

Masyarakat Adat, Konstitusi dan HAM¹

Herlambang P. Wiratraman

Ketua Pusat Studi Hukum HAM (HRLS) dan

Staf Pengajar di Departemen Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Airlangga

herlambang@fh.unair.ac.id

Bagaimana masyarakat adat ditinjau dari sudut pandang konstitusi dan konstitusionalisme? Dan, bagaimana menempatkan tanggung jawab negara sebagai bagian mandat konstitusi dan hak asasi manusia?

Dua pertanyaan tersebut menjadi fokus pembahasan relasi antara masyarakat adat, konstitusi dan hak asasi manusia (HAM). Analisisnya, tentu bukan semata soal konstitusionalisasi masyarakat adat dalam hukum dasar (konstitusionalitas), melainkan memaknai konstitusionalisasi tersebut dalam rangka mengembangkan gagasan besar konstitusionalisme HAM (*human rights based constitutionalism*). Kajian ini lebih menempatkan posisi kewargaan yang dilekati hak-hak dasar sebagai basis argumentasinya, bukan mendasarkan pada semata soal kajian peran struktural dan fungsional penyelenggara kekuasaan (*structural-functional based constitutionalism*).

Pendekatan yang digunakan dalam catatan ini, bukan '*old constitutionalism*' yang begitu dominan dalam kajian tata negara Indonesia, melainkan kajian yang mendasarkan pada desakan konstruktif yang berkontribusi untuk menggeser cara pandang (neo-)institusionalis ke ilmu-ilmu sosial atas hukum, sebagai untuk mendekatkan pada realitas politik ekonomi tak bekerjanya konstitusi dan bangkrutnya gagasan konstitusionalisme di suatu negara. Cara pandang ini disebut '*new constitutionalism*' (vide: Stephen L Elkin and Karol Edward Soltan, *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*, 1993).

MASYARAKAT ADAT DALAM KONTEKS KONSTITUSIONALISME INDONESIA

Mempelajari konstitusionalisme bukanlah kajian sebatas apa yang disebutkan atas dasar 1 atau 2 pasal dalam konstitusi, yang dinilai sebagai dasar konstitusionalitas. Apalagi, mengerucutkan sebatas tautan kata dari suatu pasal tertentu. Kajian yang membatasi pada perspektif demikian, sesungguhnya begitu kuat menancap dalam pemikiran hukum kaum

¹ Dipresentasikan pada Seminar dengan Tema: "Mendorong Proses Legislasi Daerah Untuk Mewujudkan Pembangunan Sumba Berbasis Masyarakat Adat Demi Pemenuhan Hak Tenurial Bagi Masyarakat Adat Sebagai Subjek Dari Pembangunan Berkelanjutan Sesuai Dengan NAWACITA Presiden Jokowi", diselenggarakan atas kerjasama Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (Sumba) dan Universitas Kristen Wira Wacana, Waingapu, 22 Mei 2018.

formalisme, atau perspektif doktrinal. Hal ini tak begitu mengherankan karena produk pendidikan tinggi hukum, khususnya kajian-kajian hukum tata negara, banyak tersedot ke arah pemikiran itu, ketimbang mengembangkannya dalam kajian yang '*non-state based approach*'.

Konstitusionalisme bukanlah pula sebatas ide doktrin pasal-pasal dalam konstitusi, namun membaca secara kritis atas bekerjanya politik hukum nasional dengan melihat dinamika pemikiran dan pemberlakuan ide atau gagasan dalam suatu proses pengejawantahan fungsi pengembanan konstitusi.

Dalam konteks praksis, misalnya, memperdebatkan keberlakuan upaya pengakuan hak atau hukum terhadap masyarakat hukum adat, baik dalam konteks perundang-undangan, seperti melalui UU Desa, UU Kehutanan, UU Otonomi Khusus Papua, atau bahkan draft RUU Pengakuan dan Perlindungan Hak Masyarakat Adat sekalipun, haruslah menjadikan suatu komunitas masyarakat, baik itu dalam unit sosial yang disebut desa, atau kesatuan masyarakat hukum adat, bahwa tujuannya adalah tidak lain dan tidak bukan, yakni tiada lagi penindasan dan perampasan hak-hak masyarakat.

Terlepas dari itu disebut sebagai entitas apapun, masyarakat adat (AMAN/Aliansi Masyarakat Adat Nusantara), ataukah masyarakat hukum adat (pasal 18B UUD 1945), masyarakat tradisional (pasal 28I ayat 3 UUD 1945), 'pintu masuk' konstitusionalisme-nya menjadi sama: melawan segala bentuk penindasan dan perampasan hak-hak.

Dengan kesamaan cara pandang yang demikian, maka pengembangan pemikiran konstitusionalisme-nya,

- a. Melampaui perdebatan soal istilah yang digunakan dalam konstitusi maupun perundang-undangan, terkecuali, sampai pada titik, istilah itu berkonsekuensi hukum maupun politik memungkinkan adanya penindasan dan perampasan hak.
- b. Tidaklah cukup disandarkan pada pasal 18B dan 28I ayat 3 UUD 1945. Namun kedua pasal itu harus ditempatkan dalam posisi berkaitan dengan pasal-pasal yang berkaitan dengan pembatasan kekuasaan penyelenggara negara sekaligus pasal-pasal yang berkaitan dengan jaminan hak-hak dasar (dalam arti *fundamental rights* atau *constitutional rights*).
- c. Bahkan, pemikiran konstitusionalisme bukanlah sebatas konstitusi, apalagi soal teks (*written constitution* dan *written norms*). Konstitusionalisme tidak dimaknai cakupannya sebatas formulasi atau pembentukan hukum, tetapi menyeluruh menyoal sejauh mana proses formulasi hukum, institusionalisasi (dalam bahasa prof Soetandyo, mengutip masa kolonial sebagai bentuk strukturisasi), pengambilan kebijakan, dan mengawal proses implementasi serta fungsi-fungsi pengembanan konstitusi dilakukan secara simultan. Menjaga semangat konstitusionalisme berarti berupaya konsisten menjalankan mandat atau amanat konstitusi, bukan sebaliknya menggampangkan untuk menyimpangi atau hanya bisa diam membiarkan situasi dan tindakan yang bertentangan dengan konstitusi.

- d. Konstitusionalisme Indonesia pula tak bersifat mengeksklusifkan perlindungannya pada semata satu entitas yang disebut 'masyarakat adat' (atau sebutan hukum lainnya), melainkan berfokus pada bagaimana memperkuat posisi perlindungannya sebagaimana posisinya sama dengan yang lain ketika hak-haknya dirampas. Perdebatan soal 'pengakuan' dan 'perlindungan' hak masyarakat adat sejatinya sama landasan moralnya, yakni diakui eksistensi kemanusiaannya.

Ketika almarhum Hedar Laudjeng, seorang pejuang hak masyarakat adat menyatakan, "Desa dalam kaitannya dengan tanah ada tiga aspek, yang pertama aspek religius, jadi hubungan manusia dengan tanah itu adalah hubungan spiritual, kedua sebagai lumbung kehidupan masyarakat, ketiga menyangkut kewenangan atau kekuasaan itulah yang disebut *the civil rights*", sesungguhnya ia mengangkat narasi besar soal eksistensi kemanusiaan. Konstitusionalisme Indonesia harus memberikan perlindungan aspek-aspek itu.

Sekali lagi, memahami konstitusionalisme Indonesia bukan sebatas memahami pasal konstitusi (*constitutional interpretation*), namun lebih menempatkan pada dinamika politik hukum yang punya aras besar, yakni bagaimana hukum (produk konstitusi hingga aturan operasional) dan penguasanya (fungsi pengembangan, penegak hukum), serta sistemnya tidak boleh sekalipun menindas hak-hak masyarakat.

KONSTITUSIONALITAS MASYARAKAT ADAT DAN HAK-HAKNYA

Kajian konstitusionalitas lebih menekankan aspek norma, interpretasi norma, perbandingan norma, keterkaitan norma dengan norma lainnya, dalam memahami suatu obyek atau subyek tertentu. Kajian yang demikian, tidaklah susah ditemui di lingkungan pendidikan tinggi hukum yang bermainstream kajian tata negara formalistik. Pusaran diskusinya, bersandar (atau mendapati landasannya) dari konstitusi, legislasi, dan putusan peradilan, baik di lingkungan peradilan umum (Mahkamah Agung dan jajarannya), pula perundang-undangan dan/atau pula kebijakan.

Dalam perdebatan di ruang-ruang akademik, kerap muncul adalah soal 'konstitusionalitas masyarakat adat' namun demikian terbatas untuk memperbincangkan 'konstitusionalitas hak-hak masyarakat adat'. Adalah benar, ketika memperbincangkan masyarakat adat, maka pula otomatis memasukkan unsur hak-hak masyarakat adat di sana. Sekalipun demikian, pemilahan ini menjadi relevan karena hak-hak masyarakat adat memiliki karakter yang tidak persis sama dengan warga negara lainnya.

'Konstitusionalitas masyarakat adat' lebih banyak terkait 'subyek hukum masyarakat adat', yang dalam hal ini tersurat dari pasal 18B ayat (2) dan 28I ayat (3) UUD 1945, serta sejumlah perundang-undangan lainnya.

Pasal 18B ayat (2): "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.”

Ada setidaknya tiga isu konstusionalitas dalam pasal ini:

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

Soal ‘mengakui dan menghormati’, bukanlah semata soal tanggung jawab konstusional penyelenggara Negara. Namun ia merupakan pula konsep yang lebih luas terkait dengan tanggung jawab hak asasi manusia yang dikenal dalam Bab X UUD 1945, khususnya pasal 28I ayat (4). Jadi, kurang tepat bila membaca pasal 18B ayat (2) sebagai soal administrasi atau struktur pemerintahan daerah, tetapi ia harus ditempatkan sebagai konsep tanggung jawab penyelenggara Negara (menyeluruh pusat dan daerah), untuk memberikan pengakuan dan penghormatan hak asasi manusia.

Soal ‘kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya’, menyiratkan bahwa, istilah konstusional menyebutkan

- a. Pengakuan dan penghormatan yang tak bersifat individual, melainkan pengakuan atas suatu kolektiva, yang disebut ‘kesatuan masyarakat hukum adat’.
- b. Kolektiva itu berkaitan dengan:
 - (i) Unit sosial ‘kesatuan masyarakat hukum adat’
 - (ii) Hak-hak tradisional dari unit sosial tersebut

Yang menjadi pokok perdebatan adalah memaknai apa itu unit sosial ‘kesatuan masyarakat hukum adat’. Sejumlah argumentasi menyebutkan bahwa unit sosial itu adalah ‘Desa’, atau sebutan istilah lainnya, seperti *Nagari* di Sumatera Barat, *Ohoi* di Maluku Tenggara, *Gampong* di Nangroe Aceh Darussalam, *Lembang* di Toraja, *Kampung* di Kalimantan Selatan maupun Papua.

Sebagian yang lain, belum sepenuhnya sependapat dengan unit sosial yang demikian, terutama terkait dengan kesatuan masyarakat hukum adat tersebut bisa jadi tak selaras dengan konteks dan realitas yang terjadi di lapangan. Sebagai contoh, ada komunitas masyarakat yang tak secara turun temurun bermukim di wilayah geografis tertentu, namun memiliki ikatan pada asal usul leluhur. Ada pula komunitas yang telah berbaur dengan komunitas masyarakat lainnya. Atau, ungkapan kritik dari Arimbi Heroepoetri, yang menyatakan, “...satu-satunya keberatan saya akan nama “desa atau disebut dengan nama lain” adalah kesan relasi yang kuat dengan *spatial* (tata ruang) sebagai wadah dari sebuah komunitas, bukan merujuk kepada masyarakat adat sebagai subyek hukum. Sebagai masyarakat yang memiliki kekhasan ekspresi budaya, relasi perdata, hukum keluarga (perkawinan, waris) bahkan agama tersendiri. Belum lagi jika ada area penyelesaian konflik dan penghitungan kerugian yang dialami masyarakat adat selama puluhan tahun.”

Keragaman pandangan ini perlu disadari sebagai bentuk perkembangan masyarakat modern, interaksi sosial akan kemungkinan besar melintasi batas-batas komunitasnya, yang pada titik tertentu bisa memberikan saling pengaruh untuk berubah.

Sebagaimana disebutkan sebelumnya, konstitusionalitas 'masyarakat adat' tidak saja ditemukan dalam Konstitusi, melainkan pula dalam sejumlah peraturan perundang-undangan.

Berikutnya adalah soal yang paling mendasar dan dinilai bermasalah. Yakni soal frasa 'sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang'. Konstitusionalitas pasal dengan bunyi yang demikian, dianggap bermasalah karena mengakui empat lapis proses politik pengakuan (Simarmata 2006; Wiratraman et. all. 2014).

Konstitusionalitas itu pun dinilai bermasalah atau melemahkan, karena melahirkan prasyarat untuk menyebut sebagai siapa 'masyarakat hukum adat'. Setidaknya ada dua pandangan yang bisa menjelaskan kelemahan itu. Prof. Soetandyo menyebutkan ada empat persyaratan, bisa bersifat *ipso facto* maupun *ipso jure*, yang bisa dengan tafsir bahwa 'pengakuan yang dimohonkan, dengan beban pembuktian akan masih eksistensinya masyarakat adat itu oleh masyarakat adat itu sendiri, dengan kebijakan untuk mengakui atau tidak mengakui secara sepihak berada di tangan kekuasaan pemerintah pusat' (Wignjosoebroto, 2005: 39). Tulisan Arizona, dengan mengutip pandangan F. Budi Hardiman, menyebutkan pengakuan bersyarat itu memiliki paradigma subjek-sentris, paternalistik, asimetris, dan monologal, seperti: "Negara mengakui", "Negara menghormati", "sepanjang ... sesuai dengan prinsip NKRI" yang mengandaikan peranan besar negara untuk mendefinisikan, mengakui, mengesahkan, melegitimasi eksistensi, sepanjang masyarakat adat mau ditaklukkan dibawah regulasi negara atau dengan kata lain "dijinakkan" (Hardiman, 2006: 62). Paradigma seperti ini tidak sesuai dengan prinsip kesetaraan dan otonomi yang ada dalam demokrasi.

Sekalipun ada kelemahan terkait konstitusionalitas 'masyarakat adat', namun ada peluang untuk menguatkannya dari tinjauan konstitusionalitas 'hak-hak masyarakat adat'. Tentu dalam hal ini tidak menggunakan perspektif ketatanegaraan yang didominasi pemikiran formalisme, *state based approach*, melainkan pemikiran yang lebih mengedepankan substansialisme dan *rights based approach*. Membaca konstitusionalitas 'hak-hak masyarakat adat', harus dikaitkan dengan substansi hak asasi manusia yang diatur secara relatif lebih lengkap dalam Bab X UUD 1945 (tentang HAM).

Artinya, membaca konstitusionalitas dengan perspektif itu, tak semata bersumber atau membaca soal hak atas unit sosial tertentu, hak ulayat, hak atas sumberdaya alam, sebagai hak konstitusional masyarakat adat, melainkan menjangkau hak-hak lainnya yang telah diberikan jaminannya dalam konstitusi. Misalnya, hak atas jaminan kesehatan, hak atas pendidikan, hak untuk mengembangkan kehidupan dan budayanya, hak untuk setara di

muka hukum dan pemerintahan, dan hak-hak asasi manusia lainnya. Hal ini tak saja telah dirumuskan dalam konstitusi, namun juga di sejumlah perundang-undangan, termasuk ketentuan hukum internasional yang telah diadopsi dan diratifikasi pemerintah Indonesia. Dengan begitu, kesatuan masyarakat hukum adat dan masyarakat tradisional sebagai hak asasi manusia akan mencakup dan sekaligus diperkuat oleh instrumen hukum internasional, Konvensi ILO 169 dan Deklarasi PBB tentang Hak-Hak Masyarakat Adat.

Hak asasi manusia yang demikian, sebagai konstitusionalitas hak yang tak terpisahkan, karena masyarakat adat adalah bagian dari warga negara yang pula ikut ber'kontrak' atas UUD 1945 melalui mekanisme demokrasi. Dengan perspektif yang demikian, maka memaknai konstitusionalitas HAM sebagai dasar untuk pembelaan hak-hak masyarakat adat menjadi sangat diperlukan dan mendasar dalam proses pembentukan hukum hingga mengawal implementasi suatu kebijakan tertentu, misalnya melalui proses legalisasi Peraturan atau Keputusan Daerah.

POLITIK HUKUM PENGAKUAN MASYARAKAT ADAT DAN HAK-HAKNYA

Kedudukan masyarakat adat telah mengalami penstrukturan (dalam makna hukum modern) sejak masa kolonial, dan berlangsung hingga masa Orde Baru. Melalui UU Pemerintah Daerah 1975 dan UU Pemerintah Desa 1979, terjadi penyeragaman, penundukan otoritas lokal, yang sekaligus pencerabutan sistem sosial budaya bagi begitu banyak komunitas-komunitas kemasyarakatan, termasuk masyarakat adat.

Jatuhnya rezim Soeharto, membawa implikasi dan kebutuhan untuk mengoreksi strukturisasi (posisi/status hukum) masyarakat, termasuk posisi masyarakat adat, dalam berbagai bentuk undang-undang dan peraturan perundangan-undangan lainnya (Perda, SK, dll.). Misalnya, dalam UU No. 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua, disebutkan tiga istilah sekaligus: 'masyarakat adat', 'masyarakat hukum adat', dan 'orang asli Papua'.

Sebagai contoh, dalam UU Otonomi Khusus Papua ini, masyarakat hukum adat diterjemahkan,

"Masyarakat Hukum Adat adalah warga masyarakat asli Papua yang sejak kelahirannya hidup dalam wilayah tertentu dan terikat serta tunduk kepada hukum adat tertentu dengan rasa solidaritas yang tinggi di antara para anggotanya."

Bandingkan definisi tersebut dengan UU No. 18 Tahun 2004 tentang Perkebunan, yang pula mendefinisikan masyarakat hukum adat.

"Masyarakat hukum adat memenuhi kriteria a. masyarakat masih dalam bentuk paguyuban; b. ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adat; c. ada wilayah hukum adat yang jelas; d. ada pranata dan perangkat hukum,

khususnya peradilan adat yang masih ditaati; dan e. ada pengukuhan dengan peraturan daerah.”

Apa maknanya? Keragaman definisi dan pemaknaannya bekerja seiring dengan perjalanan waktu, konteks dan realitas yang saling memberi pengaruh atas definisi tersebut. Sekalipun keragaman tersebut tak terhindarkan dan barangkali tak selalu dinilai suatu yang negatif, namun perlu menegaskan soal elemen dasar agar posisi atau kedudukan masyarakat adat tak mudah ditundukkan atau disingkirkan oleh penguasa ketika terjadi pergeseran kekuasaan. Ini karena tren pengaturan terjadi sejumlah peraturan perundang-undangan, yang pada dasarnya telah mengakui keberadaan masyarakat adat. ‘Latah’ legislasi yang memasukkan posisi masyarakat adat dalam pasal-pasal tanpa menjelaskan situasi dan pemaknaannya secara lebih sistematis dan terhubung dengan landasan konstisionalitasnya, sangat mungkin melahirkan eksklusi makna status dan hak masyarakat itu sendiri. Jebakan legislasi itu sangat mungkin dan barangkali mudah terjadi dengan menyimak konteks politik hukum negara yang demikian mudahnya memberi ruang politik ekonomi eksekutif pada korporasi daripada perlindungan hak-hak masyarakat adat.

Problem terbesarnya, pemaknaan itu didasarkan setidaknya tiga hal yang terus menerus terjadi di dalam realitasnya.

Pertama, soal rezim pengakuan bersyarat bagi masyarakat adat sebagai subyek hukum. Sekalipun dalam konstitusi, legislasi dan regulasi disebut ‘pengakuan’ atas masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya, fakta menyajikan situasi yang sering bertolak belakang. Karena masyarakat adat kerap diabaikan posisi atau kedudukannya, tersubordinasi dari kekuatan politik lokal, dan termarginalkan. Oleh sebab itu, unit sosial yang disepakati nantinya, harus menegaskan soal ‘otonomi’ bagi masyarakat adat.

Kedua, ‘otonomi’ saja tidaklah cukup. Karena faktanya sekalipun otonomi telah ada dan diberikan, masih terus menerus terjadi perampasan hak-hak masyarakat adat. Perampasan hak-hak tersebut akibat bekerjanya kekuatan elit predatorik (ekonomi politik), yang melibatkan tak saja pejabat struktural pemerintahan, namun justru melibatkan struktur politik desa dan atau bahkan adat setempat. Penjualan aset-aset desa, aset-aset kampung atau milik kesatuan masyarakat hukum adat, seringkali mudah terjadi akibat tekanan kapitalistik yang masuk di wilayah-wilayah tersebut. Dalam konteks yang demikian, maka hukum negara maupun hukum rakyat, diupayakan bisa berinteraksi untuk mencegah dan melawan segala bentuk perampasan hak-hak masyarakat. Basis aturan dan kebijakannya lebih dikaitkan dan berpijak pada soal jaminan perlindungan hak-hak sosial, budaya, lingkungan dan keberlanjutan ekologis.

Ketiga, penghancuran sistem sosial budaya. Hal ini penting diungkapkan dalam konteks bahwa politik hukum yang seringkali mensubordinasi atau menundukkan sistem pemerintahan lokal atau sistem kesatuan masyarakat hukum adat, yang sekaligus merupakan bentuk pengabaian identitas politik kewargaan di tingkat lokal. Belajar dari pengalaman masa lalu, bahwa pemberlakuan UU Desa, yang tak saja menyeragamkan,

namun juga menundukkan otoritas lokal, membuat keberadaan sistem pemerintahan lokal yang bekerja turun temurun di masyarakat hilang dan dihilangkan secara sistematis. Unit sosial masyarakat adat dalam konteks struktur ketatanegaraan Indonesia tidak sekalipun dibolehkan untuk menceraiberaut atau menghancurkan sistem sosial budaya itu.

Secara teknis, 'pengakuan' atas otoritas, otonomi, upaya mengembangkan jaminan hak-hak serta sistem sosial budaya, menjadi tidak mudah diformatkan menjadi sekadar pasal-pasal dalam suatu perundang-undangan. Relevansi pertanyaan, bagaimana mengadministrasikan keberadaan dan hak-hak masyarakat adat dalam kerangka peraturan perundang-undangan, menjadi pertanyaan yang sangat kongkrit dan preskriptif sifatnya.

Tentunya, situasi ini menjadi penjabas bahwa pengakuan atas status, hak dan wilayah masyarakat adat menjadi penanda bagaimana politik hukum harus diarahkan, khususnya menjadi dasar penguatan keberadaan masyarakat adat, bukan semata sebagai subjek hukum entitas tertentu, melainkan keberanian untuk mendorong demokratisasi dan penegasan keadilan sosial bagi masyarakat adat untuk bisa hidup lebih sejahtera di republik ini.

* Disarikan dari dua tulisan: (1) Wiratraman, H.P. 2014. "Masyarakat Adat, Politik Hukum, dan Perdebatan Yang Mengiringinya: Pengantar", *Prosiding Perdebatan tentang Subyek Hukum Masyarakat Adat*. Jakarta: HuMa; dan (2) Wiratraman, H.P., et. all. 2014. *Perlindungan Hukum terhadap Masyarakat Hukum Adat: Laporan Akhir Tim Pengkajian Konstitusi*. Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional.