Dewan Perwakilan Daerah: Keseimbangan antara Kepentingan Individualitas dan Kolektivitas dalam Pelaksanaan Demokrasi**

*Iwan Erar Joesoef\**

*Fakultas Hukum Universitas Pembangunan Nasional "Veteran" Jakarta*

Masyarakat Hukum Adat (MHA) sebagai bagian dari Sistem Hukum Adat diakui keberadaannya maupun pelaksanaannya dalam Hukum Tanah Nasional (HTN). Dalam Penjelasan Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) disebutkan bahwa fungsi Hukum Adat sebagai sumber utama dalam pembangunan HTN, walaupun pengakuan tersebut disertai dengan syarat sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara. Pengakuan, penghormatan dan perlindungan hak-hak MHA telah diadopsi baik dari dimensi global seperti konvensi-konvensi internasional maupun dari dimensi nasional seperti dalam UUD 1945 dan hukum positif nasional Indonesia. Meskipun telah ada pengakuan, penghormatan dan perlindungan MHA baik berdimensi global maupun nasional, masih terjadi konflik pertanahan yaitu persoalan yang timbul dari pelepasan "Tanah Ulayat" kepada pemerintah maupun swasta dan perorangan individu yang merugikan MHA. Masalah utamanya adalah ketidaksamaan persepsi antara lembaga-lembaga Eksekutif, Judikatif dan Legislatif didalam konsistensi pemberian ganti kerugian yang mengakibatkan re-claim Tanah Ulayat (Adat), tidak ada landasan pendekatan multi dimensi (antropologi, sosiologi dan lainnya disamping pendekatan yuridis). Artinya pendekatan yuridis formal semata tidak mencapai hasil yang efektif. Pertanyaannya adalah apakah MHA secara konstitusi dapat memiliki perwakilan dalam Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dan bagaimana bentuk Demokrasi yang sesuai serta dapat menyalurkan aspirasi MHA. Artikel konseptual ini akan menjelaskan bagaimana membentuk perwakilan MHA dalam (DPD) dengan mengkombinasikan nilai

---

\*Surel: [iwan.erar@gmail.com](mailto:iwan.erar@gmail.com)

kepentingan individu dan kolektif yang seimbang dalam satu harmoni demokrasi kedaulatan rakyat sebagaimana Hegel (1770-1831) berpendapat bahwa dualisme antara kepentingan individu dan masyarakat (kolektif) dalam kedaulatan rakyat harus dihilangkan dengan merumuskan konsep mengenai Negara. Dengan keseimbangan ini akan didapat hasil yang optimal dalam pelaksanaan demokrasi.

**Kata kunci:** Masyarakat Hukum Adat, Tanah Ulayat, Dewan Perwakilan, Demokrasi

## Pendahuluan

Masyarakat Hukum Adat (MHA) atau “*Indigenous Peoples*” diakui keberadaannya dalam hukum positif Indonesia, dalam dimensi nasional dan regional,<sup>1</sup> termasuk dalam Konstitusi Negara Indonesia,<sup>2</sup> dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat,<sup>3</sup> serta Undang-undang Sektorial,<sup>4</sup> dan juga dalam dimensi regional yaitu Otonomi Daerah.<sup>5</sup> Dalam Pasal 3 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) disebutkan bahwa pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak serupa itu dari MHA, sepanjang menurut kenyataannya masih ada harus sesuai dengan

- 
- <sup>1</sup> Maria S.W. Sumardjono, *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial Dan Budaya*, Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara, 2009, hlm. 156-164.
- <sup>2</sup> UUD 1945 Perubahan Kedua (Tahun 2000), dalam Pasal 18 B Ayat (2) menyatakan “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang”. Dalam Pasal 28 I Ayat (3) disebutkan “Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban”.
- <sup>3</sup> TAP MPR No. IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam.
- <sup>4</sup> (a). Undang-undang No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, (b). Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, (c). Undang-undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, (d). Undang-undang No. 25 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional (Propenas) Tahun 2000-2004, (e). Undang-undang No. 22 Tahun tentang Minyak dan Gas Bumi, (f). Undang-undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, (g). Undang-undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, (h). Undang-undang No. Perkebunan, (i) Undang-undang No. 31 Tahun 2004 tentang Perikanan, (j) Undang-undang No. 38 Tahun 2004 tentang Jalan, (k). Undang-undang No. 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil.
- <sup>5</sup> Undang-undang No. 21 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua.

kepentingan nasional dan Negara dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.<sup>6</sup> Selain dimensi nasional dan regional tersebut, dari dimensi global, perhatian terhadap pentingnya menghormati dan melindungi hak-hak adat telah terwujud dengan komitmen masyarakat internasional yang meliputi berbagai konvensi internasional yang diawali dengan The United Nations Charter pada tahun 1945.<sup>7</sup>

Diksi dari diakui sepanjang menurut kenyataannya masih ada terlihat bahwa pembentuk undang-undang tidak ada rencana atau program pelestarian MHA tersebut sehingga terkesan termarjinalkan. Prof. Boedi Harsono menafsirkan bahwa Hukum Adat dalam MHA sebagai pelengkap hukum yang tertulis, sehingga norma-norma Hukum Adat menurut Pasal 5 UUPA akan mengalami pemurnian atau “saneering” dari unsur-unsurnya yang tidak asli.<sup>8</sup> Tentu saja pemurnian tersebut mengacu pada falsafah Pancasila dan Konstitusi Negara Indonesia.

Proses “saneering” Hukum Adat ini terkait dengan beragamnya Hukum Adat yang ada di Indonesia sehingga menimbulkan pertanyaan Hukum Adat mana yang berlaku. Konsepsi Hukum Adat yang komunalistik religious, yang memungkinkan penguasaan tanah secara individual, dengan hak-hak atas tanah yang bersifat pribadi, sekaligus mengandung unsur

<sup>6</sup> Pasal 3 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

<sup>7</sup> (a). The United Nations Charter (1945), (b). The Universal Declaration of Human Rights (1948), (c). The United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime Genocide (1951), (d). Recommendation 104: ILO Recommendation Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations In Independent Countries (1957), (e). Convention ILO 107: Convention Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations In Independent Countries (1957), International Labor Organization (ILO), (f). The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1966), (g). The International Covenant on Civil and Political Rights (1966), (h). The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), (i). Convention 169: Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (1989), International Labor Organization (ILO), (j). Rio Declaration on Environment and Development (1992), (k). Technical Review of the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, as Agreed Upon by the Members of the Working Group at its Eleventh Session, UN Doc. E/CN.4Sub.2/1994/Add.1 (20 April 1994).

<sup>8</sup> Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi Dan Pelaksanaannya*, Jilid 1 Hukum Tanah Nasional, Jakarta: Penerbit Djambatan (Edisi Revisi 1997), 1997, hlm.173-175. Pengertian Hukum Adat meliputi juga konsepsi dan asas-asas hukumnya, demikian juga lembaga-lembaga hukumnya dan sistem pengaturannya. Hal ini menjadikan Hukum Adat menjadi hukum yang berbeda dengan perangkat bidang-bidang hukum positif yang lain, yang membuat Hukum Adat menjadi hukum yang khas Indonesia.

kebersamaan, dapat juga mengakibatkan perubahan dalam norma-norma dan nilai-nilai yang berlaku di masyarakat seiring dengan pertumbuhannya. Pengaruhnya bisa timbul dari dalam MHA itu sendiri atau dari luar MHA seperti pengaruh pemerintahan swapraja zaman penjajahan yang feodalistik, individualistik dan kapitalistik.<sup>9</sup>

Meskipun dari aspek yuridis formal MHA telah mendapatkan perhatian baik dari dimensi nasional, regional dan global, namun dalam aspek sosiologis penerapannya dilapangan masih terlihat beberapa masalah antara lain permasalahan tentang pengakuan terhadap keberadaan Hak Ulayat dan berkenaan dengan pemanfaatan Hutan Ulayat. Hal ini terkait penelitian hasil Seminar dalam penyelesaian permasalahan Hutan Ulayat MHA Melayu Riau, yang menghendaki Peraturan Daerah yang dapat menyelesaikan masalah pemanfaatan Hutan Ulayat ini.<sup>10</sup> Kemudian juga sengketa berkenaan Tanah Ulayat di Provinsi Papua, yang melakukan tuntutan terhadap Tanah Ulayat dari MHA kepada pihak-pihak yang terlibat baik pemerintah, antar suku dan badan-badan usaha seperti PT. Freeport Indonesia, PT. Sinar Mas Group.<sup>11</sup>

Persoalan yang timbul berkenaan dengan pelepasan Tanah Ulayat. Ketidaksamaan persepsi antara birokrasi eksekutif, yudikatif dan legislative dalam konsistensi pemberian ganti kerugian berakibat penuntutan kembali (“reclaiming”) Tanah Ulayat. Perlu diupayakan agar dalam setiap perbuatan

<sup>9</sup> *Ibid.* Banyak definisi Hukum Adat dari para ahli hukum seperti C. Van Vollen Hoven, Kusumadi Pudjosewojo, Hardjito Notopuro. Namun yang dijadikan acuan Prof. Boedi Harsono adalah definisi Hukum Adat yang dirumuskan dalam Seminar Hukum Adat dan Pembangunan Hukum Nasional, Lembaga Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Yogyakarta, 1975, menyebutkan bahwa Hukum Adat itu adalah: ‘hukum aslinya golongan rakyat pribumi, yang merupakan hukum yang hidup dalam bentuk sifat kemasyarakatan dan kekeluargaan, yang berasaskan keseimbangan serta diliputi suasana keagamaan’.

<sup>10</sup> Maria SW Sumardjono, *loc.cit.*, hlm. 169. Mengacu pada Makalah Seminar “Hak-hak Masyarakat Hukum Adat Melayu Riau tentang Hutan Tanah Ulayat”, diselenggarakan oleh Lembaga Adat Melayu Riau, Pekanbaru, tanggal 26-28 Februari 2005. Disempurnakan dengan substansi pada Semiloka “Perlindungan dan Pemajuan Hak Asasi Masyarakat Hukum Adat”, diselenggarakan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) bekerjasama dengan Asosiasi Ilmu Politik Indonesia (AIPI), Jakarta, pada 14 Desember 2004.

<sup>11</sup> *Ibid.*, hlm. 183-194. Mengacu pada Makalah Diskusi Terbatas tentang Fungsi dan Hubungan Kelembagaan Pemerintahan, Kemasyarakatan dan Swasta dalam Konteks Pluralisme Sosio-Religius dan Hak Ulayat Masyarakat: Kasus Papua, diselenggarakan oleh Departemen Dalam Negeri, Jakarta, pada 19-20 Maret 2003. Mengacu juga pada Laporan Penelitian tentang Studi Tentang Hukum Adat Pertanahan di Irian Jaya, Kerjasama FH UGM dan BPN tahun 1997. Data Sengketa mengutip Sumber: Kanwil BPN Propvinsi Papua, 14 Maret 2003.

hukum pelepasan hak atas Tanah Ulayat dilakukan dengan pihak yang mempunyai tanah tersebut menurut Hukum Adat yang berlaku, disertai bukti tertulis tentang pelepasan tanah itu dengan disaksikan baik oleh semua pihak yang menurut Hukum Adat mempunyai hubungan hukum dengan Tanah Ulayat yang bersangkutan, maupun oleh instansi yang berwenang.

Persoalan pelepasan Tanah Ulayat oleh MHA kepada Badan Hukum yang diakomodir oleh Permen Agraria/ Ka BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat,<sup>12</sup> memberi dampak konflik antara MHA dengan perusahaan-perusahaan besar bahkan perusahaan multinasional. Sehingga perlu kajian lebih lanjut atas peraturan tersebut karena tidak adanya mekanisme kontrol atas kontrak yang tidak seimbang antara MHA dengan perusahaan-perusahaan besar yang berakibat merugikan MHA.<sup>13</sup> Disamping itu juga ada kondisi pemilikan informasi yang tidak seimbang (“Asymmetric Information”) antara MHA dan perusahaan-perusahaan besar dan multinasional atas kondisi Sumber Daya Alam yang ada dalam wilayah Tanah Ulayat.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Peraturan Menteri Negara Agraria/ Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 5 Tahun 1999 Tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat. Dalam Pasal 4 disebutkan bahwa pelepasan Tanah Ulayat kepada Pemerintah, Badan Hukum atau Perseorangan bukan warga MHA dengan pemberian hak dari Negara sesuai UUPA oleh MHA atau warga MHA dengan tata cara Hukum Adat yang berlaku.

<sup>13</sup> Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia-Hukum Perjanjian Indonesia*, Bandung: Penerbit PT Citra Aditya Bakti, 2015, hlm. 309-310. Mengacu pandangan Atiyah (dalam P.S Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5<sup>th</sup> Ed., Oxford University Press Inc., New York, 1995, hlm. 35) dikatakan kontrak memiliki tiga tujuan dasar: (1) memaksakan suatu janji dan melindungi harapan wajar yang muncul darinya, (2) mencegah pengayaan atau upaya memperkaya diri yang dilakukan secara tidak adil atau tidak benar, (3) “to prevent certain kinds of harm. Disamping itu Herlien Budiono menambahkan dari tiga tujuan tersebut bahwa esensi lain dari tujuan kontrak adalah diturunkan dari asas laras (harmoni) di dalam Hukum Adat, yaitu: (4) tujuan keempat kontrak adalah mencapai keseimbangan antara kepentingan sendiri dan kepentingan pihak lawan.

<sup>14</sup> Morten Hviid, Chapter 4200 A.2-3, hlm. 1205, dalam Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III. The Regulation of Contracts, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 1205 p. ISBN 185898 986 8, IV General Contract Law, 4200 (*Long-Term Contracts and Relational Contracts*, by: Morten Hviid, University of Warwick, Department of Economics), 4500 (*Unforeseen Contingencies, Risk Allocation in Contracts*, by: George G. Traintis, University of Virginia School of Law). Disebutkan, bahwa Doktrin *Asymmetric Information*, adalah: “Consider a dynamic contract between a principal and an agent, where initially the productivity of the agent is not known to the principal. In any separating equilibrium, productivity of the agent will be known to the principal after

Dengan demikian masalah utama konflik antara MHA dan Badan Hukum (khususnya perusahaan-perusahaan besar multinasional) adalah ketidaksamaan persepsi antara lembaga-lembaga Eksekutif, Judikatif dan Legislatif didalam khususnya dalam konsistensi pemberian ganti kerugian yang mengakibatkan *re-claim* Tanah Ulayat (Adat). Kemudian tidak ada landasan pendekatan multi dimensi (antropologi, sosiologi dan lainnya disamping pendekatan yuridis). Artinya pendekatan yuridis formal semata seperti pelaksanaan Permen Agraria No. 5 Tahun 1999 tersebut di atas tidak mencapai hasil yang efektif. Dari permasalahan ini Penulis mengajukan gagasan pembentukan Perwakilan MHA dalam Dewan Perwakilan Daerah (DPD) agar MHA mendapatkan eksistensi dan perlindungan atas Sumber Daya Alam (SDA) yang terdapat dalam Tanah Ulayat milik MHA.

Gagasan ini memerlukan bentuk Demokrasi yang sesuai serta dapat (a) memberikan pemahaman yang objektif terhadap permasalahan MHA terkait Tanah Negara, Tanah Ulayat dan tanah-tanah hak dalam konteks Hukum Adat dan Hukum Positif, (b) melakukan pendekatan persuasif-edukatif dan bukan memaksakan kehendak sepihak, dan (c) melakukan pendekatan kultural-keagamaan dengan tiga unsur kepemimpinan yaitu pemimpin Adat, pemimpin Agama dan pemimpin Formal yang benar-benar memahami Hukum Adat dan Hukum Positif khususnya terkait HTN.

Pendekatan teori yang digunakan dalam penulisan ini adalah pandangan dari Hegel (1770-1831) yang mencoba untuk mengkombinasikan gagasan otonomi individu dengan kekuasaan superior masyarakat kolektif yang menurutnya tercermin dalam “Negara” (model 3), bukan model

---

*the first period. For the ‘bad’ type of agent, separation of involves a distortion leading to a lower utility in every period of the contract than would be the case if his true type was known. If the true type is really the bad type, the distortion can be removed after the first period when the agent’s type is known for sure. Hence if renegotiation is possible, it will take place – the contract is not robust against renegotiation. Moreover, since both parties want to renegotiate, it is difficult to see how the legal system can prevent this happening. Papers such as Dewatripont (1989) turn the focus on contracts which are renegotiation-proof, that is contracts where there is never an incentive to renegotiate. With comprehensive contracting this is possible, because any incentive to renegotiate later could have been foreseen at the time of agreeing the original contract. As is shown in Dewatripont (1989), Hart and Tirole (1988), Laffont and Tirole (1987, 1990) the possibility of renegotiation slows down the speed of revelation. Essentially this is caused by a trade-off between speedy revelation and the damaging incentive to renegotiation.”*

Negara dimana supremasi individualitas atas kolektifitas (model 2) dan juga bukan model Negara dimana supremasi kolektivitas atas individualitas (model 1). Kedua unsur individualisme dan kolektivisme itu sebenarnya merupakan antinomy yang niscaya dalam sejarah pemikiran umat manusia mengenai Negara dan masyarakat. Otonomi individu dan kekuasaan kolektifitas merupakan dua sisi mata uang yang sama, sehingga dalam setiap gagasan betapapun corak individualismenya, secara bersamaan selalu terkandung corak kolektivisme di dalamnya. Begitu juga sebaliknya, dalam gagasan kolektivisme selalu terkandung dimensi individualitas. Keduanya tidak perlu dipertentangkan sebagai pilihan ideologis yang statis.<sup>15</sup> Dalam artikel konseptual ini, penulis menggunakan metode penulisan yuridis normatif.

## **Masyarakat Hukum Adat Sebagai Pemerintahan Semu (*Pseudo-Government*)**

### **1. Pemerintahan Modern**

Jika Negara adalah suatu tata hukum, maka segala masalah yang timbul dalam teori umum tentang Negara harus dapat diterjemahkan kedalam masalah-masalah yang dapat dipahami dalam teori umum tentang hukum. Semua ciri Negara harus dapat dikemukakan sebagai ciri-ciri dari suatu tata hukum. Doktrin tardisional membedakan tiga unsur Negara, yaitu: (a) teritorialnya, (b) rakyatnya, (c) dan kekuasaannya. Dianggap sebagai esensi dari suatu Negara bahwa Negara itu menempati suatu teritorial dengan batas-batas tertentu. Eksistensi Negara bergantung pada hak Negara atas suatu teritorial yang menjadi miliknya dan jika dipahami sebagai satu kesatuan sosial yang nyata, Negara tampak menyiratkan satu kesatuan geografis.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Jimly Asshiddiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi Dan Pelaksanaannya Di Indonesia*, Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994, hlm. 12-20. Dinamika individualism-kolektivisme juga tercermin dalam hubungan antara sesame badan usaha. Badan-badan usaha yang mencerminkan kedaulatan rakyat adalah BUMN dan Koperasi. Sedangkan badan usaha milik swasta bercorak individualism. Maka bila makin besar peran badan usaha milik swasta atas BUMN dan Koperasi maka makin besar juga corak individualism dalam pelaksanaan kedaulatan rakyat di bidang Ekonomi. Begitu juga sebaliknya.

<sup>16</sup> Hans Kelsen, *Teori Umum Hukum dan Negara, Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik*, Alih Bahasa oleh Domardi, Jakarta: Bee Media Indonesia, 2007, hlm.256.

Jika kita memandang territorial sebagai satu unsur Negara, maka kita pun harus memandang waktu keberadaannya sebagai unsur Negara. Ketika dikatakan bahwa tidak lebih dari satu Negara yang bisa ada dalam satu tempat tertentu, jelas berarti bahwa tidak lebih dari satu Negara yang bisa ada dalam tempat dan waktu yang sama. Unsur kedua, menurut teori tradisional adalah rakyat, yaitu manusia yang mendiami territorial Negara tersebut. Mereka dianggap sebagai satu kesatuan. Seperti Negara hanya memiliki satu territorial saja, begitu juga Negara hanya memiliki satu rakyat. Seperti kesatuan territorial adalah kesatuan hukum bukan kesatuan alami, maka begitu juga kesatuan rakyat adalah kesatuan hukum. Kesatuan ini dibentuk oleh kesatuan tata hukum yang berlaku bagi para individu yang dianggap sebagai rakyat dari Negara tersebut.<sup>17</sup>

Atas keberlakuan tata hukum nasional bagi ruang, waktu, dan individu-individu tertentu, timbul pertanyaan tentang masalah-masalah yang dapat diatur oleh tata hukum. Ini adalah pertanyaan tentang validitas material dari tata hukum nasional, yang biasa disebut sebagai masalah seberapa jauh jangkauan kompetensi Negara dalam hubungan dengan subjeknya. Unsur-unsur Negara yang mencakup wilayah dan rakyat adalah bidang validitas territorial dan personal dari tata hukum tersebut. Kekuasaan Negara adalah validitas dan efektifitas dari tata hukum, sementara ketiga “kekuasaan” atau “fungsi” Negara (legislative, eksekutif dan yudikatif) adalah tahapan-tahapan yang berbeda dari pembentukan tata hukum tersebut. Seperti dua bentuk pemerintahan, yaitu demokrasi dan otokrasi adalah dua corak pembentukan tata hukum yang berbeda.<sup>18</sup>

Montesquieu dalam pemahaman kebebasan politik seperti yang ditetapkan dalam konstitusi dan dari berbagai definisi oleh para filosof atas kata kebebasan, dia menolak pengertian “kebebasan tanpa kendali”, dia mendefinisikan “kebebasan” sebagai “kekuasaan untuk melakukan apa yang seharusnya kita lakukan, dan tidak terkekang untuk melakukan apa yang seharusnya tidak kita lakukan”, dan juga mendefinisikan kebebasan tersebut sebagai “hak untuk melakukan apapun yang diperbolehkan oleh hukum”. Dengan demikian dalam pembagian kekuasaan (yang juga sudah diakomodir dalam konstitusi Republik Indonesia dengan dinamika perubahannya), Montesquieu memandang perlu untuk memisahkan kekuasaan eksekutif, legislative dan yudikatif, atau kalau tidak bisa,

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, hlm. 269-286.

<sup>18</sup> *Ibid.*, hlm. 296-369.



setidaknya mempertahankan agar kekuasaan yudikatif tetap independen. Dia menjelaskan bahwa kelalaian untuk memisahkan ketiga jenis kekuasaan tersebut memberikan akibat yang sangat mengerikan seperti yang terjadi di Republik Italia.<sup>19</sup>

Kemudian Van Vollenhoven (1926) dalam bukunya yang berjudul “Omtrek Van Het Administratief Recht” menguraikan teorinya mengenai pembagian kekuasaan/ fungsi pemerintahan, yang dikenal dengan “catur praja” yang terdiri dari: (a) “bestuur”/ pemerintahan (“bestuursrecht”), (b) “politie”/polisi (“politierecht”), (c) “rechtspraak”/ mengadili, dan (d) “regeling”/ perundangan (“regelaarsrecht”). Oleh karena itu di dalam setiap Negara modern, semakin hari campur tangan pemerintah terhadap rakyat semakin besar. Banyak urusan masyarakat yang dikelola oleh pemerintah (penguasa), sehingga sering timbul permasalahan dalam aspek “hak asasi manusia” (HAM).

Semua campur tangan penguasa Negara tersebut, perlu diberikan bentuk agar segala sesuatunya tidak bersimpang-siur dan tidak menimbulkan keragu-raguan pada semua pihak yang bersangkutan. Bilamana timbul konflik, penyelesaiannya lebih mudah. Bentuk hukum demikian mutlak diperlukan karena fungsi hukum modern adalah untuk: (a) menatertibkan masyarakat, (b) mengatur lalu lintas kehidupan masyarakat, (c) mencegah atau menyelesaikan sengketa, (d) menegakkan keamanan dan ketertiban, (e) mengukur tata cara penegakkan keamanan dan ketertiban, (f) mengubah tatanan masyarakat, dan (g) mengatur tata cara perubahan keadaan.<sup>20</sup>

Campur tangan penguasa tersebut, pada akhirnya dilakukan oleh para pejabat administrasi Negara. Para pejabat tersebut menyelenggarakan kepentingan umum (“public service”) melalui alat pemerintahan yang dapat berwujud:<sup>21</sup>

- 1) Seorang petugas atau badan pemerintahan yang berdasarkan peraturan perundang-undangan diberikan kewenangan untuk menyatakan kehendak pemerintah/penguasa.
- 2) Badan pemerintahan, yaitu kesatuan hukum yang dilengkapi dengan alat-alat kewenangan memaksa (“coersive”).

<sup>19</sup> Montesquieu, *The Spirit of Laws, Dasar-dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, Penerjemah: M. Khoiril Anam, Bandung: Nusa Media, 2007, hlm.186-187.

<sup>20</sup> Safri Nugraha, dkk., *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Badan Penerbit FHUI, 2005, hlm. 23-25.

<sup>21</sup> *Ibid.*

Dalam pemerintahan, tindakan administrasi Negara dapat terjadi dalam bidang “hukum publik” dan juga bidang “hukum perdata”. Dalam bidang hukum publik adalah merupakan “tindakan hukum sepihak” yang dilakukan pemerintah dan khusus melaksanakan tugas-tugas pemerintahan berdasarkan wewenang yang luar biasa. Dari pengertian tersebut kita dapat menyimpulkan adanya unsur beberapa unsur yang terdapat dalam “tindakan administrasi Negara” dalam “hukum publik”, yaitu: (1) berupa tindakan hukum (sebagai tindakan hukum, tindakan administrasi Negara melahirkan hak dan kewajiban), (2) bersifat sepihak (tindakan itu harus mengatur dan memaksa, tindakan hukum administrasi dilaksanakan sepihak oleh pemerintah dalam bentuk yang ditetapkan penangannya oleh kekuatan hukum yang mengikat), (3) di bidang pemerintahan (tidak dapat merambah kedalam bidang lain seperti legislative atau yudikatif, walaupun dalam praktik ketiga kekuasaan tersebut sulit untuk dipisahkan secara tegas), (4) berdasarkan wewenang yang luar biasa (kekuasaan diperoleh dari undang-undang yang diberikan khusus/ istimewa pada pemerintah, tidak diberikan pada badan swasta.<sup>22</sup>

Dalam bidang “hukum perdata”, pemerintah (administrasi Negara) juga sering mengadakan hubungan hukum (“rechtsbetrekking”) dengan subjek hukum lain berdasarkan hukum perdata. Misal dalam hal pemerintah menyewa tanah (Pasal 1457 KUHPperdata) atau sewa rumah (Pasal 1548 KUHPperdata). Menurut Prins, pemerintah dilarang dalam tindakan dalam hukum perdata bila tujuan yang dimaksud dapat dilakukan juga atau dicapai dengan jalan hukum publik. Keikutsertaan pemerintah dalam hukum perdata mempengaruhi hubungan keperdataan yang berlangsung dalam masyarakat umum. Hal ini disebabkan perjanjian yang diadakan oleh badan administrasi Negara (pemerintah) dilakukan dengan warga masyarakat dan badan hukum perdata. Bukan tidak mungkin berbagai ketentuan hukum publik (terutama peraturan perundang-undangan hukum tata usaha Negara) akan menyusup dan mempengaruhi peraturan perundang-undangan hukum perdata.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> *Ibid.* hlm. 61-61.

<sup>23</sup> *Ibid.* hlm. 67-68. Bila penyesuaiannya lebih dapat dipenuhi dengan menggunakan “hukum perdata”, tidak ada salahnya digunakan. Apalagi kalau tidak tersedia instrument “hukum publik” sebagai jalur alternatifnya. Dalam keadaan demikian, “hukum perdata”lah yang berfungsi sebagai instrumen pemerintah untuk mencapai tujuan kebijakan. Ajaran Hukum Umum yang mendukung teori Paul Scoten dan dimodifikasi oleh Wiarda menganggap “hukum perdata” sebagai hukum umum (“lex generalis”) yang selalu berlaku selama tidak bertentangan atau dilarang oleh suatu ketentuan (“hukum publik).

## 2. Masyarakat Hukum Adat sebagai Pemerintahan Semu (*Pseudo Government*) dan Perwakilan.

Ilmu ethnologie pada zaman sekarang telah dapat menentukan gambaran yang jelas mengenai faham “asli pribumi” tentang kesatuan yang kokoh dan teratur dari masyarakat itu, yang dilambangkan dengan wujud manusia dengan dua bagiannya yaitu alam besar (kosmos) dan alam manusia. Kemudian terdapat 4 susunan rakyat dalam masyarakat hukum adat, yaitu: (1) masyarakat-masyarakat hukum dalam lingkungan rakyat dan bentuk-bentuk khususnya, (2) lingkungan raja-raja, (3) pedagang-pedagang sebagai orang luaran masyarakat, dan (4) susunan “gubernemen”.<sup>24</sup>

Pertama, untuk memahami bentuk dan susunan persekutuan hukum di kalangan rakyat di Nusantara ini, maka terutama orang harus mengetahui akan arti factor “territorial” (daerah) dan factor “genealogis” (keturunan) bagi timbulnya dan keberlangsungan masyarakat. Masyarakat hukum, dimana factor “territorial”, yaitu adanya bersama terikat pada sesuatu daerah yang tertentu, adalah jarang terdapat dan bilamana ada, keadaannya tidak berarti. Misalnya suku Gayo, terdiri dari “clan” yang berdiam berserak atau menyebar dan hanya terikat satu sama lain oleh hubungan “clan”. Kemudian dalam perkembangannya keadaan sedemikian itu berubah. Dikalangan banyak suku bangsa ada tanda mereka juga terikat oleh ikatan “clan”, terlepas dari apakah mereka mendiami daerah yang sama atau tidak.

Masyarakat demikian itu mungkin adalah masyarakat “territorial” belaka tapi bukannya masyarakat hukum, meskipun mungkin penting dipandang dari sudut lain. Atau bila sebutan “bukan masyarakat hukum” ini juga tidak demikian, artinya dapat juga disebut masyarakat hukum (“rechtsgemeenschaappen”) tetapi yang amat terbelakang kedudukan sosialnya sebagai masyarakat hukum. Misalnya ada tindakan ke luar bersama dan teratur hanya pada hari peringatan sesame bapak leluhur yang makamnya merupakan tanda persambungan bagi mereka semua.<sup>25</sup>

Faktor-faktor ini yaitu faktor “genealogis” dan faktor “territorial” menetapkan bentuk dan susunan “uma” di Mentawai, “euri” di Nias, “huta” dan “kuria” di Batak, “nagari” di Minangkabau, “marga” dan “dusun” di sebagian Sumatera Selatan, “suku” di Kalimantan, “dusun” dan gabungan wilayah di Toraja, di Timur Besar dan Kepulauan Timor. Jadi penting untuk

<sup>24</sup> B. Ter Haar Bzn, *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat*, Terjemahan: K. Ng. Soebakti Pesponoto, Jakarta: Balai Pustaka, cetakan ke-14, 2017, hlm. 6-22.

<sup>25</sup> *Ibid.*

memahami hasil paduan setempat dari kedua factor tersebut. Mengenai “ikatan genealogis” timbulah pertamanya kebalikan susunan “vaderrechtelijk” (hukum keturunan pihak bapak) dan “moederrechtelijk” (hukum keturunan pihak ibu), susunan “parental” (hukum keturunan pihak bapak dan ibu), dan “alternerend” (hukum keturunan pihak bapak dan pihak ibu secara bergantian). Mengenai “susunan territorial” dapat digambarkan dengan membeda-bedakan tiga bagian, hal mana tidak berarti membuat tiga golongan yang akan dapat meliputi keadaan yang nyata, melainkan tiga bagian itu berarti tiga pusat yang masing-masing menjadi pusatnya berbagai bentuk tetap dan bentuk peralihan. Ketiga jenis itu adalah: (1) masyarakat “dusun”, (2) masyarakat “wilayah” dan (3) gabungan dusun (“de dorpsgemeenschap”, de streekgemeenschap”, en “de dorpenbond”).<sup>26</sup>

Kedua, adalah pribadi “raja” adalah dipandangan berhadapan dengan lingkungan rakyat dimasyarakat-masyarakat hukum yang kecil-kecil, dia juga pemilik kekuasaan, titik pusat dari kekayaan daya sakti dalam kerajaan itu, beserta lembaga (kerajaan), perhiasan-perhiasan kerajaan adalah apa yang disebut “upacara”. Termasuk “bangsawan” dan “pegawai tinggi” juga mereka yang menjalankan pemerintahan atas penduduk, yang menyampaikan perintah-perintah dan yang menerima dan meneruskan pembayaran pajak-pajak. Pegawai “bawahan raja” di pedalaman memperoleh sifat “penghulu rakyat” (“volkschoofd”).

Ketiga adalah para “pedagang” yaitu orang-orang asing dalam masyarakat (“gemeenschapsvreemden”), juga asing di luar alam “raja-raja”. Mereka berdiam selaku perseorangan-perseorangan asing (terhadap masyarakat), campur dengan orang-orang dari suku-suku bangsa lain di tempat-tempat kediaman pemerintahan dan pelabuhan.

Terakhir adalah keempat, yaitu “gubernemen” dimana antara kehidupan masyarakat-masyarakat hukum “pribumi” dan ketertiban hukum dari “raja-raja” dan dari “gubernemen” sebagaimana diketahui terdapat konflik tertentu. Masyarakat-masyarakat itu, bilamana tidak tertekan atau tertindas tetap berdiri sendiri sebagai lingkungan-lingkungan hukum, keluar dari ketertiban hukum yang menyelubunginya. Ketegangan atau konflik tersebut disebabkan karena keduanya terkait dengan objek yang sama.<sup>27</sup>

Ada 3 jenis persekutuan hukum territorial, yaitu: (a) persekutuan desa, (b) persekutuan daerah, (c) pesekutuan beberapa kampung. Namun

---

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*

persekutuan yang hanya berdasarkan territorial saja sudah jarang ditemukan, contoh: persekutuan genealogis di Gayo (Aceh Selatan, semula mereka merupakan ikatan keturunan atau “clan” kemudian mulai mengenal ikatan territorial), persekutuan territorial “dusun” (Sumtra Selatan), “desa” (Madura). Ada juga yang berdasarkan kedua faktor (genealogis dan territorial), namun harus terpenuhi 2 syarat: (1) harus masuk dalam satu kesatuan genealogi, dan (2) harus berdiam di dalam daerah persekutuan yang bersangkutan. Sedangkan persekutuan hukum yang hanya bersifat genealogis saja terdapat 5 jenis persekutuan, misalnya dalam satu kampung hanya terdapat satu “clan” saja, atau beberapa “clan” yang berbeda, dan kombinasi antar “clan” tersebut yang bergabung dalam satu territorial. Kemudian Van Vollenhoven menyimpulkan struktur persekutuan hukum yang ada di Indonesia sebagai:<sup>28</sup>

- 1) Golongan I: Persekutuan hukum yang berupa kesatuan genealogis;
- 2) Golongan II: Persekutuan hukum yang berupa kesatuan territorial dengan didalamnya terdapat kesatuan-kesatuan genealogis;
- 3) Golongan III: Persekutuan hukum yang berupa kesatuan territorial tanpa kesatuan genealogis didalamnya, melainkan dengan atau tidak dengan kesatuan territorial yang lebih kecil;
- 4) Golongan IV: Persekutuan hukum yang berupa kesatuan territorial dengan didalamnya terdapat persekutuan-persekutuan atau badan-badan hukum yang sengaja didirikan oleh para warganya.

Ter Haar dalam bukunya “*Beginselen en stelsel van het Adatrecht*” menguraikan keadaan tata susunan persekutuan-persekutuan hukum menurut berbagai bentuk yang didapati pada berbagai susunan rakyat di seluruh Indonesia, yang dapat diuraikan dalam garis-garis atau dasar-dasar umum:<sup>29</sup>

- a) Segala badan persekutuan hukum dipimpin oleh Kepala-kepala rakyat;
- b) Sifat dan susunan pimpinan itu erat hubungannya dengan sifat serta susunan tiap-tiap jenis badan persekutuan hukum yang bersangkutan.

Sebagai contoh di daerah Tapanuli, didalam tiap-tiap persekutuan daerah tersebut di atas, terdapat persekutuan kampung yang disebut “huta” dan yang menjadi kepala negeri/kuria dan kepala huta adalah seorang dari “marga” asal yaitu seorang keturunan pembuka tanah dan pembuka huta didalam daerah yang bersangkutan (Kepala Kuria disebut Raja Panusunan).

<sup>28</sup> Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*, Jakarta: PT Toko Gunung Agung, Cetakan ke-17, 2014, hlm. 78-85.

<sup>29</sup> *Ibid.*, hlm. 87-100.

Marga-marga lain yang ikut bertempat tinggal didaerah tersebut atau di huta tersebut (marga ini di Tapanuli Selatan disebut “parripe”) mempunyai seorang wakil didalam pimpinan daerah dan pimpinan huta yang diambil dari marga rakyat masing-masing. Wakil dari marga rakyat tertua (marga rakyat yang lebih dulu tinggal) menjadi pembantu pertama dari kepala daerah atau kepala huta, serta disebut raja “imboru” di Tapanuli Tengah, “bajo-bajo” di Tapanuli Selatan). Wakil dari marga rakyat lainnya disebut “natoras”.

Contoh lain di daerah Koto Piliang (Tanah Datar dan lima Puluh Koto, Sumatra Barat), para family yang tergabung dalam apa yang dinamakan “kampuang” bersatu dalam perikatan-perikatan yang disebut “suku”. Tiap-tiap suku dikepalai oleh “Kepala Suku”. Kepala Suku ini adalah “penghulu andiko” yang terpenting, yaitu kepala family yang terkemuka dari kampuang yang terkemuka pula. Kepala Suku ini selalu bermusyawarah dengan para penghulu andiko dari sukunya sendiri, ia dibantu oleh tiga orang, yaitu: (a) “manti” untuk urusan pamong-praja, (b) “dubalang” untuk urusan polisi, dan (c) “malim” untuk urusan agama. Tiap-tiap nagari terdiri dari 4 susku dan pengurus nagari terdiri dari kepala-kepala suku tersebut dengan para penghulu andiko diseluruh nagari dibawah pimpinan seorang kepala yang disbut “pucuk nagari”.

Dari hal tersebut dapat disimpulkan aktifitas kepala rakyat pokoknya adalah:<sup>30</sup>

- 1) Tindakan-tindakan mengenai urusan tanah berhubung dengan adanya pertalian yang erat antara tanah dan persekutuan yang menguasai tanah itu;
- 2) Penyelenggaraan hukum sebagai usaha untuk mencegah adanya pelanggaran hukum, supaya hukum dapat berjalan sebagaimana mestinya (pembinaan secara preventif);
- 3) Menyelenggarakan hukum sebagai pembetulan hukum setelah hukum itu dilanggar (pembinaan secara represif).

Tugas pemeliharaan atau penyelenggaran hukum kepala rakyat ini meliputi seluruh lapangan hukum adat. Kepala rakyat dapat melakukan perbuatan-perbuatan hukum membantu dalam perkawinan, jual beli, menyelesaikan perselihan sebagai hakim perdamaian termasuk juga perbuatan hukum berupa tindakan konkret berupa keputusan, penolakan atau tindakan pencegahan dan pemulihan (preventif dan represif) dengan

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

suatu keputusan konkret (“gestaltung”) kepada apa yang hidup dalam masyarakat desanya sebagai rasa keadilan ataupun rasa keadilan rakyat.

Suasana tradisonal dari masyarakat desa dapat disimpulkan juga bersifat: (a) religious, (b) Komunal, dan (c) demokratis. Suasana demokratis didalam Keputusan Masyarakat Hukum ini adalah selaras dengan sifat komunal dan gotong-royong dari pada kehidupan masyarakat Indonesia dimana kepentingan bersama wajib lebih diutamakan dari pada hak-hak dan kepentingan-kepentingan perseorangan. Demokrasi di suasana desa dapat digambarkan dimana kepala rakyat dalam menjalankan tugasnya selalu bermusyawarah dengan teman-temannya yang ikut duduk dalam pemerintahan desa, bahkan dalam banyak hal ia bermusyawarah di rapat desa dengan para warga desa yang berhak ikut bermusyawarah dalam hal-hal yang tertentu. Misalnya di Minangkabau, para penghulu “andiko” dan para “kepala suku” merupakan “kerapatan nagari”, berapat di Balai untuk menyelesaikan segala urusan nagari. Hadir pula dalam rapat itu para cerdik pandai serta apabila soal agama yang dibicarakan para alim ulama pun ikut bermusyawarah. Keputusan diambil atas dasar “sakato” (sepakat). Dengan demikian, maka pimpinan persekutuan selalu berjalan di bawah pengawasan dan pengaruh langsung dari rakyat.<sup>31</sup>

Persekutuan-persekutuan hukum tersebut (desa, nagari, family, marga dan lainnya) merupakan badan-badan hukum yang dapat bertindak sebagai subjek hukum.<sup>32</sup> Sebagai subjek hukum maka persekutuan-persekutuan tersebut dapat bertindak baik dalam lingkup hukum perdata maupun hukum publik. Seperti misalnya dalam Hak Ulayat MHA terdapat aspek hukum perdata (yaitu adanya hak kepemilikan bersama atas tanah bersama para anggota atau warganya), dan aspek hukum publik (yaitu mengandung tugas kewajiban mengelola, mengatur dan memimpin penguasaan, pemeliharaan, peruntukan dan penggunaannya).<sup>33</sup>

Dari kajian tersebut diatas dapat disimpulkan bahwa MHA memenuhi unsur-unsur pemerintahan modern (penulis memberi istilah sebagai “Pemerintahan Semu” atau “Pseudo Government”). Cakupan wilayahnya bisa dalam satu provinsi bahkan lintas provinsi. Termasuk cakupan Tanah Ulayat dari MHA. Perbedaannya terletak dari sifat hukumnya, dimana MHA berdasarkan hukum tidak tertulis atau “living

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Boedi Harsono, *loc.cit.*, hlm. 177.

law” (paham “natural law”),<sup>34</sup> sedangkan pemerintahan modern berdasarkan hukum positif (paham “legal positivism”).<sup>35</sup> Kemudian dikaitkan dengan hukum positif Indonesia termasuk HTN dan UUPA, keberadaan MHA diakui secara hukum. Diperkuat dengan banyaknya konflik-konflik atas Tanah Ulayat yang merugikan MHA sebagaimana penelitian yang dilakukan Maria SW Sumardjono,<sup>36</sup> sudah seharusnya MHA mendapat perwakilan di DPD. Sehingga Perwakilan MHA di DPD dapat (a) memberikan pemahaman yang objektif terhadap permasalahan MHA terkait Tanah Negara, Tanah Ulayat dan tanah-tanah hak dalam konteks Hukum Adat dan Hukum Positif, (b) melakukan pendekatan persuasif-edukatif dan bukan memaksakan kehendak sepihak, dan (c) melakukan pendekatan kultural-keagamaan dengan tiga unsur kepemimpinan yaitu pemimpin Adat, pemimpin Agama dan pemimpin Formal yang benar-benar memahami Hukum Adat dan Hukum Positif khususnya terkait HTN.

Fungsi dari DPD diantaranya adalah merancang peraturan perundang-undangan terkait SDA dan otonomi daerah sebagaimana Pasal 248 Undang-undang No. 17 Tahun 2014 Tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.<sup>37</sup> Diharapkan perwakilan MHA dapat

<sup>34</sup> M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Seventh Edition, London: Sweet & Maxwell LTD, 2001, hlm. 89-196.

<sup>35</sup> *Ibid.*, hlm. 199-515.

<sup>36</sup> Lihat Maria SW Sumardjono, *Pluralisme Hukum, Sumber Daya Alam dan Keadilan dalam Pemanfaatan Tanah Ulayat*, Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, 2018. Dalam bukunya membahas tentang kompensasi yang adil atas pemanfaatan Tanah Ulayat Masyarakat Hukum Adat, studi kasus “Merauke Integrated Food and Energy Estate” (MIFEE).

<sup>37</sup> Undang-undang No. 17 Tahun 2014 Tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Dimana dalam Pasal 248 disebutkan DPD mempunyai fungsi:

- a. pengajuan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan dan pemekaran serta penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta yang berkaitan dengan perimbangan keuangan pusat dan daerah kepada DPR;
- b. ikut dalam pembahasan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan otonomi daerah, hubungan pusat dan daerah, pembentukan, pemekaran dan penggabungan daerah, pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, serta perimbangan keuangan pusat dan daerah;
- c. pemberian pertimbangan kepada DPR atas rancangan undang-undang tentang anggaran pendapatan dan belanja negara dan rancangan undang-undang yang berkaitan dengan pajak, pendidikan, dan agama; serta
- d. pengawasan atas pelaksanaan undang-undang mengenai otonomi daerah, pembentukan, pemekaran dan penggabungan daerah, hubungan pusat dan daerah,



menyalurkan aspirasinya untuk kemajuan pembangunan daerahnya (MHA) sebagaimana amanat Konstitusi Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yaitu SDA (bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya) dikuasi oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat) dan tentu sejalan dengan semangat Otonomi Daerah.

## **Perwakilan Masyarakat Hukum Adat dalam Demokrasi yang Memberi Keseimbangan Kepentingan Individu dan Kolektif**

### **1. Demokrasi sebagai Kedaulatan Rakyat**

Sesungguhnya demokrasi dengan lembaga perwakilan sampai batas tertentu mengakibatkan atau mengesankan adanya diskriminasi juga. Karena tidak semua warga masyarakat dapat secara langsung melibatkan diri kedalam proses-proses politik untuk merebut posisi yang dapat didayagunakan untuk mempengaruhi proses-proses pembuatan kebijakan-kebijakan politik dan publik. Hal ini bisa lihat kasus di Papua sebagaimana penelitian dari Maria SW Sumardjono.<sup>38</sup> Jadi hanya mereka yang karena sesuatu sebab bisa lebih berkemampuan untuk mendesak kedepan untuk memperoleh akses-akses politik guna membangun pengaruh, maka suatu diskriminasi baru, antara mereka yang elite politik dan mereka yang awam jelata telah terjadi.<sup>39</sup>

Demokratisasi adalah suatu proses yang bermula dari suatu upaya untuk merealisasi dan/atau menyempurnakan kehidupan demokrasi, dan muncul sebagai kebutuhan dan masalah apabila kehidupan bernegara yang dicita-citakan sebagai kehidupan bernegara yang dicita-citakan sebagai kehidupan bernegara yang demokratis. Namun hal ini belum terwujud sebagaimana yang diharapkan. Tentu saja demokratisasi ini, baik dalam artinya sebagai upaya maupun dalam artinya sebagai proses, pertama-tama harus diartikan sebagai upaya dan proses yang hendak mengatasi batasan-

---

pengelolaan sumber daya alam dan sumber daya ekonomi lainnya, pelaksanaan APBN, pajak, pendidikan, dan agama.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Soetandya Wignjosobroto, *Hukum, Paradigma, Metod dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: ELSAM dan HUMA, 2002, hlm. 523-531. Sekalipun disini secara formal semua saja yang dibilang rakyat memperoleh hak-hak politik tanpa terkecuali, akan tetapi dalam kenyataan nyatanya tidak semua warga akan sama-sama berkesempatan mengefektifkan hak-hak itu sebagai bagian dari aktifitas mereka sehari-hari.

batasan diskriminatif, demikian rupa sehingga akan banyak warga dan golongan atau lapisan masyarakat, tanpa dihalangi oleh status sosialnya, menjadi terpartisipasikan kedalam urusan-urusan publik dan pemerintahan.<sup>40</sup>

Dengan demikian sesungguhnya telah merupakan hak yang asasi bagi setiap warga masyarakat untuk melakukan kegiatan-kegiatan secara mandiri dan untuk memilih sampai batas-batas tertentu secara bebas. Semua itu merupakan bagian dari ekspresi-ekspresi mereka yang manusiawi. Setiap kegiatan yang akan dikhususkan untuk kepentingan nusa dan bangsa akan dikerjakan dengan sungguh-sungguh, bukan karena sebab adanya pemaksaan-pemaksaan yang eksternal dan datang dari atas yang “state centered”, melainkan atas dasar kerelaan dan pilihan sendiri, baik secara individual maupun kolektif dalam organisasi. Hal ini sebagai bagian dari manifestasi kemandirian para warga masyarakat yang juga warga bangsa yang bebas dan bertanggungjawab.<sup>41</sup>

Sejarah demokrasi paska kemerdekaan, dalam pandangan para ahli hukum tata Negara, dibagi dalam tiga kurun waktu: (a) masa Demokrasi Liberal (1945-1959), (b) masa Demokrasi Terpimpin (1959-1966), dan (c) masa Demokrasi Pancasila (1967 – sekarang). Selama periode tersebut telah ada tiga naskah konstitusi: (a) Undang-undang Dasar Tahun 1945 (UUD 1945), (b) Konstitusi Republik Indonesia Serikat (Konstitusi RIS), dan (c) Undang-undang Dasar Sementara 1950 (UUDS 1950). Dalam tiga masa tersebut telah terjadi pergeseran dari kepentingan individualitas kepada kepentingan kolektifitas dan sebaliknya.

Dalam penelitian Jimly Asshiddiqie, perkembangan yang terjadi dalam tiga periode demokrasi tersebut telah membelah gagasan kedaulatan rakyat dalam “bidang politik” dalam satu sisi dan kedaulatan rakyat dalam “bidang ekonomi” pada sisi lainnya. Dalam masa Demokrasi Parlementer (Liberal), semua produk perundang-undangan yang memuat gagasan kedaulatan rakyat hanya menekankan aspek politik, demikian juga masa Demokrasi Terpimpin, bidang ekonomi memiliki konsep pembangunan ekonomi yang didasarkan gagasan kedaulatan rakyat. Meskipun bidang politik dan ekonomi sama-sama bersifat “Terpimpin”, tetapi masa tersebut memisahkan “Demokrasi Terpimpin” sebagai konsep politik dari konsep ekonomi “Ekonomi Terpimpin”. Hal yang sama juga terjadi pada periode

---

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

“Demokrasi Pancasila”. Kebijakan dibidang politik tetap berkembang dalam suasana alam pikiran kolektivisme, tetapi kebijakan dibidang ekonomi berkembang kearah individualism-kapitalisme.<sup>42</sup>

## **2. Demokrasi yang memberi Keseimbangan antara Kepentingan Individu dan Kepentingan Kolektif.**

Melihat konflik antara MHA dengan perusahaan-perusahaan besar dan multi nasional terkait Tanah Ulayat khususnya di Provinsi Papua yang didalamnya terdapat SDA, perlu dicari solusi baik untuk kepentingan MHA itu sendiri (yang bersifat kolektif) dan juga perusahaan-perusahaan besar dan multi nasional (yang bersifat individualis-kapitalis). Untuk itu ide mengkombinasikan nilai kepentingan individu dan kolektif yang seimbang dalam satu harmoni demokrasi kedaulatan rakyat sebagaimana Hegel (1770-1831) adalah solusi yang seharusnya dicapai sehingga dualisme antara kepentingan individu dan masyarakat (kolektif) dalam kedaulatan rakyat harus dihilangkan dengan merumuskan konsep mengenai Negara.

Keseimbangan antara kepentingan individu dan masyarakat (kolektif) akan memberikan hasil yang maksimal sebagaimana konsepsi hukum dan ekonomi dari Robert Cooter dan Thomas Ulen dengan fundamental konsepnya: “maximation”, “equilibrium” dan “efficiency”. Konsepsi pertama adalah manusia sebagai “rational actor” (perusahaan memaksimalkan keuntungan, politisi memaksimalkan suara pemilih, birokrat memaksimalkan pendapatan Negara). Konsepsi kedua adalah keseimbangan dalam interaksi sosial (“equilibrium”) terkait yang terjadi baik di pasar, pemilihan umum, perusahaan ataupun perkawinan. Konsepsi ketiga adalah dari konsepsi “efficiency”. Ketiga konsepsi tersebut akan menghasilkan produktifitas yang maksimal, yang dalam hal ini dikenal dengan “pareto efficiency”.<sup>43</sup>

Dalam keseimbangan ini juga Alfian berusaha memahami perkembangan politik Indonesia berdasar kerangka pemikiran “konsensus dan konflik”. Dalam setiap sistem politik harus ada keseimbangan yang wajar antara konsensus dan konflik, dan di Indonesia keseimbangan itu tercermin dalam sistem politik ideal yang disebut “Demokrasi Pancasila”. Masalah utama dalam pembangunan politik Indonesia adalah bagaimana merubah kebudayaan politik sehingga bisa mengisi kerangka sistem yang

<sup>42</sup> Jimly Asshiddiqie, loc.cit, hlm. 219.

<sup>43</sup> Robert Cooter dan Thomas Ulen, *Law and Economics*, Third Edition, USA: Addison Wesley Longman, Inc., 2000, hlm. 10-12.

ideal tersebut. Dari penelitiannya disebutkan bahwa Pemilihan Umum tahun 1971 dianggap sebagai tonggak yang menandai mulainya tahap pertama perubahan kebudayaan politik demi pelaksanaan Demokrasi Pancasila sesuai UUD 1945 sebagai konstitusi Negara Indonesia.<sup>44</sup>

Dinamika perubahan kepentingan individualism dan kolektifisme dalam Demokrasi bidang politik dan bidang ekonomi telah terjadi sejak terbentuknya UUD 1945 sampa sekarang. Telah terjadi percobaan-percobaan dan eksperimen menarik sejak kemerdekaan dimana ada usaha untuk mengkombinasikan secara kreatif gagasan kedaulatan rakyat. Keseimbangan antara individu dan masyarakat, antara individualitas dan kolektifitas, dan antara struktur dengan isi serta keserasian antara perkembangan demokrasi politik dan ekonomi, mengalami dinamikanya sendiri yang tidak sepenuhnya sesuai dengan apa yang diinginkan oleh pendiri republik Indonesia. Jika idealisme untuk mencapai keseimbangan antara individualisme dan kolektifisme itu tidak diusahakan terus menerus bisa terjadi penyelenggaraan Negara Indonesia di masa datang akan terjebak dalam pragmatisme dan kehilangan acuan normatifnya.

Sikap pragmatis tersebut di atas akan menawarkan pilihan untuk secara mudah mengikuti saja kecenderungan umum yang sedang berlangsung. Dibidang politik, akan berlangsung proses liberalisasi yang dapat membawa pemikiran kenegaraan Indonesia kearah liberalisasi dan individualisme ekstrim dan tidak jelas batasnya. Sedangkan dibidang ekonomi, akan terjadi liberalisasi dan privatisasi yang mengarahkan sistem ekonomi Indonesia menjadi kapitalistik yang didasarkan pada paham individualisme ekstrim. Kedua kecenderungan itu akan bersifat saling melengkapi satu sama lain, yang kemudian dapat mengarahkan paham kenegaraan Indonesia keluar dari jalur cita-cita kemerdekaan.

Untuk mengatasi kecenderungan tersebut diatas, jalan yang harus ditempuh adalah kombinasi yang menuju kepada keseimbangan. Liberalisme dibidang politik harus dilakukan sekedar untuk mengatasi kecenderungan kolektifisme yang sudah terlalu kuat selama periode Demokrasi Pancasila. Sebaliknya yang harus dilakukan dibidang ekonomi adalah kolektivisasi. Keseimbangan inilah yang akan melahirkan hasil yang maksimal bagi Negara dalam pelaksanaan Demokrasi terutama dalam pemberdayaan MHA. Sehingga SDA yang ada dalam wilayah MHA dapat

---

<sup>44</sup> Mochtar Mas'ood dan Colin Mac Andrews, *Perbandingan Sistem Politik*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1982, hlm. 207.

digunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat, sebagaimana amanat Konstitusi Pasal 33 ayat (3) UUD 1945.

## **Kesimpulan**

MHA merupakan suatu perkumpulan hukum yang memiliki wilayah territorial, masyarakat dan sistem pemerintahan sendiri yang dalam tata hukum nasional positif Indonesia diakui sepanjang menurut kenyataannya masih ada dan sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara. Dalam eksistensinya tersebut dalam pembangunan nasional Indonesia terlihat MHA termarginalkan dengan banyaknya konflik-konflik terkait Tanah Ulayat dari MHA dengan perusahaan-perusahaan besar dan multinasional yang merugikan MHA. Disamping masalah adanya kondisi pemilikan informasi yang tidak seimbang (“Asymmetric Information”) antara MHA dan perusahaan-perusahaan besar dan multinasional atas kondisi Sumber Daya Alam yang ada dalam wilayah Tanah Ulayat, juga tidak adanya partisipasi MHA dalam proses Demokrasi yang dapat mewakili aspirasi MHA. Secara akademis MHA dapat memenuhi syarat sebagai suatu pemerintahan berdasarkan undang-undang MD3 (MPR, DPR, DPD dan DPRD) Nomor 17 Tahun 2014 dan Undang-undang Pemilu Nomor 7 Tahun 2017. Artinya MHA merupakan suatu pemerintahan semu (“pseudo government”) yang mempunyai cakupan wilayah (Tanah Ulayat) di dalam provinsi bahkan lintas provinsi. Sehingga seharusnya memiliki perwakilan dalam DPD untuk mewujudkan aspirasi MHA sejalan dengan Pasal 33 (3) UUD 1945.

Untuk merealisasi pembentukan perwakilan MHA dalam suatu sistem Demokrasi, maka diperlukan ide mengkombinasikan nilai kepentingan individu dan kolektif yang seimbang dalam satu harmoni demokrasi kedaulatan rakyat. Hal ini sebagai solusi yang seharusnya dicapai sehingga dualisme antara kepentingan individu dan masyarakat (kolektif) dalam kedaulatan rakyat harus dihilangkan dengan merumuskan konsep mengenai Negara. Dengan eksistensi MHA yang secara konstitusi dapat memiliki perwakilan dalam DPD berdasarkan sistem Demokrasi, akan dapat (a) memberikan pemahaman yang objektif terhadap permasalahan MHA terkait Tanah Negara, Tanah Ulayat dan tanah-tanah hak dalam konteks Hukum Adat dan Hukum Positif, (b) melakukan pendekatan persuasif-edukatif dan bukan memaksakan kehendak sepihak, dan (c) melakukan pendekatan kultural-keagamaan dengan tiga unsur kepemimpinan yaitu

pemimpin Adat, pemimpin Agama dan pemimpin Formal yang benar-benar memahami Hukum Adat dan Hukum Positif khususnya terkait HTN. Perwakilan MHA ini di DPD juga dapat memperjuangkan keberadaan Tanah Ulayat yang memiliki SDA yang luar biasa melimpah untuk di daftarkan dan disertifikasikan di kantor Pertanahan untuk mendapatkan kepastian hukum kepemilikan Tanah Ulayat bagi MHA.

## Daftar Pustaka

- Asshiddiqie, Jimly. (1994). *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi Dan Pelaksanaannya Di Indonesia*. Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve.
- B. Ter Haar Bzn. (2017). *Asas-asas dan Susunan Hukum Adat*, Terjemahan: K. Ng. Soebakti Pesponoto. Jakarta: Balai Pustaka.
- Budiono, Herlien. (2015). *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia-Hukum Perjanjian Indonesia*. Bandung: Penerbit PT Citra Aditya Bakti.
- Cooter, Robert dan Thomas Ulen. (2000). *Law and Economics*, Third Edition. USA: Addison Wesley Longman, Inc.
- Freeman, M.D.A. (2001). *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Seventh Edition. London: Sweet & Maxwell LTD.
- Harsono, Boedi. (1997). *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi Dan Pelaksanaannya*, Jilid 1 Hukum Tanah Nasional. Jakarta: Penerbit Djambatan.
- Hviid, Morten. (2000). Chapter 4200 A.2-3, dalam Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III. The Regulation of Contracts, Cheltenham, Edward Elgar.
- Kelsen, Hans. (2007). *Teori Umum Hukum dan Negara, Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik*, Alih Ba.hasa oleh Domardi. Jakarta: Bee Media Indonesia.
- Mas'oed, Mochtar dan Colin Mac Andrews. (1982). *Perbandingan Sistem Politik*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press.
- Montesquieu. (2007). *The Spirit of Laws, Dasar-dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, Penerjemah: M. Khoiril Anam. Bandung: Nusa Media.

- Nugraha, Safri, dkk. (2005). *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Badan Penerbit FHUI.
- Sumardjono, Maria S.W. (2009). *Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial Dan Budaya*. Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara.
- (2018). *Pluraisme Hukum, Sumber Daya Alam dan Keadilan dalam Pemanfaatan Tanah Ulayat*. Yogyakarta: Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta.
- Wignjodipoero, Soerojo. (2014). *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*. Jakarta: PT Toko Gunung Agung.
- Wignjosuebrototo, Soetandyo. (2002). *Hukum, Paradigma, Metod dan Dinamika Masalahnya*. Jakarta: ELSAM dan HUMA.

#### **Peraturan Perundang-Undangan**

- UUD 1945 Perubahan Kedua (Tahun 2000).
- TAP MPR No.IX/MPR/2001 tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam.
- Undang-undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan dasar Pokok-Pokok Agraria.
- Undang-undang No. 21 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua.
- Undang-undang No. 17 Tahun 2014 Tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.
- Permen Agraria/ Ka BPN No. 5 Tahun 1999 tentang Pedoman Penyelesaian Masalah Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat.

