

**KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*)
KESATUAN MASYARAKAT HUKUM ADAT
DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP
UNDANG-UNDANG DASAR TAHUN 1945
(*JUDICIAL REVIEW*)
DI MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA
(Studi Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-V/2007)**



TESIS

**RIZKI AMALIA
NPM. 0606006583**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI PASCASARJANA
HUKUM DAN TEORI KENEGARAAN
JAKARTA
JULI 2009**

**KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*)
KESATUAN MASYARAKAT HUKUM ADAT
DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP
UNDANG-UNDANG DASAR TAHUN 1945
(*JUDICIAL REVIEW*)
DI MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA
(Studi Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-V/2007)**

TESIS

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum

**RIZKI AMALIA
NPM. 0606006583**




**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI PASCASARJANA
HUKUM DAN TEORI KENEGARAAN
JAKARTA
JULI 2009**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.

Nama : Rizki Amalia

NPM : 0606006583

Tanda Tangan : 

Tanggal : 15 Juli 2009

HALAMAN PENGESAHAN


Tesis ini diajukan oleh :
Nama : Rizki Amalia
NPM : 0606006583
Program Studi : Hukum dan Teori Kenegaraan
Judul Tesis : Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (*Judicial Review*) Di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Studi Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-V/2007)

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Pascasarjana Hukum dan Teori Kenegaraan, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Prof. Dr. Satya Arinanto, S.H., M.H. ()

Penguji : Prof. Dr. Harun Alrasid, S.H., M.H. ()

Penguji : Brigadir Jenderal TNI (Purn)
DR. Saafroedin Bahar ()

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 15 Juli 2009

KATA PENGANTAR

Puja dan puji syukur hanyalah milik Allah SWT, shalawat serta salam semoga selalu tercurah untuk pribadi mulia, baginda Rasulullah “Muhammad SAW”, keluarga, sahabat, serta para pengikutnya hingga akhir zaman. Amin.

Alhamdulillah atas berkat rahmat dan izin-Nya, Penulis dapat menyelesaikan tesis ini tepat pada waktunya. Tesis ini disusun dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Penulis menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan serta doa dari berbagai pihak, mulai dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi Penulis untuk dapat menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu, Penulis mengucapkan terima kasih kepada:

1. Prof. Dr. Satya Arinanto, S.H., M.H. selaku pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga, dan pikiran serta kesabaran, tidak hanya ketika penyusunan tesis, namun juga ketika Penulis memulai kegiatan perkuliahan di “Kampus Perjuangan” ini. Semoga apa yang telah Bapak ajarkan menjadi amal ibadah di sisi Allah.
2. Bapak/Ibu Dosen, Prof. Safri Nugraha, S.H., LL.M, Ph.D, Prof. Dr. Bhenyamin Hossein, S.H., Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., M.H., Prof. Dr. Harun Alrasid, S.H., M.H., Prof. Maria Farida Indrati, S.H., Prof. Dr. Valerine J.L.K. Kriekhoff, S.H., M.A., Prof. Ramly Hutabarat, S.H., Prof. Bari Azed, S.H., Dr. Jufrina Rizal, S.H., M.A., Ibu Ratih Lestarini, S.H., M.H., dan Ibu Sri Mamuji, S.H., untuk setiap detik waktu dan curahan ilmu yang insya Allah bermanfaat bagi kehidupan Penulis.
3. Brigadir Jenderal TNI (Purn) Dr. Saafroeddin Bahar selaku penguji atas kesabaran, masukan, dan tambahan ilmu guna penyempurnaan tesis ini.
4. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, khususnya kepada Bapak/Ibu Hakim Konstitusi, Bapak Panitera, dan Bapak Sekretaris Jenderal yang telah memberikan kesempatan kepada Penulis untuk menimba ilmu di Fakultas Hukum Universitas Indonesia;

5. Bapak Ahmad Fadlil Sumadi, S.H., M.Hum. beserta Ibu, atas curahan ilmu dan doa restu yang insya Allah akan selalu bermanfaat.
6. Bapak/Ibu, pegawai Mahkamah Konstitusi, yang telah banyak memberikan bantuan baik moril maupun materiil kepada Penulis.
7. Pihak kesekretariatan Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, mas Huda, Mas Hari, dan Bapak/Ibu yang telah memberikan bantuan dan kesempatan kepada Penulis.
8. Bapak H. Sukardjo, Ibu Hj. Sri Rejeki, mas Ardhi & keluarga, Ade “Umi Annuria”, “tante” Sukarni, dan seluruh keluarga besar Penulis atas doa restu dan kepercayaan kepada Penulis hingga penyusunan tesis ini dapat terselesaikan.
9. Suami “Didin Wahyudin” atas izin, kesabaran, pengertian serta doa yang senantiasa mengiringi setiap langkah Penulis.
10. Teman-teman, sahabat, dan semua pihak yang tak dapat Penulis sebutkan satu persatu, *Jazakumullah*.

Penulis berharap semoga tesis ini dapat bermanfaat, bukan saja bagi diri Penulis namun juga bagi pengembangan ilmu pengetahuan. Akhir kata, *jazakumullahu khairan katsiraa*, semoga Allah SWT membalas segala kebaikan para pihak yang telah membantu, dengan kebaikan yang lebih baik.

Jakarta, 15 Juli 2009

Penulis

HALAMAN PERNYATAAN PUBLIKASI TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMISI

Sebagai civitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Rizki Amalia
NPM : 0606006583
Program Studi : Hukum dan Teori Kenegaraan
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

demikian pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty Free Right*)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (*Judicial Review*) di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Studi Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-V/2007)

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik hak cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di: Jakarta

Pada Tanggal: 15 Juli 2009

Yang menyatakan,



(Rizki Amalia)

ABSTRAK

Nama : Rizki Amalia
Program Studi : Hukum dan Teori Kenegaraan
Judul : Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (*Judicial Review*) di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Studi Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-V/2007)

Tesis ini membahas tentang kedudukan masyarakat hukum adat dalam ketatanegaraan Negara Kesatuan Republik Indonesia serta kriteria kesatuan masyarakat hukum adat sehingga dapat memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai Pemohon dalam pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (*judicial review*) di Mahkamah Konstitusi dengan menganalisis putusan Mahkamah Konstitusi yang permohonannya diajukan atas nama kesatuan masyarakat hukum adat. Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif dengan pendekatan analitis. Hasil penelitian menyarankan agar pemerintah dan DPR segera membahas dan mengesahkan undang-undang yang khusus mengatur mengenai kesatuan masyarakat hukum adat sebagaimana tercantum dalam prolegnas 2004-2009 yaitu Rancangan Undang-Undang tentang Hak-hak Masyarakat Adat, diadakan penelitian guna menginventarisir kesatuan masyarakat hukum adat mana saja yang masih hidup dan kesatuan masyarakat hukum adat mana yang sudah mati, pengharmonisasian hukum, dan sosialisasi kepada kesatuan masyarakat hukum adat terkait dengan adanya hak kesatuan masyarakat hukum adat untuk mengajukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 (*judicial review*) apabila undang-undang *a quo* telah merugikan hak konstitusional masyarakat hukum adat.

Kata kunci:
Masyarakat hukum adat, *legal standing*, *judicial review*.

ABSTRACT

Name : Rizki Amalia
Study Program: Law and civic
Title : Legal Standing of Indigenous Peoples in Judicial Review in Constitutional Court of the Republic of Indonesia (Case Studies of Constitutional Court's Verdict Number 31/PUU-V/2007)

The focus of this study is about the indigenous peoples in the Republic of Indonesia and the criteria of them so that they can have legal standing as the applicant in judicial review in the constitutional court, with the Constitutional Court decision to analyze the application submitted on behalf of the indigenous peoples. This research is the legal normative analytic approach. Research results suggested that the government and House of Representative (DPR) immediately discuss and endorse the laws that organize the indigenous peoples as stated in the prolegnas the 2006-2009 Draft Law on Rights of Indigenous People, held to take the research about the indigenous peoples which is still alive and which have been dead, make laws in harmony, and promoting the indigenous peoples related to they rights to submit the judicial Review, act when the law has been a disadvantage constitutional right's of the indigenous peoples.

Key words:
the indigenous peoples, legal standing, judicial review.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK	vii
DAFTAR ISI	ix
DAFTAR GAMBAR	xi
1. PENDAHULUAN	
1.1. Latar Belakang	1
1.2. Perumusan Masalah	6
1.3. Tujuan Penelitian	6
1.4. Kegunaan Penelitian	7
1.5. Metode Penelitian	7
1.6. Kerangka Teori dan Konsepsional	
1.6.1. Kerangka Teori	8
1.6.2. Kerangka Konsepsional	22
1.7. Sistematika Pembahasan	23
2. PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP UNDANG- UNDANG DASAR (<i>JUDICIAL REVIEW</i>) OLEH MAHKAMAH KONSTITUSI	
2.1 Pembentukan Mahkamah Konstitusi	24
2.2 Sejarah Pembentukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	28
2.3 Kedudukan, Tugas, Fungsi dan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	34
2.4 Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 (<i>Judicial Review</i>)	39
2.5. Hukum Acara Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-	

Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 (<i>Judicial Review</i>) di Mahkamah Konstitusi	51
3. KEDUDUKAN KESATUAN MASYARAKAT HUKUM ADAT DALAM KETATANEGARAAN INDONESIA	
3.1. Pengertian Hukum Adat	64
3.2. Pengertian Masyarakat Hukum Adat	67
3.3. Posisi Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Beserta Hukum Adat di Indonesia	77
3.4. Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat	100
4. KEDUDUKAN HUKUM KESATUAN MASYARAKAT HUKUM ADAT DALAM <i>JUDICIAL REVIEW</i> DI MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA	
4.1. Kedudukan Hukum (<i>Legal Standing</i>) Pemohon dalam Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945	103
4.2. Kedudukan Hukum (<i>Legal Standing</i>) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Sebagai Pihak dalam <i>Judicial Review</i> di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia	107
4.3. Studi Kasus Perkara Nomor 31/PUU-V/2007	125
5. PENUTUP	
5.1. Kesimpulan	151
5.2. Saran	153
DAFTAR REFERENSI	
a. Buku	154
b. Tesis/Disertasi	157
c. Hasil Penelitian	157
d. Makalah	158
e. Perundang-undangan	158
f. Putusan	159
g. Internet	159

DAFTAR GAMBAR

Gambar 1	Daftar Nama-Nama Masyarakat Hukum Adat	70
Gambar 2	Kondisi Masyarakat, Tradisi, dan Catatan tentang Suatu Kesatuan Masyarakat Hukum Adat	116
Gambar 3	Persyaratan Untuk Menjadi Pemohon yang Sah (Memiliki <i>Legal Standing</i>) Bagi Kesatuan Masyarakat Hukum Adat	123
Gambar 4	Kompetensi Perwakilan dari Kesatuan Masyarakat Hukum Adat	124



BAB I PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Bangsa Indonesia adalah bangsa yang majemuk. Dari sudut bahasa saja, Indonesia memiliki tidak kurang dari 665 bahasa daerah. Bahasa mencerminkan cara berpikir, cita rasa budaya dan tentu ada kaitan dengan adat dan sistem hukum adat yang berbeda-beda. Dari sisi geografis, bangsa Indonesia sangat plural, terdiri lebih dari 17 ribu pulau dengan keanekaragaman suku dari sisi antropologis. Indonesia sendiri berada di tengah pergaulan dunia (*the cross road*), semua pengaruh kebudayaan besar, semua pengaruh agama besar, semua pengaruh peradaban besar dunia berpartisipasi dan berebut pengaruh di Indonesia.¹

Keberadaan masyarakat hukum adat merupakan bagian dari keberadaan Indonesia sebagai bangsa yang majemuk yang terdiri atas ratusan suku bangsa, bahasa, dan lingkungan masyarakat hukum adat yang tersebar di ribuan pulau besar dan kecil. Masyarakat adat yang merupakan lingkungan masyarakat yang masih sederhana dan melekat dengan alam menjadi bagian penting dari keberadaan bangsa Indonesia di samping masyarakat perkotaan yang telah memiliki teknologi tinggi. Masyarakat adat ialah salah satu kelompok utama penduduk Indonesia, baik dari jumlah populasi, yang saat ini diperkirakan antara 50 – 70 juta orang, maupun dari nilai kerugian materil dan spritual atas penerapan politik pembangunan selama lebih dari tiga dasawarsa terakhir. Penindasan terhadap masyarakat adat ini terjadi baik di bidang ekonomi, politik, hukum, maupun di bidang sosial dan budaya lainnya. Kondisi ini menjadi demikian ironis karena pada kenyataannya masyarakat adat merupakan elemen terbesar dalam struktur negara–bangsa (*nation-state*) Indonesia. Namun dalam hampir semua keputusan politik nasional, eksistensi komunitas-komunitas adat ini belum terakomodasikan, atau bahkan secara sistematis disingkirkan dari proses-proses dan agenda politik nasional. Perlakuan tidak adil ini dapat dilihat dengan sangat gamblang dari pengategorian dan pendefinisian sepihak terhadap masyarakat adat sebagai "*masyarakat terasing*", "*peladang berpindah*", "*masyarakat rentan*",

¹ Jimly Asshiddiqie (I). *Memuju Negara Hukum Yang Demokratis*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008), hal. 811.

"masyarakat primitif" dan sebagainya, yang mengakibatkan percepatan penghancuran sistem dan pola kehidupan mereka, secara ekonomi, politik, hukum maupun secara sosial dan kultural.

Dalam perkembangan sejarahnya, masyarakat hukum adat dan norma-norma hukum adat yang ada di dalamnya berkembang dinamis sejalan dengan perkembangan zaman. Jumlah masyarakat hukum adat yang benar-benar asli dan belum tersentuh pengaruh dari luar, dalam kenyataannya telah berkurang. Kemajuan teknologi, komunikasi, dan informasi, serta terbangunnya jaringan pemerintahan hingga ke daerah-daerah terpencil, telah menyebabkan terbukanya daerah-daerah itu dari isolasi. Sedikit demi sedikit, masyarakat hukum adat yang terisolasi itu mulai bersentuhan dengan nilai-nilai dan norma-norma baru yang datang dari luar dirinya.²

Bahkan jauh sebelum Indonesia memasuki alam modern, pengaruh dari ajaran agama-agama besar dunia, juga sedikit banyak mendorong arus perubahan dalam masyarakat hukum adat. Proses itu, pada umumnya berlangsung secara damai dan persuasif. Norma-norma hukum adat yang dianggap bertentangan dengan norma-norma hukum agama, misalnya secara perlahan mulai menemukan titik konvergensi. Terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia juga telah mendorong terjadinya evolusi dalam masyarakat hukum adat. Dengan menjadi bangsa yang merdeka maka arus perpindahan dari suatu daerah ke daerah lain kian terjadi. Perkawinan antar suku, yang di masa lalu sedikit banyak terhambat oleh norma-norma hukum adat, kini kian terbuka. Oleh karena itu, keterikatan antara seseorang dengan masyarakat hukum adatnya, tidak dapat lagi dilihat secara kaku.³

Sebagai bagian penting dari eksistensi bangsa, masyarakat adat tidak layak hanya ditempatkan sebagai obyek dari pembangunan nasional. Masyarakat adat yang hidup dalam suatu lingkungan hukum adat ini juga berhak untuk menjadi

² Ignas Tri, Hilmy Rosyida dan Budi Latif, ed, *Mewujudkan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat, Himpunan Dokumen Peringatan Hari Internasional Masyarakat Hukum Adat Sedunia, 9 Agustus 2006*, (Jakarta: Komisi Hak Asasi Manusia, 2006), hal. 83.

³ *Ibid.*

subyek pembangunan yang mampu berpikir untuk mengembangkan dan melindungi dirinya sendiri. Keberadaannya sebagai subyek sekaligus obyek pembangunan nasional perlu diletakkan secara proporsional sesuai dengan hak-hak asasi manusia yang dimilikinya dan hak-hak hukum sebagai warga negara.⁴

Setelah menjadi negara merdeka pada tahun 1945, Indonesia berusaha merumuskan pengakuan hukum terhadap masyarakat adat. Sebuah terobosan brilian dilakukan oleh UUD 1945 versi sebelum amandemen. Kendati ketika itu wacana HAM di tingkat internasional belum mendiskusikan isu IPs, UUD 1945 telah membuat pengakuan terhadap masyarakat adat dengan mengatakan bahwa di Indonesia terdapat sekitar 250 daerah-daerah dengan susunan asli (*zelfbesturende, volksgemeenschappen*), seperti marga, desa, dusun dan negeri. Sesuatu yang tidak dilakukan oleh UUD RIS dan UUDS.⁵

Tonggak kedua pengakuan hukum terhadap masyarakat adat dirumuskan lima belas tahun kemudian saat Undang-Undang No. 5/1960 tentang Undang-Undang Pokok Agraria diundangkan. UUPA mengakui keberadaan masyarakat hukum adat dan hak ulayat. Pengakuan terhadap hak ulayat dilakukan sepanjang menurut kenyataannya masih ada, tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan tidak boleh bertentangan dengan undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi. Berbeda dengan UUD 1945 sebelum amandemen, UUPA memperkenalkan konsep pengakuan bersyarat, yang kemudian diikuti secara baku oleh peraturan perundangan sesudahnya.⁶

Tonggak atau gelombang pengakuan hukum yang ketiga berlangsung di masa-masa awal Orde Baru ketika diproduksi sejumlah Undang-Undang sektoral seperti UU No. 5/1967 tentang Kehutanan dan UU No. 11/1966 tentang

⁴ Hendra Nurtjahjo; Sophian Martabaya; dan Novrizal Bahar, *Legal Standing Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Berperkara di Mahkamah Konstitusi*, Laporan Hasil Penelitian, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2007), hal. 1.

⁵ Rikardo Simarmata, *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarat*, <http://dte.gn.apc.org/AMAN/publikasi/Artikel%20politik%20Simarmata.htm>, diakses Kamis, 28 Agustus 2008.

⁶ *Ibid.*

Pertambahan. Kedua UU ini memiliki klausul pengakuan terhadap masyarakat adat namun sepanjang masih ada. UU No. 5/1967 mengakui hak-hak masyarakat adat sepanjang dalam kenyataannya masih ada dan tidak mengganggu tercapainya tujuan-tujuan UU tersebut. Gaya ini terus berkembang di masa pemerintahan Orde Baru dan telah menjadi standar pengakuan normatif pada semua instrumen kebijakan.⁷

Dengan disahkannya Perubahan Kedua UUD 1945 dengan berbagai ketentuan yang terdapat dalam undang-undang yang berkenaan dengan hak asasi manusia maka keseluruhan norma hukum mengenai hak asasi manusia dapat dikelompokkan dalam empat kelompok yang berisi 37 butir ketentuan.⁸ Mengenai pengakuan dan perlindungan terhadap masyarakat hukum adat diatur dalam Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945).⁹ Dengan penegasan pasal ini menjadi sangat jelas bahwa apabila satu komunitas masyarakat adat menyatakan dirinya masih hidup (*self-identification and self-claiming*) maka Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib melindunginya.

Salah satu perlindungan yang diberikan oleh Negara ialah jika suatu peraturan dianggap bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi maka cara memastikan keabsahannya biasanya dilakukan melalui uji materi oleh lembaga yudikatif atau yudisial. Dalam hal ini uji materi UU terhadap UUD atau Konstitusi di Indonesia dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi sesuai dengan Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945¹⁰

⁷ *Ibid.*

⁸ Jimly Asshiddiqie (II), *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hal.105.

⁹ Pasal 18B 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”.
Pasal 28I ayat (3) menyatakan "Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban".

yang juga diatur lebih lanjut dengan Pasal 10 Undang-undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi¹¹ yang menyatakan:

- (1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk :
 - a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - c. memutus pembubaran partai politik;
 - d. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
- (2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Selanjutnya Pasal 51 ayat (1) huruf b Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) merumuskan salah satu kategori Pemohon ialah:

“Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang”.

Terkait dengan hal-hal tersebut di atas, secara normatif konstitusional suatu kesatuan masyarakat hukum adat secara umum dapat dinyatakan memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) yang cukup sebagai pihak yang dapat melakukan permohonan *judicial review* ke Mahkamah Konstitusi. Namun demikian secara faktual di setiap daerah dan di setiap kasus akan memunculkan

¹⁰ Pasal 24C ayat (1) dan (2) menyatakan “(1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. (2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

¹¹ Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, UU RI No. 24 Tahun 2003, LN No. 98 Tahun 2003.

fakta dan substansi hukum yang berbeda. Secara umum setiap kesatuan masyarakat hukum adat yang akan menjadi pihak pemohon *judicial review* harus dapat dibuktikan terlebih dahulu “titik-tautnya” dengan unsur materiil yang akan diperkarakan di samping eksistensinya sebagai suatu “masyarakat hukum” dalam lingkungan adat tertentu.¹²

Kiranya diperlukan adanya kriteria yang dapat dijadikan pedoman bagi kesatuan masyarakat hukum adat agar dapat memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk dapat mengajukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (*judicial review*) ke Mahkamah Konstitusi. Berdasarkan alasan-alasan tersebut, Penulis mencoba membuat penelitian dengan judul “Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (*Judicial Review*) di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (Studi Kasus Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-V/2007)”.

1.2. Perumusan Masalah

Permasalahan yang timbul berkenaan dengan kedudukan hukum (*legal standing*) kesatuan masyarakat hukum adat untuk dapat mengajukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (*judicial review*) di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yaitu:

- a. Bagaimanakah sejarah dan kedudukan masyarakat hukum adat dalam ketatanegaraan Indonesia?
- b. Faktor-faktor apa yang dapat digunakan untuk mengidentifikasi eksistensi kesatuan masyarakat hukum adat sehingga memiliki kedudukan hukum (*legal stading*) untuk mengajukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (*judicial review*) ke Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia?

1.3. Tujuan Penelitian

Tujuan dari diadakannya penelitian ini ialah:

¹² Hendra Nurtjahjo, *op.cit.*, hal. 5.

1. Menganalisa sejarah dan kedudukan kesatuan masyarakat hukum adat dalam ketatanegaraan Indonesia.
2. Menganalisa faktor-faktor yang dapat dijadikan standar untuk mengidentifikasi eksistensi kesatuan masyarakat hukum adat sehingga memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (*judicial review*) ke Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

1.4. Kegunaan Penelitian

Berdasarkan tujuan tersebut di atas, Penulis mengharapkan penelitian ini dapat mempunyai kegunaan sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat menambah referensi ilmu hukum, khususnya dalam mengetahui sejarah dan kedudukan kesatuan masyarakat hukum adat dalam ketatanegaraan Indonesia serta mengidentifikasi faktor-faktor yang dapat dijadikan standar eksistensi kesatuan masyarakat hukum adat sehingga memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (*judicial review*) ke Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

2. Kegunaan Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran kepada para pihak khususnya kesatuan masyarakat hukum adat yang ingin mengajukan permohonan *judicial review* ke Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.

1.5. Metode Penelitian

Dalam penelitian ini, peneliti menggunakan metode penelitian hukum normatif¹³ dengan pendekatan analitis (*Analytical Approach*)¹⁴. Terkait dengan hal

¹³ Penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka, dapat dinamakan penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan. Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup: (1) penelitian terhadap asas-asas hukum, (2)

tersebut maka data-data yang akan digunakan ialah data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.¹⁵ Hal ini dikarenakan penelitian ini mencakup penelitian terhadap sistematika hukum yang dapat dilakukan pada perundang-undangan tertentu ataupun hukum tercatat. Tujuan pokoknya adalah untuk mengadakan identifikasi terhadap pengertian-pengertian dasar/pokok dalam hukum.¹⁶

1.6. Kerangka Teori dan Kerangka Konseptual

1.6.1. Kerangka Teori

a. Negara Hukum dan Demokrasi

Konsep negara hukum modern di Eropa Kontinental dikembangkan dengan menggunakan istilah Jerman yaitu "*rechtsstaat*". Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika konsep negara hukum dikembangkan dengan sebutan "*The Rule of Law*" yang dipelopori oleh A.V. Dicey. Selain itu, konsep negara

penelitian terhadap sistematika hukum, (3) penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan horizontal, (4) perbandingan hukum, (5) sejarah hukum. Lihat. Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Cet. V, (Jakarta: PT.Raja Grafindo, Edisi I, 2001), hal. 13 -14.

¹⁴ Pendekatan ini dilakukan dengan mencari makna pada istilah-istilah hukum yang terdapat di dalam perundang-undangan, dengan begitu peneliti memperoleh pengertian atau makna baru dari istilah-istilah hukum dan menguji penerapannya secara praktis dengan menganalisis putusan-putusan hukum. Lihat. Mukti Fajar ND dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum*. Cet. I, (Yogyakarta: Percetakan Pensil Komunika, 2007), hal. 133.

¹⁵ Bahan hukum primer adalah bahan pustaka yang berisikan pengetahuan ilmiah yang baru atau mutakhir ataupun pengertian baru tentang fakta yang diketahui maupun mengenai suatu gagasan (ide). Bahan ini mencakup: (a) buku, (b) kertas kerja konferensi, lokakarya, seminar, symposium, dan seterusnya, (c) laporan penelitian, (d) laporan teknis, (e) majalah, (f) disertasi atau tesis, dan (g) paten. Bahan hukum sekunder adalah bahan pustaka yang berisikan informasi tentang bahan primer, antara lain mencakup: (a) abstrak, (b) indeks, (c) bibliografi, (d) penerbitan pemerintah, (e) bahan acuan lainnya. Bahan hukum tersier atau bahan hukum penunjang, pada dasarnya mencakup: (a) bahan-bahan yang memberikan petunjuk terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang telah dikenal dengan nama bahan acuan bidang hukum atau bahan rujukan di bidang hukum. Contohnya adalah abstrak perundang-undangan, bibliografi hukum, direktori pengadilan, ensiklopedia hukum, indeks majalah hukum, misalnya yang berasal dari sosiologi, ekonomi, ilmu politik, filsafat, dan lain sebagainya, yang oleh para peneliti hukum dipergunakan untuk melengkapi ataupun menunjang data penelitiannya, *Ibid*, hal. 29-33.

¹⁶ *Ibid*, hal. 15.

hukum juga terkait dengan istilah nomokrasi (*nomocratie*) yang berarti bahwa penentu dalam penyelenggaraan kekuasaan negara adalah hukum. Meskipun terjemahannya ke dalam bahasa Indonesia sama-sama Negara hukum, sebenarnya ada perbedaan antara *Rechtstaat* dan *the Rule of Law*. Sebagaimana diidentifikasi oleh Roscoe Pound, *Rechtstaat* memiliki karakter administrative sedangkan *the rule of law* berkarakter yudisial.¹⁷

Rechtstaat bersumber dari tradisi hukum Negara-negara Eropa Kontinental yang bersandar pada *civil law* dan legisme yang menganggap hukum adalah hukum tertulis. Kebenaran hukum dan keadilan di dalam *Rechtstaat* terletak pada ketentuan bahkan pembuktian tertulis. Hakim yang bagus menurut paham *civil law* (legisme) di dalam *Rechtstaat* adalah yang dapat menerapkan atau membuat putusan sesuai dengan bunyi undang-undang. Pilihan pada hukum tertulis dan paham legisme di *Rechtstaat* didasari oleh penekanan pada kepastian hukum.¹⁸

Menurut Stahl, konsep negara hukum yang disebut dengan istilah “*rechtsstaat*” mencakup empat elemen penting, yaitu:¹⁹

1. perlindungan hak asasi manusia,
2. pembagian kekuasaan,
3. pemerintahan berdasarkan undang-undang,
4. peradilan tata usaha negara.

Sedangkan *the Rule of Law* berkembang dalam tradisi hukum Negara-negara Anglo Saxon yang mengembangkan *common law* (hukum tak tertulis). Kebenaran hukum dan keadilan di dalam *the Rule of Law* bukan semata-mata hukum tertulis, bahkan di sini hakim dituntut untuk membuat hukum-hukum

¹⁷ Roscoe Pound, dalam Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, (Jakarta: Pustaka LP3ES, 2006), hal. 24.

¹⁸ Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, (Jakarta: Pustaka LP3ES, 2006), hal. 25.

¹⁹ Jimly Asshiddiqie (III), *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum UI, 2004), hal. 122.

sendiri melalui yurisprudensi tanpa harus terikat secara ketat kepada hukum-hukum tertulis. Putusan hakimlah yang dianggap hukum yang sesungguhnya daripada hukum-hukum tertulis. Hakim diberi kebebasan untuk menggali nilai-nilai keadilan dan membuat putusan-putusan sesuai dengan rasa keadilan yang digalinya dari tengah-tengah masyarakat. Keleluasaan diberikan kepada hakim untuk tidak terlalu terikat pada hukum-hukum tertulis, karena penegakan hukum di sini ditekankan pada pemenuhan rasa keadilan, bukan pada hukum-hukum formal.²⁰

A.V. Dicey menyebutkan tiga ciri penting “*The Rule of Law*”, yaitu:²¹

1. *supremacy of law*,
2. *equality before the law*,
3. *due process of law*.

International Commission of Jurist menentukan pula syarat-syarat *representative government under the rule of law*, sebagai berikut:²²

1. adanya proteksi konstitusional,
2. adanya pengadilan yang bebas dan tidak memihak,
3. adanya pemilihan umum yang bebas,
4. adanya kebebasan untuk menyatakan pendapat dan berserikat,
5. adanya tugas oposisi,
6. adanya pendidikan civic.

Sri Soemantri lebih mempertegas lagi mengenai unsur-unsur yang terpenting dalam negara hukum yang dirinci menjadi empat unsur, yaitu:²³

²⁰ Moh. Mahfud MD, *loc.cit.*

²¹ Jimly Asshiddiqie (IV), *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2006), hal. 148.

²² Sri Sumantri dalam Jimly Asshiddiqie (IV), *Ibid.*

- a. Bahwa Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan hukum atau peraturan perundang-undangan.
- b. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara).
- c. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara.
- d. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*Rechtterlijke Controle*).

Berdasarkan berbagai prinsip negara hukum yang telah dikemukakan tersebut dan melihat kecenderungan perkembangan negara hukum modern yang melahirkan prinsip-prinsip penting baru untuk mewujudkan negara hukum maka menurut Jimly Asshiddiqie terdapat dua belas prinsip pokok sebagai pilar-pilar utama yang menyangga berdirinya negara hukum, yaitu:²⁴

1. supremasi hukum (*supremacy of law*);
2. persamaan dalam hukum (*equality before the law*);
3. asas legalitas (*due process of law*);
4. pembatasan kekuasaan;
5. organ-organ penunjang yang independen;
6. peradilan bebas dan tidak memihak;
7. peradilan tata usaha Negara;
8. mahkamah konstitusi (*constitutional court*);
9. perlindungan hak asasi manusia;
10. bersifat demokratis;
11. berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfare rechtsstaat*);
12. transparansi dan kontrol sosial.

²³ Sri Soemantri, dalam Fatkhurohman; Dian Aminudin; dan Sirajuddin, *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004), hal. 7.

²⁴ Jimly Asshiddiqie (IV), *op.cit.*, hal. 149.

Perkembangan prinsip-prinsip Negara hukum tersebut dipengaruhi oleh semakin kuatnya penerimaan paham kedaulatan rakyat dan demokrasi dalam kehidupan bernegara menggantikan model-model Negara tradisional. Prinsip-prinsip Negara hukum (*nomocratie*) dan prinsip-prinsip kedaulatan rakyat (*democratie*) dijalankan secara beriringan sebagai dua sisi dari satu mata uang. Paham Negara hukum yang demikian dikenal sebagai Negara hukum yang demokratis (*democratische rechtstaat*) atau dalam bentuk konstitusional disebut *constitutional democracy*. Hukum dibangun dan ditegakkan menurut prinsip-prinsip demokrasi. Hukum tidak boleh dibuat, ditetapkan, ditafsirkan, dan ditegakkan dengan tangan besi berdasarkan kekuasaan semata (*Machtsstaat*). Sebaliknya, demokrasi haruslah diatur berdasar atas hukum.²⁵

Negara hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 mengambil konsep prismatic atau integratif dari dua konsepsi tersebut sehingga prinsip kepastian hukum dalam *Rechtsstaat* dipadukan dengan prinsip keadilan dalam *the Rule of Law*. Indonesia tidak memilih salah satunya tetapi memasukkan unsur-unsur baik dari keduanya. Dan pilihan yang prismatic seperti ini menjadi niscaya karena pada saat ini sudah sulit menarik perbedaan yang substantif antara *Rechtsstaat* dan *the Rule of Law*. Kepastian hukum harus ditegakkan untuk memastikan bahwa keadilan di dalam masyarakat juga tegak. Dalam praktik, perpaduan ini kemudian seringkali menimbulkan eksese kumpilatif ketika konsep yang semula dimaksudkan sebagai integrasi dari keduanya ternyata dipilih-pilih salah satunya sebagai alternatif yang lebih menguntungkan dalam kasus konkret, baik oleh penegak hukum maupun oleh *yustisiabelen*.²⁶

Dalam konstitusi Indonesia ditegaskan bahwa negara Indonesia adalah Negara Hukum (*Rechtsstaat*), bukan Negara Kekuasaan (*Machtsstaat*). Dalam paham Negara Hukum itu, hukumlah yang memegang komando tertinggi dalam penyelenggaraan negara. Yang sesungguhnya memimpin dalam

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Moh. Mahfud MD, *op.cit.*, hal. 26.

penyelenggaraan negara itu adalah hukum itu sendiri sesuai dengan prinsip ‘*the rule of law, and not of Man*’, yang sejalan dengan pengertian ‘*nomocratie*’, yaitu kekuasaan yang dijalankan oleh hukum, ‘*nomos*’.²⁷

Prinsip negara hukum tidak boleh ditegakkan dengan mengabaikan prinsip-prinsip demokrasi yang diatur dalam Undang-Undang Dasar. Karena itu perlu ditegaskan pula bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat yang dilakukan menurut Undang-Undang Dasar (*constitutional democracy*) yang diimbangi dengan penegasan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum yang berkedaulatan rakyat atau demokratis (*democratische rechtsstaat*).²⁸

Demokrasi pada intinya ialah pemerintahan dari, oleh, dan untuk rakyat.²⁹ Dalam sistem konstitusional berdasarkan Undang-Undang Dasar, pelaksanaan kedaulatan rakyat disalurkan dan diselenggarakan menurut prosedur konstitusional yang ditetapkan dalam hukum dan konstitusi (*constitutional democracy*).³⁰ Karena itu, prinsip kedaulatan rakyat (*democratie*) dan kedaulatan hukum (*nomocratie*) hendaklah diselenggarakan secara beriringan sebagai dua sisi dari mata uang yang sama. Untuk itulah maka Undang-Undang Dasar Republik Indonesia itu adalah Negara hukum yang demokratis (*democratische rechtstaat*) dan sekaligus adalah Negara demokrasi yang berdasar atas hukum (*constitutional democracy*) yang tidak terpisahkan satu sama lain. Keduanya juga merupakan perwujudan nyata dari keyakinan segenap bangsa Indonesia akan prinsip ke-Maha-Kuasaan Tuhan Yang Maha Esa, yang juga dikonstruksikan sebagai paham kedaulatan Tuhan.³¹

²⁷ Jimly Asshiddiqie (III), *op.cit.*, hal. 55.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Soehino dalam Fatkhurohman; Dian Aminudin; dan Sirajuddin, *op.cit.*, hal. 8.

³⁰ Jimly Asshiddiqie (III), *op.cit.*, hal. 56.

³¹ *Ibid.*

b. Sistem Peradilan

Charles-Louis de Secondant atau Montesquieu (1689-1755) adalah seorang ahli hukum yang selama beberapa tahun bekerja sebagai hakim, filosof, pengarang umum, dan penulis politik. Teorinya tentang konstitusi ideal termuat dalam buku XI dari karyanya *Esprit des lois*. Konstitusi ideal itu dapat dianggap sebagai jalan tengah antara pemerian keadaan di Inggris dan sebuah utopia. Montesquieu, sudah barang tentu sangat terpengaruh oleh John Locke. Montesquieu membedakan tiga fungsi Negara: fungsi legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Tiga fungsi itu perlu dibagi atas tiga pemegang kekuasaan. Hal itu perlu untuk mencegah agar jangan sampai seseorang atau satu badan atau jawatan menjadi terlalu kuat dan menghancurkan kebebasan masyarakat. Kekuasaan legislatif hendaknya dijalankan oleh parlemen yang terdiri dari dua badan, dewan perwakilan rakyat dan dewan kaum bangsawan. Para wakil rakyat tidak terikat oleh titipan tugas dan petunjuk daripada pemilih. Kekuasaan eksekutif dijalankan oleh raja. Ia mempunyai hak veto terhadap legislatif. Ia yang harus melaksanakan ketentuan-ketentuan dalam undang-undang dan politik luar negeri. Kekuasaan yudikatif, mahkamah kehakiman, harus sama sekali tidak tergantung dan dalam pengambilan keputusan semata-mata terikat pada undang-undang.³²

Konsep Negara hukum dan Negara demokrasi membawa prinsip pemisahan atau pembagian kekuasaan organ-organ tersendiri yaitu legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Pembagian kekuasaan ke dalam 3 (tiga) poros yang kemudian dikenal sebagai *Trias Politica* itu dimaksudkan untuk mendobrak absolutisme atau sistem pemerintahan yang otoriter.³³ Menurut doktrin pemisahan kekuasaan tersebut yang merupakan ajaran Montesquieu, fungsi dari kekuasaan kehakiman adalah melakukan kontrol terhadap kekuasaan Negara guna mencegah terjadinya proses instrumentasi yang menempatkan hukum menjadi bagian dari kekuasaan.³⁴

³² Franz Magnis Suseno, *Etika Politik*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1999), hal. 225.

³³ Fatkhurohman; Dian Aminudin; dan Sirajuddin, *op.cit.*, hal. 13.

Doktrin Montesquieu banyak memengaruhi orang Amerika pada masa undang-undang dasarnya dirumuskan, sehingga dokumen itu dianggap paling banyak mencerminkan *trias politica* dalam konsep aslinya. Akan tetapi, sekalipun ketiga kekuasaan sudah dipisah satu sama lain sesempurna mungkin, namun Para Penyusun Undang-Undang Dasar Amerika Serikat masih juga menganggap perlu untuk menjamin bahwa masing-masing kekuasaan tidak akan melampaui batas kekuasaannya. Maka dari itu dicoba untuk membendung kecenderungan ini dengan mengadakan suatu sistem “*checks and balances*” (pengawasan dan keseimbangan) di mana setiap cabang kekuasaan akan mengawasi dan mengimbangi cabang kekuasaan lainnya.³⁵

Pada waktu UUD 1945 disusun pada tahun 1945, para perumusnya bersepakat bahwa UUD 1945 itu memang tidak didasarkan atas teori *trias politica* yang memisahkan secara tegas antar tiga cabang kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Namun, sejak awal, khusus berkenaan dengan cabang kekuasaan yudikatif, sudah dengan tegas ditentukan harus bebas dan merdeka dari pengaruh cabang kekuasaan lainnya, terutama pemerintah. Oleh karena itu, sekarang setelah lembaga MPR sendiri mengalami reformasi struktural dengan diterapkannya sistem pemisahan kekuasaan dan prinsip hubungan *checks and balances* antara lembaga-lembaga Negara dapat dikatakan struktur kelembagaan Indonesia berpuncak pada tiga cabang kekuasaan, yang saling mengontrol dan saling mengimbangi secara sederajat satu sama lain.³⁶

Dalam doktrin *Trias Politika*, baik yang diartikan sebagai pemisahan kekuasaan, maupun dalam arti pembagian kekuasaan maka khusus untuk cabang kekuasaan yudikatif, prinsip yang tetap dipegang ialah bahwa dalam tiap Negara Hukum, badan yudikatif haruslah bebas dari campur tangan badan

³⁴ *Ibid.*, hal. 14.

³⁵ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2006), hal. 153.

³⁶ Jimly Asshiddiqie (III), *op.cit.*, hal. 186.

putusan pengadilan (*vonnis*) dan keputusan-keputusan pejabat administrasi negara.³⁹

Hamilton dalam Surat Kabar *Federalist* Edisi No. 78, yang secara khusus menyoroti hak menguji material. Dalam tulisan itu, Alexander Hamilton menyatakan:

*“The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.”*⁴⁰

Tulisan Hamilton itu telah memberikan inspirasi kepada Mahkamah Agung Amerika Serikat untuk menempatkan dirinya dalam kedudukan sebagai badan yang melaksanakan *judicial review*. Sehingga pada tahun 1803, dalam kasus *William Marbury vs Madison*, untuk pertama kalinya Mahkamah Agung menyatakan bahwa Undang-Undang Federal sebagai *unconstitutional*. Hal ini tidak dapat dilepaskan kaitannya dengan peranan dan keberanian John Marshall (Ketua Mahkamah Agung waktu itu) dalam memutus kasus *Marbury vs Madison* dengan menyatakan:

*“It is one of the purposes of written constitution to define and limit the powers of legislature. The legislature cannot be permitted to pass statutes contrary to a constitution, if the latter is to prevail as superior law. A court avoid choosing between the Constitution and a conflicting statute both are relevant to a case which the court is asked to decide. Since the Constitution is paramount law, judges have no choice but to prefer it to refuse to give effect to the latter.”*⁴¹

Dengan adanya putusan atas kasus *William Marbury vs Madison* itu, John Marshall telah menempatkan doktrin *judicial review* ke dalam sistem

³⁹ Hans Kelsen dalam Jimly Asshiddiqie (V), *Perihal Undang-Undang di Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hal. 39.

⁴⁰ H. R. Sri Soemantri, *Hak Uji Material di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1997), hal. 53.

⁴¹ *Ibid.*

hukum formal Amerika Serikat.⁴² Setelah melewati masa perdebatan yang cukup panjang di Amerika Serikat, kekuasaan atas *judicial review* model Amerika Serikat itu kemudian mengalami transformasi struktural, ketika diadopsi di Eropa. Adalah Hans Kelsen, seorang berkebangsaan Austria, yang pertama-tama mengusulkan agar dibentuk satu organ terpusat dan independen, guna melaksanakan kekuasaan *judicial review* terhadap produk hukum yang ditetapkan atas logika hierarki. Dalam pandangan ini, hukum tertinggi (*higherlaw*) adalah pilar utama dari doktrin *judicial review*.⁴³

Dengan demikian, perlunya pengujian oleh lembaga *judicial* itu selain mengacu pada tiga alasan yang pernah dikemukakan oleh John Marsall,⁴⁴ didasarkan pula pada alasan bahwa hukum itu adalah produk politik yang pasti tidak steril dari kepentingan-kepentingan politik anggota-anggota lembaga yang membuatnya. Sebagai produk politik bisa saja hukum itu memuat isi yang lebih sarat dengan kepentingan politik kelompok dan jangka pendek yang secara substansial bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi hirarkinya. Selain itu, sebagai produk politik, hukum bisa berisi hal-hal yang tidak sesuai dengan peraturan yang lebih tinggi oleh karena DPR sebagai lembaga politik banyak beranggotakan orang-orang yang tak biasa berpikir menurut disiplin ilmu.

⁴² *Ibid*, hal. 54.

⁴³ Jurnal Tata Negara dalam Jara Lumbanraja, "Legal Standing Pemohon Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang (*Judicial Review*) Terhadap Undang-Undang Dasar", (Tesis Universitas Indonesia, Jakarta, 2004), hal. 12.

⁴⁴ Ketika secara sepihak melakukan *judicial review* atas Judiciary Act 1789 (yang memuat *writ of mandamus*) pada tahun 1803, Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat, John Marshall, mengemukakan tiga alasan dibolehkannya MA melakukan *judicial review*. Pertama, hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi sehingga kalau ada UU yang bertentangan dengannya maka hakim harus berani membatalkannya; kedua, konstitusi adalah *the supreme law of land* sehingga harus ada lembaga pengujian terhadap peraturan yang di bawahnya agar konstitusi itu tidak diselewengkan; ketiga, hakim tak boleh menolak perkara sehingga kalau ada yang meminta uji materi hakim harus melakukannya. Lihat Moh. Mahfud MD, *op.cit.*, hal. 37.

d. Kedudukan Hukum (*Legal Standing*)

Istilah *legal standing* berasal dari kata *standing to sue* yang diartikan “*a party’s right to make a legal claim or seek judicial enforcement of a duty or right*”.⁴⁵ Pada negara-negara *common law*, *standing* atau *locus standi* diartikan sebagai: *‘the ability of a party to demonstrate to the court sufficient connection to and harm from the law or action challenged to support that party’s participation in the case.*⁴⁶ Berdasarkan pengertian tersebut, *legal standing* dapat diartikan sebagai kedudukan hukum suatu pihak dalam berperkara di pengadilan. Untuk dapat memiliki kedudukan hukum, harus dipenuhi beberapa persyaratan oleh para pihak yaitu:⁴⁷

1. *That the challenged conduct has caused the plaintiff actual injury; and*
2. *That the interest sought to be protected is within the zone of interest meant to be regulated by the statutory or constitutional guarantee in question.*

Di Mahkamah Amerika Serikat, ada tiga persyaratan yang harus dipenuhi terkait dengan *constitutional standing* yaitu:⁴⁸

1. *Injury: The Plaintiff must have suffered or imminently will suffer injury-an invasion of a legally protected interest which is concrete and particularized. The injury must be actual or imminent, distinct and palpable, not abstract. This injury could be economic as well as non-economic.*
2. *Causation: There must be causal connection between the injury and the conduct complained of, so that the injury is fairly traceable to the*

⁴⁵ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, eight edition, (St. Paul: West Publishing co, 1999), hal. 1442.

⁴⁶ [http://en.wikipedia.org/wiki/Standing_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Standing_(law)), diakses Rabu, 14 Januari 2009, pukul 17.21 WIB.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

challenged action of the defendant and not the result of the independent action of some third party who is not before the court.

3. *Redressability: It must be likely, as opposed to merely speculative, that a favorable court decision will redress the injury.*

Dalam lapangan hukum perdata dikenal adanya adagium *point d'interet, point d'action* yang berarti bahwa suatu tuntutan hak harus mempunyai kepentingan hukum yang cukup, merupakan syarat utama tidak berarti bahwa tuntutan hak yang ada kepentingan hukumnya pasti dikabulkan oleh pengadilan. Hal itu masih tergantung pada pembuktian. Kepentingan disini bukan asal setiap kepentingan, tetapi kepentingan hukum secara langsung, yaitu kepentingan yang dilandasi dengan adanya hubungan hukum antara penggugat dan tergugat dan hubungan hukum itu langsung dialami sendiri secara konkrit oleh penggugat.⁴⁹ Tuntutan hak tersebut adalah tindakan yang bertujuan memperoleh perlindungan hak yang diberikan pengadilan untuk mencegah "eigenrichting". Seseorang atau badan hukum yang mengajukan tuntutan hak berarti mempunyai kepentingan hukum untuk memperoleh perlindungan hukum. Pihak yang tidak menderita kerugian, baik materiil maupun non-materiil, mengajukan tuntutan hak, dianggap tidak memiliki kepentingan, sehingga tuntutannya tidak dapat diterima sebagai dasar pengajuan tuntutan hak.⁵⁰

Meskipun adagium ini biasa digunakan dalam hukum perdata yang bersifat khusus namun dapat pula digunakan dalam hukum tata negara yang bersifat umum. Hal ini dikarenakan dilihat dari penegakan hukum dan kepastian hukum meskipun nuansanya individual, baik dari segi hak maupun inisiatif untuk mempertahankannya, pada akhirnya tegaknya hukum dan keadilan yang menyangkut orang perorang adalah juga merupakan

⁴⁹ Sudikno Metrokusumo, *Gugatan Actio Popularis dan Batas Kewenangan Hakim*, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=15774&cl=Kolom>, diakses Rabu, 27 Agustus 2008>

⁵⁰ C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering*, No. 148, dalam M. Nasir, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Djambatan, 2003), hal. 40.

untuk mengajukan permohonan sebagai Pemohon di hadapan Mahkamah Konstitusi.⁵⁴

1.6.2. Kerangka Konseptual

Kedudukan Hukum: (*Legal Standing*)

Adalah kedudukan hukum suatu pihak dalam perkara di pengadilan. Persyaratan *legal standing* atau kedudukan hukum dimaksud mencakup syarat formal sebagaimana ditentukan dalam undang-undang, maupun syarat materil berupa kerugian hak atau kewenangan konstitusional dengan berlakunya undang-undang yang sedang dipersoalkan.

Kesatuan Masyarakat Hukum Adat

Suatu komunitas antropologis yang bersifat homogen dan secara berkelanjutan mendiami suatu wilayah tertentu, mempunyai hubungan historis dan mistis dengan sejarah masa lampau mereka, merasa dirinya dan dipandang oleh pihak luar sebagai berasal dari satu nenek moyang yang sama, dan mempunyai identitas budaya yang khas yang ingin mereka pelihara dan lestarikan untuk kurun sejarah selanjutnya, serta tidak mempunyai posisi yang dominan dalam struktur dan sistem politik yang ada.

Putusan

Menyatakan hasil yaitu hasil memutuskan. Putusan persidangan diartikan sebagai pernyataan hakim dalam sidang pengadilan yang dapat berupa pemidanaan, putusan bebas, atau lepas dari segala tuntutan hukum. Dalam paradilan Tata Negara, Putusan pengadilan dapat berupa putusan tidak dapat diterima, putusan yang mengabulkan, dan putusan yang menolak.

⁵⁴ I Dewa Gede Palguna (I), *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, Kumpulan Pemikiran I Dewa Gede Palguna, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaiteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008), hal. 29.

Perkara Pengujian Undang-Undang (*Judicial Review*)

Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar. Yang dimaksud dengan Undang-Undang yaitu Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden.

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Lembaga Negara pelaku kekuasaan kehakiman yang berdasarkan UUD 1945 berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, memutus sengketa penghitungan hasil pemilihan umum serta *impeachment*.

1.7. Sistematika Pembahasan

Secara keseluruhan penelitian ini akan diuraikan dalam lima bab, masing-masing bab dapat dirinci sebagai berikut:

- a. Bab I mengenai “Pendahuluan” menguraikan tentang latar belakang permasalahan, identifikasi masalah, tujuan dan kegunaan penelitian, kerangka teori dan kerangka konseptual, metodologi penelitian, dan sistematika laporan penelitian.
- b. Bab II mengenai *Judicial Review* ke Mahkamah Konstitusi berisi tentang konsep *judicial review* dan pihak-pihak yang dapat mengajukan perkara ke Mahkamah Konstitusi.
- c. Bab III mengenai Sejarah dan Kedudukan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam Ketatanegaraan Indonesia menguraikan tentang konsep masyarakat hukum adat, sejarah masyarakat hukum adat di Indonesia serta kedudukan yuridis kesatuan masyarakat hukum adat dalam ketatanegaraan Indonesia.
- d. Bab IV mengenai *Legal Standing* Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam pengajuan *judicial review* di Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia.
- e. Bab V Penutup, menguraikan Kesimpulan dan Saran.

BAB II
PENGUJIAN UNDANG-UNDANG TERHADAP
UNDANG-UNDANG DASAR (*JUDICIAL REVIEW*)
OLEH MAHKAMAH KONSTITUSI

2.1. Pembentukan Mahkamah Konstitusi

Pembentukan Mahkamah Konstitusi secara garis besar dapat dibagi menjadi dua, yaitu pembentukan Mahkamah Konstitusi di benua Eropa yang dimulai ketika Revolusi Perancis dan di benua Amerika yang dimulai setelah terjadi kasus *Marbury vs Madison*. Keduanya memiliki sistem hukum yang berbeda.

a. Benua Eropa

Revolusi Perancis dan konsep *separation of powers* dari Rosseau dan Montesqieu merupakan bibit pengembangan *judicial review* ke depan, dan keberhasilan awal tentara Napoleon serta pengaruh yang berkelanjutan dari hukum dan budaya Perancis, membawa sikap dan pendekatan ini menyebar ke seluruh Eropa dengan sistem hukumnya yang berbeda.⁵⁵ Hans Kelsen, seorang sarjana hukum yang sangat berpengaruh pada abad ke-20, diminta menyusun sebuah konstitusi bagi Republik Austria yang baru muncul dari puing kekaisaran Austro-Hungarian tahun 1919. Sama dengan Marshall, Kelsen percaya bahwa konstitusi harus diperlakukan sebagai seperangkat norma hukum yang *superior* (lebih tinggi) dari undang-undang biasa dan harus ditegakkan secara demikian. Kelsen juga mengakui adanya ketidakpercayaan yang luas terhadap badan peradilan biasa untuk melaksanakan tugas penegakan konstitusi yang demikian, sehingga dia merancang mahkamah khusus yang terpisah dari peradilan biasa untuk mengawasi undang-undang dan membatalkannya jika ternyata bertentangan dengan undang-undang dasar. Meski Kelsen merancang model ini untuk Austria, yang mendirikan mahkamah konstitusi berdasar model itu untuk pertama sekali adalah

⁵⁵ Maruarar Siahaan (I), *op.cit.*, hal. 5.

Cekoslowakia pada bulan Februari tahun 1920. Baru pada bulan Oktober 1920 rancangan Kelsen tersebut diwujudkan di Austria.⁵⁶

Mahkamah ini diberikan kewenangan yang eksklusif untuk menguji konstitusionalitas undang-undang meskipun untuk tahap-tahap awal hanya yang bersifat preventif, mengikuti pandangan-pandangan teoritis hukum Austria yaitu Adolf Merkl dan Hans Kelsen. Mahkamah Konstitusi Austria inilah yang dapat dipandang sebagai Mahkamah Konstitusi pertama yang dibentuk di dunia. Karena sebelum ini, memang belum ada lembaga bernama Mahkamah Konstitusi ataupun organ-organ kenegaraan yang secara khusus dibentuk untuk maksud menjalankan fungsi mengawal atau melindungi Undang-Undang Dasar agar sungguh-sungguh dilaksanakan dalam praktik kegiatan bernegara.⁵⁷

Setelah perang dunia kedua, gagasan mahkamah konstitusi dengan *judicial review* menyebar ke seluruh Eropa, dengan mendirikan mahkamah konstitusi secara terpisah dari mahkamah agung. Akan tetapi Perancis mengadopsi konsepsi ini secara berbeda dengan membentuk *constitutional council* (*conseil constitutionnel*). Negara-negara bekas jajahan Perancis mengikuti pola Perancis ini.⁵⁸ Ketika Uni Soviet runtuh, bekas negara-negara komunis di Eropa Timur semuanya mereformasi negerinya, dari negara otoriter menjadi negara demokrasi konstitusional yang liberal. Konstitusi segera direvisi dan dalam proses itu satu lembaga baru dibentuk, yaitu satu mahkamah yang terdiri dari pejabat-pejabat kekuasaan kehakiman dengan kewenangan untuk membatalkan undang-undang dan peraturan lain jika ternyata ditemukan bertentangan atau tidak sesuai dengan hukum yang lebih tinggi yaitu konstitusi.⁵⁹

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Jimly Asshidiqie (VII), *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, *Op.Cit.*, hal. 29.

⁵⁸ Jimly Asshidiqie, Mustafa Fakhri, *Mahkamah Konstitusi, Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang dan Peraturan di 78 Negara*, hal. 3

Cekoslowakia pada bulan Februari tahun 1920. Baru pada bulan Oktober 1920 rancangan Kelsen tersebut diwujudkan di Austria.⁵⁶

Mahkamah ini diberikan kewenangan yang eksklusif untuk menguji konstitusionalitas undang-undang meskipun untuk tahap-tahap awal hanya yang bersifat preventif, mengikuti pandangan-pandangan teoritis hukum Austria yaitu Adolf Merkl dan Hans Kelsen. Mahkamah Konstitusi Austria inilah yang dapat dipandang sebagai Mahkamah Konstitusi pertama yang dibentuk di dunia. Karena sebelum ini, memang belum ada lembaga bernama Mahkamah Konstitusi ataupun organ-organ kenegaraan yang secara khusus dibentuk untuk maksud menjalankan fungsi mengawal atau melindungi Undang-Undang Dasar agar sungguh-sungguh dilaksanakan dalam praktik kegiatan bernegara.⁵⁷

Setelah perang dunia kedua, gagasan mahkamah konstitusi dengan *judicial review* menyebar ke seluruh Eropa, dengan mendirikan mahkamah konstitusi secara terpisah dari mahkamah agung. Akan tetapi Perancis mengadopsi konsepsi ini secara berbeda dengan membentuk *constitutional council* (*conseil constitutionnel*). Negara-negara bekas jajahan Perancis mengikuti pola Perancis ini.⁵⁸ Ketika Uni Soviet runtuh, bekas negara-negara komunis di Eropa Timur semuanya mereformasi negerinya, dari negara otoriter menjadi negara demokrasi konstitusional yang liberal. Konstitusi segera direvisi dan dalam proses itu satu lembaga baru dibentuk, yaitu satu mahkamah yang terdiri dari pejabat-pejabat kekuasaan kehakiman dengan kewenangan untuk membatalkan undang-undang dan peraturan lain jika ternyata ditemukan bertentangan atau tidak sesuai dengan hukum yang lebih tinggi yaitu konstitusi.⁵⁹

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Jimly Asshidiqie (VII), *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, *Op.Cit.*, hal. 29.

⁵⁸ Jimly Asshidiqie, Mustafa Fakhri, *Mahkamah Konstitusi, Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang dan Peraturan di 78 Negara*, hal. 3

b. Benua Amerika

Berdirinya mahkamah konstitusi sebagai *special tribunal* secara terpisah dari mahkamah agung, yang mengemban tugas khusus, merupakan konsepsi yang dapat ditelusuri jauh sebelum negara kebangsaan yang modern (*modern nation-state*), yang pada dasarnya menguji keserasian norma hukum yang lebih rendah dengan norma hukum yang lebih tinggi. Sejarah modern *judicial review*, yang merupakan ciri utama kewenangan MK -di Amerika Serikat oleh Mahkamah Agung- dapat dilihat sebagai perkembangan yang berlangsung selama 250 tahun, dengan rasa kebencian sampai dengan penerimaan yang luas.⁶⁰

Lembaga *judicial review* telah mengalami sejarah yang panjang dan memperoleh bentuk serta substansi yang jelas setelah MA Amerika Serikat di bawah pimpinan John Marshall memeriksa dan memutus perkara William Marbury yang pada saat-saat akhir pemerintahan Presiden Thomas Jefferson diangkat sebagai hakim tetapi surat keputusannya tidak diserahkan oleh pemerintah baru kepadanya. Marbury menggugat berdasar UU Kekuasaan Kehakiman (*Judiciary Act*) tahun 1789, di mana berdasarkan UU tersebut MA berhak menggunakan *Writ of Mandamus* untuk memerintahkan agar pemerintah menyerahkan surat keputusan pengangkatan tersebut tapi MA tidak menggunakan wewenang tersebut. Yang dilakukan MA adalah justru membatalkan UU tersebut karena dipandang bertentangan dengan konstitusi. Sebenarnya Marshall dianggap waktu itu tidak layak ikut memutus perkara itu karena dipandang memiliki *conflict of interest* sebab sebelumnya dia adalah *secretary of state* yang menandatangani pengangkatan Marbury. Marshall mungkin melihatnya sebagai kasus yang mengandung kesempatan unik yaitu kesempatan untuk merebut kewenangan *judicial review* dan juga dipandang sebagai kemampuan cemerlang Marshall untuk menghindari bahaya. Secara

⁵⁹ Maruarar Siahaan, *op.cit.*, hal. 7.

⁶⁰ Herman Schwartz, dalam Maruarar Siahaan (1), *Ibid.*, hal. 13

lahiriah ia kelihatan menentang bahaya itu, dimana ia bergerak kesatu arah sementara lawan melihat ke arah lain.⁶¹

John Marshall mengemukakan tiga alasan yang mendasari dirinya atau Mahkamah Agung melakukan *judicial review*, meskipun Konstitusi Amerika Serikat tidak memberi hak untuk melakukan itu secara eksplisit. Ketiga alasan itu adalah; (a) Hakim bersumpah untuk menjunjung tinggi konstitusi, sehingga jika ada peraturan yang bertentangan dengan konstitusi ia harus melakukan uji materi; (b) Konstitusi adalah *the supreme law of the land* sehingga harus ada pengujian terhadap peraturan yang di bawahnya agar isi *the supreme law* itu tidak dilangkahi; dan (c) Hakim tidak boleh menolak perkara, sehingga kalau ada yang mengajukan permintaan *judicial review*, hal itu harus dipenuhi.⁶²

Meskipun konstitusi tidak mengatur hal tersebut, MA Amerika menganggap hal itu adalah tugas pokok MA yang ditafsirkan dari konstitusi, dengan mana kemudian berkembang pengertian bahwa MA merupakan pengawal konstitusi yang bertanggung jawab menjamin agar norma dasar yang terkandung didalamnya sungguh-sungguh ditaati dan dilaksanakan.⁶³ Adanya kasus tersebut menyebabkan pembaharu di benua Eropa mulai berpikir bahwa mahkamah semacam itu mungkin berguna juga di Eropa.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pada negara-negara yang mempraktekan *judicial review*, umumnya hak uji tersebut dilakukan oleh 2 (dua) macam lembaga:⁶⁴

Pertama : Lembaga yang khusus diadakan untuk itu, seperti *Constitutional Council* di Perancis, *The Federal Constitutional Court* di Republik Federasi Jerman, dan *Constitutional Court* di Itali.

⁶¹ Erwin Chemerinsky dalam Maruarar Siahaan (I), *Ibid.*, hal.18.

⁶² Moh. Mahfud MD, *op.cit.*, hal. 130.

⁶³ Jimly Asshidiqie (VII), *op.cit.*, hal. 23.

⁶⁴ Fatkhurohman, *op.cit.*, hal. 26.

Lembaga-lembaga negara itu ada yang berkedudukan di atas Mahkamah Agung, sederajat, dan ada pula yang berkedudukan khusus.

Kedua : Badan peradilan yang sudah ada, seperti *Supreme Court* di Amerika Serikat.

2.2. Sejarah Pembentukan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Pada persidangan Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), anggota Muhammad Yamin pernah mengusulkan pemuatan ketentuan di dalam UUD tentang hak Mahkamah Agung menguji materiil UU terhadap UUD. Tapi anggota BPUPKI lain, menolak usul Yamin itu. Menurut Soepomo, Negara muda seperti Indonesia belum waktunya mengerjakan persoalan itu. Apalagi, soal pengujian undang-undang itu bukan kewenangan MA melainkan kewenangan semacam pengadilan spesifik, yaitu *constitutineel hof* yang tugasnya memang khusus mengurus konsistensi peraturan perundang-undangan dalam pelaksanaan konstitusi. UUD 1945 yang belum diamandemen tidak menyinggung sama sekali *judicial review*. Dalam Konstitusi RIS, yang berlaku karena adanya perubahan bentuk Negara Indonesia dari Negara kesatuan menjadi Negara federal, dimuat ketentuan bahwa MA dapat menguji materi UU terhadap Konstitusi hanya untuk UU yang dikeluarkan oleh Negara bagian (Pasal 156 ayat (1)). Tetapi, UU yang dikeluarkan oleh Pemerintah Federal (Pusat) tak dapat diganggu gugat atau tak dapat diuji oleh MA (Pasal 130 ayat (2)). Ketika Indonesia kembali ke dalam bentuk Negara kesatuan dan menggunakan UUDS 1950 sebagai konstitusinya, ketentuan tentang *judicial review* atas materi UU terhadap UUD juga tidak diakomodasi. Pasal 95 ayat (2) UUDS 1950 menegaskan bahwa undang-undang tidak dapat diganggu gugat⁶⁵.

Ketika Orde Lama di bawah Presiden Soekarno jatuh, gagasan untuk menghidupkan *judicial review* sebagai bagian dari politik hukum Indonesia menguat kembali. Apalagi, pada masa Orde Lama, muncul produk-produk hukum yang hierarkinya tidak jelas, mengingat pada waktu itu belum ada tata urutan peraturan perundang-undangan. Misalnya, ada Penetapan Presiden (Penpres) yang

⁶⁵ Moh. Mahfud MD, *op.cit.*, hal. 132.

hanya didasarkan pada Surat Presiden kepada Ketua DPR. Pada tahun 1996, belum adanya tata urutan peraturan perundang-undangan itu kemudian diselesaikan dengan lahirnya Tap MPR No. XX/MPRS/1966. Pada tahun 1968, Panitia Ad Hoc MPRS merekomendasikan pelebagaan *judicial review*, tetapi ditolak oleh pemerintah sehingga usul itu pun kandas. Tetapi, aspirasi tentang itu terus bergulir, sehingga pada tahun 1970 lembaga legislatif memasukkan ketentuan tentang *judicial review* di dalam UU No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman, meskipun ketentuan ini ternyata tak dapat menyentuh UU dan tak dapat diimplementasikan. Latar belakang desakan akan perlunya pelebagaan *judicial review* itu adalah berkenaan dengan adanya, paling tidak, dua persoalan peraturan perundang-undangan pada zaman Orde Baru dulu. Pertama, pembuatan peraturan perundang-undangan didominasi oleh lembaga eksekutif. Pada zaman Orde Baru, selain perencanaan peraturan perundang-undangan terpusat di eksekutif, apa yang sudah disetujui oleh DPR pun bisa dimentahkan. Kedua, produk peraturan perundang-undangan yang tidak dapat dikontrol secara operasional melalui prosedur uji materi ternyata semakin mengakumulasi persoalan hukum di Indonesia dan mendorong semakin menguatnya sentralisasi kekuasaan. Pada zaman Orde Baru, selain berlangsung keadaan yang *executive heavy*, tidak terdapat mekanisme yang efektif untuk menjamin konsistensi antar peraturan perundang-undangan atau peraturan perundang-undangan sebagai himpunan konstitusi (konstitusi dalam arti luas yang mempunyai hubungan-hubungan hierarkis). Pada masa itu, UU di Indonesia didominasi oleh eksekutif sejak dari perencanaan sampai dengan pelaksanaannya, bahkan pengesahannya tergantung pada Presiden.⁶⁶

Seperti dikemukakan di atas, pada awal masa Orde Baru, ketentuan tentang *judicial review* pernah dimasukkan di dalam UU No. 14 Tahun 1970, tapi dengan ketentuan yang sangat membatasi dan tidak mungkin dilaksanakan. Ketentuan yang sangat membatasi itu adalah: (1) Uji materi hanya bisa dilakukan oleh MA untuk peraturan perundang-undangan yang derajatnya di bawah UU; (2) Pemeriksaan dapat dilakukan pada tingkat kasasi; dan (3) Peraturan perundang-undangan yang terkena uji materi hanya bisa dinyatakan tidak berlaku setelah

⁶⁶ *Ibid.*, hal. 133.

dicabut sendiri oleh instansi yang mengeluarkannya. Ketentuan tentang *judicial review* kemudian dimasukkan lagi di dalam TAP MPR No. VI/MPR/1973 dan dituangkan lagi didalam Tap MPR No. III/MPR/1978 serta UU lain yang terkait seperti UU No. 14 Tahun 1985. Tetapi, *judicial review* tidak tak pernah dapat dilaksanakan secara operasional dan tak pernah dapat ada produknya sampai jatuhnya rezim Orde Baru. Padahal, banyak sekali keluhan tentang adanya peraturan perundang-undangan yang menabrak peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Sebelum akhirnya dijawab oleh Sidang MPR pada tahun 2000, di dalam wacana tentang pelebagaan *judicial review* pernah muncul tiga alternatif usulan. Pertama, *judicial review* dilakukan oleh MPR dengan alasan bahwa MPR, selain menetapkan UUD, kedudukannya dalam struktur ketatanegaraan juga lebih tinggi dari lembaga legislatif (Presiden dan DPR). Pemikiran ini didasarkan pada struktur ketatanegaraan era Orde Baru yang memang masih menempatkan MPR sebagai lembaga tertinggi Negara. Kedua, *judicial review* dilakukan oleh Mahkamah Agung seperti yang berlaku di Amerika Serikat dalam rangka *Trias Politika* dan *checks and balances*. Ketiga, *judicial review* dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi seperti yang pernah disinggung oleh Soepomo tentang *Constitutioneel Hof* ketika ia menolak pemberian hak uji materi kepada MA seperti yang diusulkan oleh Muhammad Yamin. Mahkamah Konstitusi adalah lembaga kekuasaan kehakiman yang diberi hak untuk melakukan uji materi UU terhadap UUD (*constitutional review*) dan beberapa tugas lain dalam masalah ketatanegaraan. Namun upaya-upaya itu selalu gagal karena eksekutif yang sangat dominan menolak gagasan-gagasan itu. Respons lembaga eksekutif tentang itu hanyalah berupa persetujuan sangat sedikit dan tak bisa dioperasionalkan.⁶⁷

Perubahan UUD 1945 sebagai agenda utama era reformasi mulai dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) pada tahun 1999. Pada Sidang Tahunan MPR 1999, seluruh fraksi di MPR membuat kesepakatan tentang arah perubahan UUD 1945, yaitu:⁶⁸

⁶⁷ *Ibid.*, hal. 134.

1. sepakat untuk tidak mengubah Pembukaan UUD 1945;
2. sepakat untuk mempertahankan bentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia;
3. sepakat untuk mempertahankan sistem presidensiil (dalam pengertian sekaligus menyempurnakan agar betul-betul memenuhi ciri-ciri umum sistem presidensiil);
4. sepakat untuk memindahkan hal-hal normatif yang ada dalam Penjelasan UUD 1945 ke dalam pasal-pasal UUD 1945; dan
5. sepakat untuk menempuh cara *addendum* dalam melakukan amandemen terhadap UUD 1945.

Indonesia, sebelum mengadakan perubahan Ketiga dan Keempat UUD 1945 menganut paham supremasi parlemen (*the Supremacy of the Parliament*), dimana konsepsi kedaulatan rakyat secara kolektif selalu dilembagakan ke dalam konsep “Dewan Rakyat Tertinggi” yang memiliki kedudukan struktural paling tinggi dalam kelembagaan Negara. Lembaga tertinggi inilah yang selalu dianggap berwenang untuk menjadi penafsir Undang-Undang Dasar, sehingga pengujian konstitusionalitas atas undang-undang menjadi kewenangan mutlak lembaga tertinggi ini. Kalaupun suatu undang-undang akan direvisi, diubah, ataupun dibatalkan maka yang dianggap berwenang untuk itu hanyalah lembaga yang membuatnya sendiri, bukan lembaga kekuasaan kehakiman. Dengan demikian untuk menilai, menguji, dan mengubah ketentuan undang-undang itu yang harus berperan adalah lembaga yang membentuknya sendiri, yaitu Presiden bersama DPR.⁶⁹

UUD 1945 telah mengalami empat kali perubahan, yaitu Perubahan Pertama pada tahun 1999, Perubahan Kedua pada tahun 2000, Perubahan Ketiga pada Tahun 2001, dan Perubahan Keempat pada Tahun 2002. Setelah empat kali perubahan, format UUD 1945 tetap, namun terjadi perubahan pada aspek

⁶⁸ Lampiran Ketetapan MPR No. IX/MFR/1999 tentang Penugasan Badan Pekerja Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia untuk Melanjutkan Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁶⁹ Jimly Asshiddiqie (VII), *op.cit.*, hal. 71.

sistematika, jumlah bab, pasal, dan ayat, serta isi UUD 1945. Ditinjau dari aspek sistematika UUD 1945 sebelum diubah terdiri dari tiga bagian, yaitu Pembukaan, Batang tubuh, dan Penjelasan, sedangkan setelah diubah, UUD 1945 hanya terdiri dari dua bagian yaitu Pembukaan dan pasal-pasal (sebagai ganti istilah batang tubuh).⁷⁰

Salah satu aspek substansi yang terkandung dalam Perubahan UUD 1945 yang mengarahkan keberadaan UUD 1945 sebagai konstitusi yang modern dan demokratis ialah pembentukan lembaga pelaksana kekuasaan kehakiman baru, Mahkamah Konstitusi (MK). Ruang lingkup tugas dan wewenang Mahkamah Konstitusi terkait erat dengan masalah ketatanegaraan, penyelenggaraan Negara, dan kehidupan politik.

Ide pembentukan Mahkamah Konstitusi yang tersendiri di luar dan sederajat dengan Mahkamah Agung di Indonesia merupakan hal yang relatif baru. Meski demikian, ide pengujian undang-undang sebagai mekanisme peradilan konstitusional (*constitutional adjudication*) untuk membanding, menilai, atau menguji hasil kerja mekanisme demokrasi politik sudah sejak sebelum kemerdekaan diperdebatkan oleh “*the founding leaders*” dalam sidang-sidang BPUPKI, ketika naskah UUD 1945 pertama kali disusun.⁷¹ Namun, ide pengujian undang-undang ini masih dikaitkan dengan kewenangan Mahkamah Agung, bukan dengan lembaga yang berdiri sendiri di luar Mahkamah Agung.⁷²

Ide pembentukan MK muncul kembali pada perubahan UUD 1945 yaitu terkait dengan pengalihan supremasi MPR kepada supremasi konstitusi yang dituangkan ke dalam rumusan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945: “Kedaulatan ada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”. Oleh karena adanya perubahan mendasar inilah maka perlu disediakan sebuah mekanisme institusional dan konstitusional serta hadirnya lembaga Negara yang mengatasi

⁷⁰ Jimly Asshiddiqie (I), *op.cit.*, hal. 446.

⁷¹ Jimly Asshiddiqie (VIII), *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pascareformasi*. (Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2007), hal. 581.

⁷² *Ibid.*, hal. 582.

kemungkinan sengketa antarlembaga Negara yang kini telah menjadi sederajat serta saling menimbang dan saling mengendalikan (*checks and balances*). Seiring dengan itu muncul desakan agar tradisi pengujian peraturan perundang-undangan perlu ditingkatkan tidak hanya terbatas pada peraturan di bawah undang-undang (UU) melainkan juga atas UU terhadap UUD. Kewenangan melakukan pengujian UU terhadap UUD itu diberikan kepada sebuah mahkamah tersendiri di luar MA. Atas dasar pemikiran itu, adanya MK yang berdiri sendiri di samping MA menjadi sebuah keniscayaan.⁷³

Dalam perkembangannya, ide pembentukan MK menjadi kenyataan dengan disahkannya Pasal 24 ayat (2)⁷⁴ dan Pasal 24C UUD 1945⁷⁵ yang menjadi bagian dari Perubahan Ketiga UUD 1945 pada Sidang Tahunan MPR 2001 tanggal 9 November 2001. Dengan demikian Indonesia menjadi Negara ke-78 yang membentuk MK sekaligus negara pertama pada abad ke-21 yang membentuk lembaga kekuasaan kehakiman tersebut.⁷⁶

Terkait dengan MK sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, Perubahan UUD 1945 juga mengaidahkan:⁷⁷

⁷³ Jimly Asshiddiqie (I), *op.cit.*, hal. 454.

⁷⁴ Lihat Pasal 24 ayat (2) UUD 1945: "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi".

⁷⁵ Lihat Pasal 24C ayat (1) dan (2) UUD 1945: "(1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilihan umum. (2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar".

⁷⁶ Jimly Asshiddiqie, *op.cit.*

⁷⁷ Mukthie Fadjar (I), *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hal. 55.

1. penegasan tentang independensi kekuasaan kehakiman dalam pasal UUD [Pasal 24 ayat (1)], sedangkan sebelumnya hanya dalam Penjelasan (ini sebagai konsekuensi dihapusnya Pejelasan UUD 1945);
2. kekuasaan kehakiman tidak lagi hanya dimonopoli Mahkamah Agung (MA) dengan badan-badan peradilan yang berada di bawahnya, melainkan juga oleh Mahkamah Konstitusi [Pasal 24 ayat (2)];
3. adanya Komisi Yudisial yang bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim (Pasal 24B);
4. kehadiran Mahkamah Konstitusi dengan 9 (sembilan) hakim konstitusi (tiga orang usulan DPR, tiga orang usulan MA, dan tiga orang usulan Presiden) yang mempunyai empat kewenangan dan satu kewajiban (Pasal 24C UUD 1945):
 - a. menguji UU terhadap UUD 1945;
 - b. memutus sengketa kewenangan konstitusional lembaga Negara;
 - c. memutus pembubaran partai politik;
 - d. memutus perselisihan hasil pemilu;
 - e. wajib memutus pendapat DPR tentang *impeachment* terhadap Presiden.

2.3. Kedudukan, tugas, fungsi, dan kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Mahkamah Konstitusi berdasarkan ketentuan Pasal 24 UUD 1945 merupakan pelaku kekuasaan kehakiman yaitu kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.⁷⁸ Dari ketentuan tersebut, dapat diketahui bahwa kedudukan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

- a. merupakan salah satu lembaga Negara yang melakukan kekuasaan kehakiman;

⁷⁸ Lihat Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945.

Integritas hakim merupakan sikap batin yang mencerminkan keutuhan dan keseimbangan kepribadian setiap hakim sebagai pribadi dan sebagai pejabat negara dalam menjalankan tugas jabatannya.

4. Kepantasan dan Sopan Santun (*Propriety Principle*)

Kepantasan dan kesopanan merupakan norma kesusilaan pribadi dan kesusilaan antarpribadi. Kepantasan tercermin dalam penampilan dan perilaku pribadi yang berhubungan dengan kemampuan menempatkan diri dengan tepat. Sedangkan kesopanan terwujud dalam perilaku hormat dan tidak merendahkan orang lain dalam pergaulan antarpribadi.

5. Kesetaraan (*Equality Principle*)

Kesetaraan merupakan prinsip yang menjamin perlakuan yang sama terhadap semua orang berdasarkan kemanusiaan yang adil dan beradab, tanpa membedakan satu dengan yang lain.

6. Kecakapan dan Keseksamaan (*Competence and Diligence Principle*)

Kecakapan tercermin dalam kemampuan profesional hakim yang diperoleh dari pendidikan, pelatihan, dan/atau pengamalan dalam pelaksanaan tugas. Sedangkan keseksamaan merupakan sikap pribadi hakim yang menggambarkan kecermatan, kehati-hatian, ketelitian, ketekunan, dan kesungguhan dalam pelaksanaan tugas profesional hakim.

Keenam prinsip-prinsip pokok kehakiman tersebut telah dituangkan dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 01/PMK/2005 tentang Kode Etik Hakim Konstitusi. Pada dasarnya prinsip-prinsip pokok kehakiman tersebut juga dipatuhi oleh seluruh lembaga justisial, bukan saja di Indonesia melainkan juga di seluruh dunia.

Dikarenakan kedudukannya sebagai salah satu lembaga kekuasaan kehakiman, MK mempunyai beberapa fungsi diantaranya yaitu untuk mengawal (*to guard*) konstitusi, agar dilaksanakan dan dihormati baik penyelenggara kekuasaan negara maupun warga negara. MK juga menjadi penafsir akhir konstitusi. Di beberapa negara bahkan dikatakan bahwa MK juga menjadi pelindung (*protector*) konstitusi. Sejak di-inkorporasi-kannya hak-hak asasi

manusia dalam UUD 1945, fungsi pelindung (*protector*) konstitusi dalam arti melindungi hak-hak asasi manusia (*fundamental rights*) juga benar adanya. Tetapi dalam penjelasan UU MK dikatakan sebagai berikut:⁸¹

”... salah satu substansi penting perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang berfungsi menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Keberadaan Mahkamah Konstitusi sekaligus untuk menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil, dan juga merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan di masa lalu yang ditimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi”.

Lebih jelas Prof.Dr. Jimly Asshidiqie, S.H. menguraikan:

“Dalam konteks ketatanegaraan, MK dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional di tengah kehidupan masyarakat. MK bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen Negara secara konsisten dan bertanggung jawab. Di tengah kelemahan sistem konstitusi yang ada, MK berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat.”⁸²

Dari penjelasan di atas, MK memiliki tugas dan fungsi sebagai berikut:

- a. menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan;
- b. mengawal konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi;
- c. penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat;
- d. menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil, dan juga merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan di masa lalu yang ditimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi.

Selanjutnya mengenai kewenangan Mahkamah Konsitusi telah secara limitatif diatur dalam Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 sebagai berikut:

⁸¹ Maruarar Siahaan (I), *op.cit.*, hal. 11.

⁸² Cetak Biru, *Membangun Mahkamah Konstitusi, Sebagai institusi Peradilan Konstitusi yang Modern dan Terpercaya*, Sekretariat Jenderal MKRI, 2004, hal. iv

- (1) MK berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
- (2) MK wajib memberi putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Wewenang Mahkamah Konstitusi tersebut secara khusus diatur lagi dalam Pasal 10 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

- (1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:
 - a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - c. memutus pembubaran partai politik; dan
 - d. memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
- (2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap Negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dengan demikian Mahkamah Konstitusi memiliki 4 (empat) kewenangan yaitu yang diatur pada ayat (1) dan 1 (satu) kewajiban yang diatur dalam ayat (2). Di antara empat kewenangan dan satu kewajiban tersebut, dua kewenangan pertama yaitu untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, dan memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar menjadikan Mahkamah Konstitusi sebagai sebuah badan peradilan yang berkarakteristik sendiri. Kewenangan tersebut hanya dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi yaitu kewenangan untuk pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final. Karakteristik yang dimiliki Mahkamah Konstitusi dengan dua kewenangan pertama tersebut adalah karakteristik sebuah peradilan tata Negara, sedangkan pada kewenangan lainnya

karakteristik yang demikian tidak terlihat secara langsung. Adanya dua kewenangan pertama tersebut menjadikan lembaga peradilan yang melaksanakannya patut atau tepat untuk diberi nama Mahkamah Konstitusi. Hal demikian tidaklah terkait dengan dua kewenangan yang lain. Artinya, tanpa dua kewenangan yang pertama tersebut, meskipun tetap mempunyai kewenangan lainnya, lembaga peradilan yang demikian tidak tepat untuk disebut atau dinamai Mahkamah Konstitusi.⁸³

2.4. Pengujian Undang-Undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 (*Judicial Review*)

Undang-undang merupakan produk demokrasi atau produk kehendak orang banyak. Jika undang-undang telah dibahas dan disetujui bersama oleh DPR dan Presiden, lalu kemudian disahkan oleh Presiden sebagaimana mestinya maka berarti undang-undang yang bersangkutan telah mencerminkan kehendak politik mayoritas rakyat yang diwakili oleh DPR dan aspirasi rakyat pemilih Presiden yang mendapatkan dukungan mayoritas suara rakyat melalui pemilihan umum. Namun demikian, suara mayoritas rakyat yang tercermin dalam undang-undang tidaklah identik dengan suara seluruh rakyat yang tercermin dalam undang-undang dasar. Suara mayoritas rakyat tidak selalu identik dengan suara keadilan dan kebenaran konstitusi.⁸⁴

Oleh sebab itu, jika undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar maka undang-undang itu baik sebagian materinya atau seluruhnya dapat dinyatakan tidak mengikat untuk umum, meskipun yang menyatakannya hanya terdiri atas 5 dari 9 orang hakim pada Mahkamah Konstitusi. Dengan cara demikian, melalui proses peradilan tata negara yang *fair, independen, imparial*, dan terbuka, Mahkamah Konstitusi dapat menjalankan fungsinya sebagai pengimbang atau penyeimbang (*countervailing power*) dan sekaligus mengawal dinamika proses demokrasi berdasarkan konstitusi (*the guardian of the constitutional*

⁸³ Harjono, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008), hal. 465.

⁸⁴ Jimly Asshiddiqie (IX), *Pengantar Hukum Tata Negara Jilid I*, (Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hal. 335.

democracy). Melalui peradilan konstitusi ini ditegaskan pula bahwa undang-undang dasar sebagai *de hoogste wet, the supreme law*, dapat benar-benar ditegaskan dalam praktik penyelenggaraan Negara.⁸⁵

Pengujian UU terhadap UUD yang sering dikenal dengan istilah *judicial review* mempunyai dasar-dasar teori hukum tertentu. Dasar teori tersebut adalah bahwa konstitusi merupakan sumber hukum tertinggi dalam sistem hukum nasional Negara yang bersangkutan. Sebagai sumber hukum tertinggi, konstitusi mengandung norma-norma hukum tertinggi yang berlaku di seluruh wilayah Negara. Konsekuensi dari prinsip ini ialah apabila ada sebuah ketentuan hukum lain yang berada di bawah konstitusi bertentangan dengan substansi yang terdapat dalam konstitusi maka aturab hukum tersebut tidak sah. Lembaga yudisial diberi wewenang untuk menyatakan sebuah peraturan hukum bertentangan dengan konstitusi.⁸⁶

Pengaturan selalu bersifat umum dan abstrak, sedangkan penetapan administratif dan putusan hakim selalu bersifat khusus dan kongkrit. Baik terhadap norma yang bersifat pengaturan, penetapan administratif, maupun putusan hakim, dapat dilakukan pengujian atau penilaian atau koreksi oleh cabang kekuasaan yang mengeluarkannya. Norma yang berisi pengaturan (misalnya undang-undang) yang dihasilkan oleh cabang kekuasaan legislatif (DPR) dapat diuji oleh DPR sendiri. Pengujian seperti itu disebut *legislative review*. Norma hukum yang berisi ketetapan administratif (misalnya pengangkatan pegawai negeri sipil) dapat diuji oleh cabang kekuasaan eksekutif sendiri (Presiden). Pengujian seperti itu disebut *executive review*. Demikian juga putusan hakim yang lebih rendah (misalnya putusan Pengadilan Negeri) dapat diuji oleh cabang kekuasaan yudikatif yang lebih tinggi (Pengadilan Tinggi) melalui upaya banding. Pengujian seperti itu disebut *judicial review*.⁸⁷

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*, hal. 406.

⁸⁷ Harjono, *log.cit.*

Judicial review selain dapat diterapkan pada putusan hakim (yang merupakan produk cabang kekuasaan *yudikatif*), juga dapat diterapkan pada norma yang berisi dan bersifat pengaturan (yang merupakan produk cabang kekuasaan legislatif) dan pada norma yang berisi ketetapan administrasi negara (yang merupakan produk cabang kekuasaan eksekutif). Dengan bertambah luas dan rumitnya (*sophisticated*)-nya peran cabang kekuasaan eksekutif maka cabang kekuasaan itu diberikan kebebasan (*freise ermessen*) untuk juga membuat ketentuan yang bersifat pengaturan. Akibat dari perkembangan itu maka lingkup pengujian yang dilakukan oleh cabang kekuasaan *yudikatif* (pengadilan) tidak dibatasi hanya terhadap putusan hakim, tetapi juga terhadap norma hukum yang berisi dan bersifat mengatur, baik yang dibuat oleh cabang kekuasaan *legislatif* (undang-undang), maupun oleh cabang kekuasaan *eksekutif* (perundang-undangan di bawah undang-undang, misalnya Peraturan Pemerintah dan Peraturan Presiden).⁸⁸

Pada pokoknya, terhadap ketiga bentuk norma hukum, yaitu (i) *beschikking*, (ii) *regeling*, dan (iii) *vonnis*, sama-sama dapat diuji secara hukum oleh hakim. Ketiga-tiganya dapat disebut dengan istilah *judicial review* juga, tergantung kepada sistem hukum yang berlaku di setiap negara. Ada negara yang hanya mengenal atau mengartikan konsep atau istilah *judicial review* sebagai upaya pengujian terhadap produk *beschikking* saja seperti misalnya di Inggris; tetapi ada pula, seperti di Amerika Serikat, yang mengaitkan pengertian *judicial review* itu terhadap ketiga-tiga objek normatif tersebut. Misalnya, lembaga PK atau Peninjauan Kembali putusan kasasi oleh Mahkamah Agung biasa pula disebut dengan istilah *judicial review*. Demikian pula dengan pengadilan banding atau kasasi disebut sebagai upaya pengujian oleh hakim yang lebih tinggi terhadap putusan pengadilan yang lebih rendah. Dengan demikian, objek pengujian itu sendiri cukup luas cakupan pengertiannya. Namun, yang dimaksud di sini dibatasi hanya dalam konteks pengujian produk peraturan saja. Hal ini pun perlu dibedakan lagi antara produk legislatif dan produk regulatif, antara *legislative acts* dan *executive acts*. Bahkan dalam sistem pengujian peraturan di Indonesia berdasarkan Pasal 24A jo Pasal 24C Undang-Undang Dasar Negara Republik

⁸⁸ *Ibid.*, hal. 30.

Indonesia Tahun 1945,⁸⁹ juga perlu dibedakan antara undang-undang dan peraturan di bawah undang-undang. Pengujian konstiusionalitas undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, sedangkan pengujian legalitas peraturan di bawah undang-undang oleh Mahkamah Agung.⁹⁰

Pengaturan tentang kewenangan untuk melakukan *judicial review* berbeda-beda. Ada negara yang memberikan kekuasaan pengujian itu kepada satu pengadilan (*court*) untuk menguji norma hukum yang berisi dan bersifat pengaturan, baik yang merupakan produk cabang kekuasaan legislatif (*legislative acts*) ataupun eksekutif (*executive dan regulative acts*). Ada pula negara yang memberikan kekuasaan kepada dua pengadilan, di mana pengujian terhadap undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, sedangkan pengujian perundang-undangan di bawah undang-undang dilakukan oleh Mahkamah Agung, seperti di Indonesia. Sementara itu upaya untuk *me-review* ketetapan administrasi negara untuk tahap pertama tidak dilakukan melalui *judicial review*, tetapi melalui gugatan perkara tata usaha negara di pengadilan tata usaha negara, yang prosedurnya berbeda dengan permohonan *judicial review* (pengujian undang-undang).⁹¹

Menurut ketentuan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang disebut sebagai peraturan perundang-undangan itu mencakup bentuk-bentuk peraturan yang tersusun secara hirarkis sebagai berikut:

- 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

⁸⁹ Pasal 24A ayat (1) UUD Negara RI 1945 berbunyi: "Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang. Kemudian dalam Pasal 24C ayat (1) UUD Negara RI 1945 berbunyi: "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum".

⁹⁰ Jimly Asshiddiqie (IX), *op. cit.*, hal. 29.

⁹¹ Harjono, *log.cit.*

- 2) Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- 3) Peraturan Pemerintah;
- 4) Peraturan Presiden;
- 5) Peraturan Daerah.

Dari ketentuan tersebut di atas, dapat dipastikan mengenai (i) apa saja bentuk-bentuk peraturan perundang-undangan yang resmi dalam sistem hukum Indonesia berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945; dan (ii) bentuk-bentuk peraturan mana saja yang lebih tinggi dan mana yang lebih rendah tingkatannya satu sama lain. Berkaitan dengan hal itu, dapat pula diketahui dengan pasti mana saja bentuk peraturan perundang-undangan yang disebut sebagai peraturan di bawah undang-undang, mana saja yang setingkat dan mana yang lebih tinggi daripada undang-undang.⁹²

Dalam konsep pengujian undang-undang, khususnya berkaitan dengan pengujian oleh kekuasaan kehakiman, perlu dibedakan antara istilah *judicial review* dengan *judicial preview*. *Review* berarti memandang, menilai, atau menguji kembali, yang berasal dari kata *re* dan *view*. Sedangkan *pre* dan *view* atau *preview* adalah kegiatan memandangi sesuatu lebih dulu dari sempurnanya keadaan objek yang dipandang itu. Dalam hubungannya dengan objek undang-undang, dapat dikatakan bahwa saat ketika undang-undang belum resmi atau sempurna sebagai undang-undang yang mengikat untuk umum, dan saat ketika undang-undang itu sudah resmi menjadi undang-undang, adalah dua keadaan yang berbeda. Jika undang-undang itu sudah sah sebagai undang-undang maka pengujian atasnya dapat disebut sebagai *judicial review*. Akan tetapi, jika statusnya masih sebagai rancangan undang-undang dan belum diundangkan secara resmi sebagai undang-undang⁹³ maka pengujian atasnya tidak dapat disebut sebagai *judicial review*, melainkan *judicial preview*.

⁹² Jimly Asshiddiqie (VI), *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hal. 46.

⁹³ Alec Stone Sweet dalam Jimly Asshiddiqie (VI), *Ibid.*, hal. 4.

Pengujian konstiusionalitas undang-undang adalah pengujian mengenai nilai konstiusionalitas undang-undang itu, baik dari segi formil ataupun materiil. Karena itu, pada tingkat pertama, pengujian konstiusionalitas itu haruslah dibedakan dari pengujian legalitas. Mahkamah Konstitusi melakukan pengujian konstiusionalitas, sedangkan Mahkamah Agung melakukan pengujian legalitas, bukan pengujian konstiusionalitas.⁹⁴

Untuk menilai atau menguji konstiusionalitas suatu undang-undang, dapat dipergunakan beberapa alat pengukur atau penilai, yaitu (i) naskah undang-undang dasar yang resmi tertulis; beserta (ii) dokumen-dokumen tertulis yang terkait erat dengan naskah undang-undang dasar itu, seperti risalah-risalah, keputusan dan ketetapan MPR, undang-undang tertentu, peraturan tata tertib, dan lain-lain; serta (iii) nilai-nilai konstiusiti yang hidup dalam praktek ketatanegaraan yang telah dianggap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari keharusan dan kebiasaan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara; dan (iv) nilai-nilai yang hidup dalam kesadaran kognitif rakyat serta kenyataan perilaku politik dan hukum warga negara yang dianggap sebagai kebiasaan dan keharusan-keharusan yang ideal dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara.⁹⁵

Jika menilik pada jejak sejarah maka sesungguhnya dalam rapat besar BPUPKI yang berlangsung pada tanggal 15 Juli 1945, telah muncul usulan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Moh. Yamin menghendaki agar Mahkamah Agung (Balai Agung) menjadi pula badan yang membanding yakni, *"... apakah undang-undang yang dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat tidak melanggar Undang-Undang Dasar Republik atau bertentangan dengan hukum adat yang diakui, ataukah tidak bertentangan dengan syariah agama Islam?"*. Anggota Soepomo tidak menyetujui gagasan Moh. Yamin. Dikatakannya, pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar hanya dikenal dalam suatu sistem pemerintahan yang mengenal pemisahan kekuasaan secara tegas (maksudnya guna *check and balances* antara tiga kekuasaan itu). Secara tegas, Soepomo mengatakan bahwa *"Menurut pendapat*

⁹⁴ Jimly Asshiddiqie (VI), *Ibid.*, hal. 5.

⁹⁵ *Ibid.*, hal. 8.

*saya, tuan Ketua, dalam rancangan Undang-Undang Dasar ini, kita memang tidak memakai sistem yang membedakan prinsipil antara 3 badan itu, artinya tidak, bahwa kekuasaan kehakiman akan mengontrol kekuasaan membentuk undang-undang”.*⁹⁶

Dalam pada itu, menurut Soepomo, para ahli hukum Indonesia juga sama sekali tidak mempunyai pengalaman untuk tugas sedemikian. Pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar bukan wewenang Mahkamah Agung, tetapi wewenang badan peradilan khusus (pengadilan spesial) yang namanya *Constitutioneel-hof*, semacam di Austria, Cekoslowakia, dan Jerman di zaman Weimar. “Kita harus mengetahui tenaga kita belum begitu banyak, kita harus menambah tenaga-tenaga, ahli-ahli tentang hal itu. Jadi buat negara yang muda dan untuk mengerjakan itu, saya kira belum waktunya”, kata Soepomo lebih jauh. Tatkala Ketua Radjiman menanyakan peserta, siapa yang menyetujui usul Yamin, Yamin sendiri meminta agar hal dimaksud ditunda saja.⁹⁷

Gagasan pengujian undang-undang oleh sebuah badan khusus di luar Mahkamah Agung muncul kembali dalam perubahan ketiga UUD Tahun 1945 yaitu dengan dimasukkannya Pasal 24C UUD 1945. Pengujian undang-undang yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi yaitu pengujian secara konstusionalitas suatu undang-undang, menguji sejauh mana undang-undang yang bersangkutan bersesuaian atau bertentangan (*tegengesteld*) dengan UUD. *Constitutie is de hoogste wet!* Manakala Mahkamah Konstitusi memandang suatu undang-undang bertentangan dengan UUD maka undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.⁹⁸

⁹⁶ RM. AB. Kusuma dalam Laica Marzuki, *Berjalan-jalan di Ranah Hukum, Pikiran-pikiran Lepas Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H.* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hal. 99

⁹⁷ Laica Marzuki, *Berjalan-jalan di Ranah Hukum, Pikiran-pikiran lepas Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H.* (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006), hal. 100.

⁹⁸ *Ibid.* hal. 101.

Dengan demikian dalam pengujian undang-undang yang menjadi objek peradilan ialah undang-undang yang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Jika undang-undang itu terbukti bertentangan dengan Undang-Undang Dasar maka sebagian materi ataupun keseluruhan undang-undang dapat dinyatakan tidak lagi berlaku mengikat untuk umum. Pemeriksaan pengujian undang-undang dapat dilakukan secara materiil (*materiile toetsing*) maupun secara formil (*formele toetsing*).⁹⁹

Dalam teori tentang pengujian (*toetsing*), dibedakan antara *materiile toetsing* dan *formele toetsing*. Perbedaan tersebut biasanya dikaitkan dengan perbedaan pengertian antara *wet in materiile zin* (undang-undang dalam arti materiil) dan *wet in formele zin* (undang-undang dalam arti formal). Kedua bentuk pengujian tersebut oleh UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dibedakan dengan istilah pembentukan undang-undang dan materi muatan undang-undang.¹⁰⁰ Pengujian atas materi muatan undang-undang adalah pengujian materiil, sedangkan pengujian atas pembentukannya adalah pengujian formil.

Dalam Pasal 51 ayat (3) UU No. 24 Tahun 2003 ditentukan bahwa dalam permohonannya, pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa (a) pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan/atau (b) materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Artinya, objek pengujian atas suatu undang-undang sebagai produk hukum (*by product*) tidak selalu terkait dengan materi undang-undang, melainkan dapat pula terkait dengan proses pembentukan undang-undang itu.¹⁰¹

a. Pengujian materiil

⁹⁹ Jimly Asshiddiqie (VIII), *op.cit.*, hal. 589.

¹⁰⁰ Lihat Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, LN No. 98 Tahun 2003, TLN 4316.

¹⁰¹ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit.*, hal. 57.

Pasal 51 ayat (3) huruf b mengatur tentang uji materiil dengan mana materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945 dapat diminta untuk dinyatakan sebagai tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum. Yang diuji boleh juga hanya ayat, pasal tertentu atau bagian undang-undang saja dengan konsekuensi hanya bagian, ayat dan pasal tertentu saja yang dianggap bertentangan dengan konstitusi dan karenanya dimohon tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum hanya sepanjang mengenai ayat, pasal dan bagian tertentu dari undang-undang yang bersangkutan.¹⁰²

Pasal 51 ayat (4) menyatakan bahwa yang dimaksud dengan Pengujian materiil (*materieele toetsing*) yaitu pengujian atas materi muatan undang-undang apakah materi undang-undang itu bertentangan dengan UUD 1945. Berdasarkan ketentuan Pasal 60 UU Nomor 24 Tahun 2003 dapat disimpulkan bahwa materi muatan yang dapat diuji oleh Mahkamah Konstitusi dapat berupa:

- 1) keseluruhan materi muatan yang tercantum dalam undang-undang;
- 2) pasal atau ayat tertentu; atau
- 3) bagian tertentu undang-undang.

Dengan demikian materi yang termuat dalam Penjelasan Undang-undang, termasuk lampiran yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari undang-undang, merupakan wewenang Mahkamah Konstitusi untuk mengujinya.¹⁰³

Apabila ada pasal atau pasal-pasal tertentu yang dipandang bertentangan dengan konstitusi dan bila pernyataan pasal atau pasal-pasal tertentu itu menyebabkan undang-undang tersebut secara keseluruhan tidak dapat dilaksanakan karenanya maka keseluruhan undang-undang tersebut dapat dinyatakan bertentangan dengan konstitusi dan karenanya juga menjadi tidak

¹⁰² Maruarar Siahaan (1), *op.cit.*, hai. 25.

¹⁰³ Achmad Rostandi, *op.cit.*, hal. 35.

mempunyai kekuatan hukum mengikat. Uraian secara tekstual dari satu pasal tertentu boleh jadi tidak jelas, kabur dan bahkan tidak dapat dipahami. Sehingga untuk memperjelas dibutuhkan tafsiran (interpretasi) yang dikenal dalam ilmu hukum pada umumnya dan hukum tata negara (konstitusi) secara khusus dimana pasal-pasal tersebut tidak dilihat sebagai sesuatu yang berdiri sendiri.¹⁰⁴

b. Pengujian formil

Pengujian secara formal secara singkat disebut dalam Pasal 51 ayat (3) huruf a, yang menyatakan pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa “pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”. Pengujian secara formal akan melakukan pengujian atas dasar kewenangan dalam pembentukan UU dan prosedur yang harus ditempuh dari tahap *drafting* sampai dengan pengumuman dalam Lembaran Negara yang harus menuruti ketentuan yang berlaku untuk itu. Pengujian formal adalah pengujian undang-undang berkenaan dengan bentuk dan pembentukan UUD 1945 yang meliputi pembahasan, pengesahan, pengundangan, dan pemberlakuan.¹⁰⁵

Pada dasarnya pengujian ini berarti melakukan evaluasi atas dasar Pasal 20, 20A, 21 dan 22A UUD 1945. Akan tetapi, prosedur yang rinci dalam pembentukan undang-undang diatur lebih lanjut dalam undang-undang dan peraturan tata tertib DPR maka uji formal tersebut harus menggunakan batu ujian dalam undang-undang dan peraturan tata tertib tersebut yang telah mendapat mandat dari UUD.¹⁰⁶

Secara umum, yang dapat disebut sebagai pengujian formil (*formeelle toetsing*) itu adalah pengujian atas suatu produk hukum, bukan dari segi materinya. Pengertian yang dapat dikembangkan dalam rangka pemahaman

¹⁰⁴ Maruarar Siahaan (I), *op.cit.*, hal. 29.

¹⁰⁵ Mahkamah Konstitusi (a), Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 01/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Pengujian Undang-undang Terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 4.

¹⁰⁶ Maruarar Siahaan (I), *Op.Cit.*, hal. 20.

terhadap konsepsi pengujian formil bersifat sangat kompleks. Secara umum, kriteria yang dapat dipakai untuk menilai konstitusionalitas suatu undang-undang dari segi formalnya (*formele toetsing*) adalah sejauh mana undang-undang itu ditetapkan dalam bentuk yang tepat (*appropriate form*), oleh institusi yang tepat (*appropriate institution*), dan menurut prosedur yang tepat (*appropriate procedure*). Jika dijabarkan, dari ketiga kriteria ini, pengujian formil itu dapat mencakup:¹⁰⁷

- (a) pengujian atas pelaksanaan tata cara atau prosedur pembentukan undang-undang, baik dalam pembahasan maupun dalam pengambilan keputusan atas rancangan suatu undang-undang menjadi undang-undang;
- (b) pengujian atas bentuk, format, atau struktur undang-undang;
- (c) pengujian yang berkenaan dengan keberwenangan lembaga yang mengambil keputusan dalam proses pembentukan undang-undang; dan
- (d) pengujian atas hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil.

Keempat kategori pengujian formil tersebut, dapat disederhanakan menjadi dua kelompok, yaitu pengujian atas proses pembentukan undang-undang, dan pengujian atas hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil.¹⁰⁸

Mengenai prosedur atau tata cara pembentukan suatu undang-undang, pada pokoknya telah diatur dalam UUD 1945. Akan tetapi rincian pengaturan mengenai hal itu, ditentukan lebih lanjut dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.¹⁰⁹ Ukuran yang dipakai untuk menilai pelaksanaan prosedur pembentukan undang-undang itu tentu adalah UUD 1945. Akan tetapi, karena prosedur rinciannya terdapat dalam undang-undang maka sepanjang menyangkut hal-hal yang tidak bertentangan dengan UUD 1945, materi yang diatur dalam Undang-Undang

¹⁰⁷ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit.*, hal. 63.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, UU No. 10 Tahun 2004, LN No. 53 Tahun 2004, LN No. 4389.

terhadap konsepsi pengujian formil bersifat sangat kompleks. Secara umum, kriteria yang dapat dipakai untuk menilai konstitusionalitas suatu undang-undang dari segi formalnya (*formele toetsing*) adalah sejauh mana undang-undang itu ditetapkan dalam bentuk yang tepat (*appropriate form*), oleh institusi yang tepat (*appropriate institution*), dan menurut prosedur yang tepat (*appropriate procedure*). Jika dijabarkan, dari ketiga kriteria ini, pengujian formil itu dapat mencakup:¹⁰⁷

- (a) pengujian atas pelaksanaan tata cara atau prosedur pembentukan undang-undang, baik dalam pembahasan maupun dalam pengambilan keputusan atas rancangan suatu undang-undang menjadi undang-undang;
- (b) pengujian atas bentuk, format, atau struktur undang-undang;
- (c) pengujian yang berkenaan dengan keberwenangan lembaga yang mengambil keputusan dalam proses pembentukan undang-undang; dan
- (d) pengujian atas hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil.

Keempat kategori pengujian formil tersebut, dapat disederhanakan menjadi dua kelompok, yaitu pengujian atas proses pembentukan undang-undang, dan pengujian atas hal-hal lain yang tidak termasuk pengujian materiil.¹⁰⁸

Mengenai prosedur atau tata cara pembentukan suatu undang-undang, pada pokoknya telah diatur dalam UUD 1945. Akan tetapi rincian pengaturan mengenai hal itu, ditentukan lebih lanjut dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.¹⁰⁹ Ukuran yang dipakai untuk menilai pelaksanaan prosedur pembentukan undang-undang itu tentu adalah UUD 1945. Akan tetapi, karena prosedur rinciannya terdapat dalam undang-undang maka sepanjang menyangkut hal-hal yang tidak bertentangan dengan UUD 1945, materi yang diatur dalam Undang-Undang

¹⁰⁷ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit.*, hal. 63.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, UU No. 10 Tahun 2004, LN No. 53 Tahun 2004, LN No. 4389.

No. 10 Tahun 2004 itu juga harus dipandang sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari hukum konstitusi (*constitutional law*).¹¹⁰

Dalam Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005, pengertian pengujian formil diatur dalam Pasal 4 ayat (3)¹¹¹ dengan menyatakan bahwa “*pengujian formil adalah pengujian undang-undang yang berkenaan dengan proses pembentukan undang-undang dan hal-hal yang tidak termasuk pengujian materil*”.

Pemberian wewenang *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi dirasa sangat tepat, dengan alasan:¹¹²

- a. menurut paham konstitusionalisme, di mana undang-undang dasar kedudukannya adalah sebagai bentuk peraturan yang tertinggi, hakim harus memiliki wewenang untuk membatalkan setiap tindakan presiden dan juga setiap undang-undang yang bertentangan dengan undang-undang dasar;
- b. *judicial review* merupakan proses *judicialization of politic* terhadap produk legislatif. Hal ini didasarkan pada asumsi bahwa undang-undang merupakan produk politik yang sering kali lebih mengedepankan kepentingan politik suara mayoritas dan cenderung mengabaikan aspek kebenaran dalam proses pengambilan keputusan. Oleh karenanya, hal tersebut harus dikontrol. Diberikannya wewenang *judicial review* kepada Mahkamah Konstitusi telah mendorong mekanisme *check and balances* dalam penyelenggaraan kekuasaan negara;
- c. berdasarkan hasil amandemen Undang-Undang Dasar 1945, kekuasaan kehakiman di Indonesia menganut sistem bifurkasi (*bifurcation system*) di mana kekuasaan kehakiman terbagi dalam 2 (dua) cabang, yaitu: cabang peradilan biasa (*ordinary court*) yang berpuncak pada Mahkamah Agung dan cabang peradilan konstitusi yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi.

¹¹⁰ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit.*, hal. 64.

¹¹¹ Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 06/PMK/2005, dikeluarkan pada tanggal 27 Juni 2005.

¹¹² Fatkhurohman, *op.cit.*, hal. 26.

2.4. Hukum Acara Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 (*Judicial Review*) di Mahkamah Konstitusi

Pengaturan hukum acara yang dimuat dalam UU MK sangat *sumir*, sehingga terdapat begitu banyak kekosongan. Akan tetapi sejak awal, pembuat undang-undang telah menyadari hal tersebut, baik karena keterbatasan waktu maupun kurangnya sumber acuan yang dapat digunakan sebagai bahan dalam menyusun hukum acara di MK, sehingga pengembangan lebih lanjut aturan hukum acara yang dibutuhkan diserahkan kepada MK untuk mengatur hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya (Pasal 86 UU MK). Penyempurnaan hukum acara tersebut, sebagaimana telah dilaksanakan, melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) maupun dengan yurisprudensi konstitusi, yang akan mencari dasar hukum melalui interpretasi perbandingan dengan hukum acara dan putusan MK negara lain.¹¹³

Sama dengan badan peradilan lainnya, MK juga harus tunduk pada asas-asas peradilan yang baik dalam UU Hukum Acara, UU Kekuasaan Kehakiman dan asas-asas yang juga telah diakui secara universal sebagai berikut:¹¹⁴

a. Persidangan Terbuka untuk Umum

UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman) dalam Pasal 19 menentukan bahwa sidang pengadilan terbuka untuk umum kecuali undang-undang menentukan lain. Hal ini berlaku secara universal dan berlaku di semua lingkungan peradilan.

Pasal 40 ayat (1) UU MK menentukan secara khusus bahwa sidang MK terbuka untuk umum, kecuali Rapat Permusyawaratan Hakim (RPH). Keterbukaan sidang ini merupakan salah satu bentuk *social control* dan juga bentuk akuntabilitas hakim. Transparansi dan akses publik secara luas yang dilakukan MK dengan membuka, bukan hanya sidang tetapi juga proses persidangan yang dapat dilihat atau dibaca melalui transkripsi, berita acara dan

¹¹³ Maruarar Siahaan, *op.cit.*, hal. 5.

¹¹⁴ *Ibid*, hal. 55.

putusan yang dipublikasikan lewat situs internet. Hal ini merupakan langkah jauh yang diambil untuk mengefektifkan kontrol terhadap MK.

b. Independen dan Imparsial

Pasal 2 UU MK menyatakan bahwa MK merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Pasal 33 UU Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim wajib menjaga kemandirian peradilan.

Independensi atau kemandirian tersebut sangat berkaitan erat dengan sikap imparsial atau tidak memihak hakim baik dalam pemeriksaan maupun dalam pengambilan keputusan. Hakim yang tidak independen atau mandiri tidak dapat diharapkan bersikap netral atau imparsial dalam menjalankan tugasnya. Demikian juga satu mahkamah yang tergantung pada badan lain dalam bidang-bidang tertentu dan tidak mampu mengatur dirinya secara mandiri juga akan menyebabkan sikap yang tidak netral dalam menjalankan tugasnya. Independensi dan imparsialitas merupakan konsep yang mengalir dari doktrin *separation of powers* (pemisahan kekuasaan) yang harus dilakukan secara tegas agar cabang-cabang kekuasaan negara tidak saling memengaruhi.

c. Peradilan Dilaksanakan Secara Cepat, Sederhana dan Murah

Pasal 4 ayat (2) UU Kekuasaan Kehakiman menentukan bahwa peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat dan biaya ringan. Penjelasan atas ayat (2) tersebut menyatakan bahwa yang dimaksud dengan sederhana adalah pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan acara yang efisien dan efektif, sedangkan biaya murah adalah biaya perkara yang dapat terpikul oleh rakyat. Keduanya tanpa mengorbankan ketelitian dalam mencari kebenaran dan keadilan.

Biaya perkara yang dibebankan pada pemohon atau termohon tidak dikenal dalam acara MK. Semua biaya yang menyangkut persidangan di MK dibebankan pada biaya negara. Hal ini dapat dipahami karena tindakan-tindakan yang diminta dilakukan oleh badan peradilan seperti di pengadilan

umum, untuk sita dan eksekusi yang merupakan beban terbesar, tidak dikenal di MK.

Panggilan untuk menghadiri persidangan serta salinan putusan yang dimohon pihak pemohon atau termohon disediakan atas biaya MK. Pihak lain yang memerlukan risalah maupun putusan tentu saja dapat men-*download* dari situs internet MK yang dapat diakses setiap saat atau langsung minta *hard copy* ke MK atas biaya sendiri.

d. Hak untuk Didengar Secara Seimbang (*Audi et Alteram Partem*)

Dalam perkara yang diperiksa dan diadili di peradilan biasa, baik penggugat maupun tergugat, atau penuntut umum maupun terdakwa mempunyai hak yang sama untuk didengar keterangannya secara berimbang dan masing-masing pihak mempunyai kesempatan yang sama mengajukan pembuktian untuk mendukung dalil masing masing. Dalam nuansa yang sedikit berbeda, pada pengujian undang-undang maka pemohon dan pemerintah serta DPR maupun pihak yang berkaitan langsung dengan undang-undang yang dimohonkan untuk diuji juga diberi hak yang sama untuk didengar.

Bahkan *stakeholder* lain yang merasa mempunyai kepentingan dengan undang-undang yang diuji tersebut harus didengar jika pihak yang terkait tersebut mengemukakan keinginannya untuk memberi keterangan. Setidaknya memberi keterangan secara tertulis yang wajib dipertimbangkan MK jika keterangan tersebut mengandung nilai yuridis yang dapat membuat jelas permasalahan yang berkaitan dengan prosedur pembuatan undang-undang tersebut maupun muatan materi atau bagian pasal maupun ayat undang undang yang diuji tersebut. Dalam proses perkara, pihak terkait yang tidak secara langsung ikut keterangannya akan dinilai mahkamah sebagai *ad informandum*.

e. Hakim Aktif dan Juga Pasif dalam Proses Persidangan

Pernyataan ini sesungguhnya dapat dilihat paradoksal, karena sikap pasif sekaligus aktif harus dianut hakim. Tetapi adanya karakteristik khusus perkara konstitusi yang kental dengan kepentingan umum ketimbang kepentingan

perorangan telah menyebabkan proses persidangan tidak dapat diserahkan melulu pada inisiatif pihak-pihak. Mekanisme *constitutional control* harus digerakkan pemohon dengan satu permohonan dan dalam hal demikian hakim bersikap pasif dan tidak boleh secara aktif melakukan inisiatif untuk menggerakkan mekanisme MK memeriksa perkara tanpa diajukan dengan satu permohonan. Maka sekali permohonan tersebut didaftar dan mulai diperiksa, disebabkan adanya kepentingan umum yang termuat di dalamnya secara langsung maupun tidak langsung akan memaksa hakim untuk bersikap aktif dalam proses dan tidak menggantungkan proses hanya pada inisiatif pihak-pihak, baik dalam rangka menggali keterangan maupun bukti-bukti yang dianggap perlu untuk membuat jelas dan terang hal yang diajukan dalam permohonan tersebut.

f. "Ius Curia Novit"

Pasal 16 UU Kekuasaan Kehakiman menyebutkan bahwa "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya". Dengan kata lain bahwa pengadilan dianggap mengetahui hukum yang diperlukan untuk menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya sehingga pengadilan tidak boleh menolak perkara karena berpendapat hukumnya tidak jelas.

Hukum acara Mahkamah Konstitusi berdasarkan ketentuan dalam UU MK dapat dibagi menjadi 2 (dua) yaitu hukum acara umum dan hukum acara khusus.

a. Hukum acara umum

Bab V bagian pertama sampai dengan bagian ketujuh mengatur hukum acara secara umum yang berlaku untuk semua jenis perselisihan yang menjadi kewenangan MK. Bagian Pertama dari Bab V ini terdiri atas 22 Pasal yaitu dimulai dari Pasal 28 sampai dengan Pasal 49.

Hukum acara umum ini berisi tentang:

- Pengajuan Permohonan

Permohonan diajukan secara tertulis dalam bahasa Indonesia oleh Pemohon atau kuasanya kepada MK yang ditandatangani oleh pemohon atau kuasanya dalam 12 (dua belas) rangkap (*vide* Pasal 29). Permohonan wajib dibuat dengan uraian yang jelas mengenai:

- a. pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- c. pembubaran partai politik;
- d. perselisihan tentang hasil pemilihan umum; atau
- e. pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap Negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Permohonan sekurang-kurangnya harus memuat:

- a. nama dan alamat pemohon;
- b. uraian mengenai perihal yang menjadi dasar permohonan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 30; dan
- c. hal-hal yang diminta untuk diputus.

Ketentuan tersebut, dielaborasi lebih rinci oleh Pasal 5 PMK No. 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.

Setelah dianggap lengkap, permohonan dapat diajukan pendaftarannya di kepaniteraan Mahkamah Konstitusi sebagaimana mestinya sesuai Pasal 32 UU MK. Pemeriksaan yang dilakukan oleh Panitera hanya bersifat administratif. Karena itu, kewenangan untuk menentukan diregistrasi atau tidak diregistrasinya suatu berkas permohonan perkara yang sepenuhnya

berada di tangan Panitera juga hanya bersifat administratif belaka. Sedangkan hal-hal yang menyangkut aspek substantif sepenuhnya merupakan kewenangan hakim konstitusi untuk menilainya. Apa saja yang termasuk ke dalam pengertian kelengkapan permohonan yang bersifat administratif, telah diuraikan dalam Pasal 29 dan Pasal 31 ayat (1) huruf a dan Pasal 31 ayat (2) Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Jika berkas permohonan dianggap belum lengkap oleh Panitera maka kepada Pemohon diberi kesempatan untuk memperbaiki berkas permohonannya dalam waktu tujuh hari kerja. Hari libur tidak diperhitungkan dalam tenggat waktu dimaksud. Pemberitahuan mengenai keharusan untuk diadakan perbaikan itu dapat disampaikan secara langsung oleh Panitera ketika pemohon atau kuasanya datang mengajukan berkas permohonan di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi atau disampaikan secara tertulis. Dalam hal demikian, petugas Juru Panggil Mahkamah Konstitusi harus memastikan bahwa penyampaian surat pemberitahuan didukung oleh surat tanda-terima yang ditandatangani oleh pemohon atau kuasanya sebagaimana mestinya.

Apabila suatu permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD secara resmi telah diregistrasikan oleh Panitera dengan diberi nomor perkara dalam Buku Register Perkara Konstitusi sebagaimana mestinya, berarti telah resmiah berkas permohonan perkara pengujian undang-undang yang bersangkutan terdaftar sebagai perkara konstitusi di Mahkamah Konstitusi. Setelah pendaftaran atau registrasi dimaksud diselesaikan maka selain pemberitahuan yang berkaitan dengan kelengkapan administrasi permohonan seperti diuraikan di atas, berkas permohonan tersebut juga harus segera diberitahukan kepada pihak-pihak yang berkaitan kepentingan dengan perkara tersebut. Untuk itu, diatur pula bahwa perkara yang telah diregistrasi itu harus ditentukan jadwal sidangya dan diumumkan secara terbuka agar dapat diketahui oleh masyarakat luas.

- Pemeriksaan Perkara

Pada dasarnya pemeriksaan perkara dapat dibagi menjadi dua, yaitu:

a. Pemeriksaan Pendahuluan;

Dalam pemeriksaan pendahuluan, MK mengadakan pemeriksaan kelengkapan dan kejelasan materi permohonan. Pada pemeriksaan ini MK wajib memberikan nasihat kepada Pemohon untuk melengkapi dan/atau memperbaiki permohonan dalam jangka waktu paling lambat 14 (empat belas) hari (*vide* Pasal 39). Diadakan sidang pemeriksaan pendahuluan yang dimaksudkan (i) sebagai kegiatan persidangan tahap-tahap awal atau pendahuluan sejak berdirinya Mahkamah Konstitusi; (ii) sebagai persidangan untuk tujuan mencocokkan berkas perkara yang telah diajukan dengan ketentuan baru berdasarkan UU No. 24 Tahun 2003; dan (iii) sebagai persidangan pendahuluan untuk memeriksa kelengkapan dan kejelasan materi permohonan serta untuk memberikan nasihat yang diperlukan oleh pemohon.

Pemeriksaan pendahuluan itu sebenarnya bertujuan untuk:¹¹⁵

- 1) Memastikan kelengkapan berkas permohonan perkara pengujian undang-undang yang diajukan oleh pemohon sesuai dengan ketentuan UU dan PMK;
- 2) Memastikan kejelasan materi permohonan yang diajukan oleh pemohon, baik posita-nya, amar yang diminta, dan apa saja alat bukti yang sudah dan akan diajukan untuk mendukung dalil-dalil yang diajukan.
- 3) Memastikan bahwa permohonan yang diajukan oleh pemohon memang termasuk kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa dan mengadilinya, termasuk mengenai kejelasan apakah perkara tersebut berkenaan dengan pengujian undang-undang secara materil atau secara formil.
- 4) Memastikan kualitas kedudukan hukum atau *legal standing* pemohon yang mengajukan permohonan memang memenuhi syarat menurut ketentuan undang-undang.

¹¹⁵ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit.*, hal.155.

- 5) Memastikan bahwa permohonan perkara pengujian undang-undang yang diajukan oleh pemohon itu memang sudah sesuai dengan ketentuan UU No. 24 Tahun 2003 dan Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 06/PMK/2005.

b. Pemeriksaan Persidangan.

Selanjutnya pemeriksaan dilakukan dalam Pemeriksaan Persidangan. Sidang MK terbuka untuk umum, kecuali rapat permusyawaratan hakim (*vide* Pasal 40). Pada tahap ini, hakim konstitusi memeriksa permohonan beserta alat bukti yang diajukan. Untuk pemeriksaan ini, hakim konstitusi wajib memanggil para pihak yang berperkara untuk memberi keterangan yang dibutuhkan dan/atau meminta keterangan secara tertulis kepada lembaga Negara yang terkait dengan permohonan. Lembaga Negara tersebut wajib menyampaikan penjelasannya dalam jangka waktu paling lambat 7 (tujuh) hari kerja sejak permintaan hakim konstitusi diterima (*vide* Pasal 41).

Sidang pleno itu dapat memeriksa hal-hal berikut ini:¹¹⁶

- 1) Pemeriksaan kelengkapan permohonan dan kesesuaian permohonan itu dengan ketentuan undang-undang dan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK);
- 2) Pemeriksaan mengenai kejelasan materi permohonan, termasuk mengenai maksud pengujian undang-undang yang diajukan, apakah bersifat materiil atau formil, kejelasan *fundamentum petendi* atau *posita* dan kejelasan *petita* atau *petitum* yang diminta dalam permohonan;
- 3) Pemeriksaan mengenai berbagai aspek yang berkaitan dengan keberwenangan Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa dan mengadili permohonan yang diajukan;
- 4) Pemeriksaan mengenai pemenuhan syarat-syarat kedudukan hukum atau *legal standing* pemohon;

¹¹⁶ *Ibid.*, hal.165.

- 5) Pemeriksaan terhadap keterangan saksi-saksi, keterangan ahli atau para ahli, dan pemeriksaan terhadap alat-alat bukti lainnya, seperti alat bukti surat, dan sebagainya;
- 6) Pemeriksaan terhadap keterangan pihak-pihak yang terkait kepentingannya, sehingga mengajukan permohonan untuk menyampaikan keterangan sebagai *ad-informandum* yang tidak mengikat;
- 7) Pemeriksaan terhadap keterangan Presiden/Pemerintah yang diwakili oleh menteri atau menteri-menteri, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), dan Dewan Perwakilan Daerah (DPD).

- Putusan

Bahwa MK memutus perkara berdasarkan UUD 1945 sesuai dengan alat bukti, minimal 2 (dua) alat bukti, dan keyakinan hakim. Putusan tersebut harus memuat fakta yang terungkap dalam persidangan dan pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan. Putusan diambil secara musyawarah mufakat dalam sidang pleno hakim konstitusi yang dipimpin oleh Ketua sidang. Dalam hal tidak dapat dicapai mufakat bulat, putusan diambil dengan suara terbanyak. Putusan MK memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum.

Setiap putusan MK harus memuat:

- a. kepala putusan berbunyi: “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”;
- b. identitas pihak;
- c. ringkasan permohonan;
- d. pertimbangan terhadap fakta yang terungkap dalam persidangan;
- e. pertimbangan hukum yang menjadi dasar putusan;
- f. amar putusan; dan
- g. hari, tanggal putusan, nama hakim konstitusi, dan panitera.

MK wajib mengirimkan salinan putusan kepada para pihak dalam jangka waktu paling lambat 7 (tujuh) hari kerja sejak putusan diucapkan.

b. Hukum acara khusus

Bagian kedelapan sampai dengan bagian kedua belas dalam Bab V tersebut mengatur hukum acara yang bersifat khusus untuk masing-masing jenis kewenangan diatur secara tersendiri. Pasal 50 sampai dengan Pasal 60 mengatur tentang hukum acara pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Pasal 61 sampai dengan Pasal 67 mengatur tentang hukum acara sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar. Pasal 68 sampai dengan Pasal 73 mengatur tentang hukum acara pembubaran partai politik. Pasal 74 sampai dengan Pasal 79 mengatur tentang hukum acara perselisihan hasil pemilihan umum. Sedangkan Pasal 80 sampai dengan Pasal 85 mengatur tentang hukum acara *impeachment*.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, mengenai hukum acara khusus yang mengatur tentang pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Tahun 1945 (*judicial review*) diatur dalam Pasal 50 s.d. Pasal 60 sebagai berikut.

- Pasal 50 mengatur tentang *objektum litis* yaitu undang-undang yang dapat dijadikan objek dalam perkara *judicial review*. Sebagai catatan bahwa Pasal 50 *a quo* tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat berdasarkan Putusan MK pada tanggal 12 April 2005.
- Pasal 51 mengatur tentang *subjectum litis*, yaitu siapa saja yang berhak untuk mengajukan *judicial review* (kedudukan hukum Pemohon) serta syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam permohonan.

Untuk membuktikan status *legal standing* pemohon, ada 6 (enam) kriteria yang dapat dipakai, yaitu:

- (i) pemohon adalah salah satu dari keempat kelompok subyek hukum yang disebut oleh Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 sebagai mereka yang berhak mengajukan permohonan;

- (ii) bahwa subyek hukum dimaksud memang ternyata mempunyai hak-hak atau kewenangan-kewenangan yang secara eksplisit ataupun implisit ditentukan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- (iii) bahwa hak atau kewenangan konstitusional yang bersangkutan memang telah dirugikan atau dilanggar oleh berlakunya undang-undang atau bagian dari undang-undang yang dipersoalkannya itu;
- (iv) bahwa kerugian hak atau kewenangan yang dimaksud bersifat spesifik, riil, dan nyata (*actual*), atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar (*beyond reasonable doubt*) dapat dipastikan akan terjadi atau timbul;
- (v) bahwa adanya atau timbulnya kerugian dimaksud memang terbukti mempunyai hubungan sebab akibat atau hubungan kausal (*causal verband*) dengan berlakunya undang-undang yang dimaksud;
- (vi) bahwa apabila permohonan yang bersangkutan kelak dikabulkan maka kerugian konstitusional yang bersangkutan memang dapat dipulihkan kembali atau setidaknya tidak akan terjadi lagi dengan dibatalkannya undang-undang yang dimaksud.

Jika keenam kriteria ini tidak dapat dipenuhi secara kumulatif maka yang bersangkutan dapat dipastikan tidak memiliki *legal standing* untuk mengajukan permohonan perkara ke Mahkamah Konstitusi.

- Pasal 52 s.d. Pasal 54 mengatur tentang jangka waktu penyampaian permohonan dan pemberitahuan kepada Mahkamah Agung mengenai adanya perkara pengujian undang-undang serta hak MK untuk meminta keterangan dan/atau risalah rapat yang berkenaan dengan permohonan yang sedang diperiksa kepada MPR, DPR, DPD, dan/atau Presiden.

- Pasal 55 s.d. Pasal 57 mengatur tentang petitum (amar putusan).

Amar Mahkamah Konstitusi terbagi menjadi 3 (tiga) yaitu:

1. Permohonan tidak dapat diterima yaitu dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pemohon dan/atau permohonannya

tidak mematuhi syarat sebagaimana dimaksud dalam (Pasal 50, dan) Pasal 51;

2. Permohonan dikabulkan yaitu dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan beralasan. Dalam hal ini, Mahkamah Konstitusi menyatakan dengan tegas materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau apabila pembentukan undang-undang dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
3. Permohonan ditolak, yaitu dalam hal undang-undang dimaksud tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, baik mengenai pembentukan maupun materinya sebagian atau keseluruhan.

- Pasal 58 mengatur tentang keberlakuan suatu undang-undang sebelum dan setelah adanya Putusan MK.

Perihal didaftarkannya suatu permohonan perkara ataupun keadaan diperiksanya suatu undang-undang dalam perkara pengujian undang-undang melalui persidangan Mahkamah Konstitusi, tidaklah dapat menghentikan daya laku undang-undang yang telah diundangkan dan dinyatakan berlaku mengikat untuk umum. Dengan demikian, undang-undang yang sedang diuji di Mahkamah Konstitusi tetap sah untuk dijadikan dasar penuntutan ataupun dasar gugatan serta dasar bagi pengambilan putusan oleh hakim di pengadilan dalam lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung sampai undang-undang itu dinyatakan tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat.¹¹⁷

- Pasal 59 mengatur tentang penyampaian Putusan kepada Para Pihak; dan

¹¹⁷ *Ibid.*, hal. 314.

- Pasal 60 mengatur tentang tidak dapat dimohonkannya pengujian kembali materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji.



BAB III

KEDUDUKAN KESATUAN MASYARAKAT HUKUM ADAT DALAM KETATANEGARAAN INDONESIA

3.1. Pengertian Hukum Adat

Kamus Besar Bahasa Indonesia memberikan batasan hukum dan adat dalam ragam pengertian sebagai berikut:

Hukum ialah:¹¹⁸

1. peraturan atau adat yang secara resmi dianggap mengikat, yang dikukuhkan oleh penguasa atau pemerintah;
2. undang-undang, peraturan, dsb untuk mengatur pergaulan hidup masyarakat;
3. patokan (kaidah, ketentuan) mengenai peristiwa (alam, dsb) yang tertentu;
4. keputusan (pertimbangan) yang ditetapkan oleh hakim (di pengadilan); vonis;

Sedangkan yang dimaksud dengan adat ialah:¹¹⁹

- a. aturan (perbuatan dan sebagainya) yang lazim diturut atau dilakukan sejak dahulu kala;
- b. cara (kelakuan dan sebagainya) yang sudah menjadi kebiasaan; kebiasaan;
- c. wujud gagasan kebudayaan yang terdiri atas nilai-nilai budaya, norma, hukum, dan aturan yang satu dengan yang lain berkaitan menjadi suatu sistem;
- d. cukai menurut peraturan yang berlaku (di pelabuhan dan sebagainya);

Term adat berasal dari bahasa Arab, yaitu perbuatan yang berulang-ulang atau kebiasaan. Adat diartikan sebagai kebiasaan yang menurut asumsi masyarakat telah terbentuk baik sebelum maupun sesudah adanya masyarakat. Keberadaan adat bukan ditentukan oleh manusia melainkan oleh Tuhan. Misalnya, terlihat dari contoh hirarki adat menurut masyarakat Minangkabau yang terdiri

¹¹⁸ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa*, edisi keempat, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008), hal. 510.

¹¹⁹ *Ibid*, hal. 8

atas: *Pertama*, adat yang sebenarnya adat (*adat nan sabana adat*), yaitu adat yang telah ada, sebagai norma, sebelum terbentuknya masyarakat. Adat ini ditetapkan oleh Tuhan (hukum alam atau Sunatullah) sebagai pedoman bagi manusia untuk bertingkah laku. *Kedua*, adat yang diadatkan (*adat nan diadatkan*), yaitu adat yang dibentuk oleh para nenek moyang sebagai penjabaran atas hukum alam. Adat ini sering pula disebut dengan adat istiadat yaitu asas-asas adat umum yang ditetapkan dan diterapkan oleh para penguasa adat dalam setiap sendi kehidupan masyarakat. Adat ini hanya akan berubah jika terjadi perubahan masyarakat. *Ketiga*, adat yang teradat (*adat nan teradat*), yaitu hasil dari konkretisasi nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Adat pada tingkatan ini memiliki sifat memaksa secara lahir karena telah mendapatkan legitimasinya melalui keputusan-keputusan para penguasa adat yang dibuat secara mufakat (*munvafakat*) sebagai hasil penafsiran atas ketetapan-ketetapan nenek moyang. *Keempat*, adat istiadat yaitu perbuatan-perbuatan masyarakat yang merupakan implementasi dari ketiga tingkatan adat yang ada di atasnya. Adat istiadat ini berupa nilai-nilai yang telah melembaga dalam masyarakat dan dapat dilihat dari setiap perbuatan masyarakat atau anggota-anggota masyarakat.¹²⁰

Hukum adat dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai hukum yang tidak tertulis (berdasarkan adat).¹²¹ Istilah hukum adat merupakan terjemahan dari bahasa Belanda: *adatrecht*¹²². Snouck Hurgronje adalah orang pertama yang memakai istilah *adatrecht* itu¹²³. Istilah *adatrecht* kemudian dikutip dan dipakai selanjutnya oleh van Vollenhoven sebagai istilah teknis-juridis.¹²⁴

¹²⁰ Oetje Salman Soemadhiningrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer, Telaah Kritis terhadap Hukum Adat sebagai Hukum yang Hidup dalam Masyarakat*, (Bandung: P.T. Alumni: 2002), hal. 14.

¹²¹ *Ibid*, hal. 510.

¹²² Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Suatu Pengantar*, cet. ke-11, (Jakarta: Pradnya Paramitha, 2002), hal. 1.

¹²³ C. Snouck Hurgronje dalam Bushar Muhammad, *Ibid*.

¹²⁴ C. van Vollenhoven dalam Bushar Muhammad, *Ibid*.

Senada dengan van Vollenhoven, Hilman Hadikusuma menyebut hukum adat sebagai istilah yang secara teknis ilmiah saja.¹²⁵ Istilah teknis ilmiah sekadar merujuk pada aturan-aturan kebiasaan yang berlaku di kalangan masyarakat yang tidak berbentuk peraturan perundang-undangan formal oleh negara.

Christian Snouck Hugronye, dalam buku *De Aceher's* (orang-orang Aceh), mencantumkan istilah *adatrecht* digunakan untuk penyebutan sistem pengendalian sosial (*social control*) yang bersanksi (disebut hukum adat), sekedar untuk membedakan sistem pengendalian sosial lain yang tidak memiliki sanksi (disebut Adat). Hukum adat pada dasarnya dilaksanakan sebagaimana adanya (*taken for granted*) karena pada dasarnya masyarakat itu diliputi semangat kekeluargaan. Masing-masing individu tunduk dan mengabdikan pada dominasi aturan yang disusun oleh kelompok masyarakat secara keseluruhan.¹²⁶

Menurut Cornelis van Vollenhoven, hukum adat adalah aturan perilaku yang berlaku bagi orang-orang Pribumi dan orang-orang timur asing, yang di satu pihak mempunyai sanksi (sehingga disebut hukum) dan di lain pihak tidak dikodifikasi (sehingga dikatakan adat).¹²⁷ B. Ter Haar Bzn mengemukakan bahwa hukum adat adalah keseluruhan peraturan-peraturan yang menjelma dalam keputusan-keputusan para fungsionaris hukum (dalam arti luas) yang mempunyai kewibawaan (*macht*) serta pengaruh (*involved*) dan dalam pelaksanaannya berlaku dengan serta-merta (spontan) dan dipatuhi dengan sepenuh hati.¹²⁸

Selanjutnya R. Soepomo memberikan pengertian mengenai hukum adat yaitu hukum *nonstatutair* yang sebagian besar adalah hukum kebiasaan dan sebagian kecil adalah hukum Islam. Hukum adat berakar pada kebudayaan tradisional. Hukum adat adalah suatu hukum yang hidup, karena ia menjelmakan

¹²⁵ Hilman Hadikusuma dalam I Gede A.B. Wiranata, *Hukum Adat Indonesia*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005), hal. 4.

¹²⁶ I Gede A.B. Wiranata, *Hukum Adat Indonesia*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005), hal. 9.

¹²⁷ *Ibid*, hal. 10.

¹²⁸ Bushar Muhammad, *op.cit.*, hal. 8.

perasaan hukum yang nyata dari rakyat. Sesuai fitrahnya sendiri, hukum adat terus-menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup itu sendiri.¹²⁹

Senada dengan Cornelis van Vollenhoven dan R. Soepomo, Soekanto berpendapat bahwa hukum adat adalah kompleks adat-adat. Kompleks adat ini kebanyakan tidak dikitabkan, tidak dikodifikasikan, dan bersifat paksaan, mempunyai sanksi sehingga memiliki akibat hukum. Begitu pula dengan J.H.P. Bellefroid yang menyatakan hukum adat sebagai peraturan yang hidup meskipun tidak diundangkan oleh penguasa, tetapi dihormati dan ditaati rakyat dengan keyakinan bahwa peraturan-peraturan tersebut berlaku sebagai hukum.¹³⁰

Selanjutnya Soerjono Soekanto mengemukakan bahwa hukum adat pada hakikatnya merupakan hukum kebiasaan, artinya kebiasaan-kebiasaan yang mempunyai akibat hukum (*sein-sollen*). Berbeda dengan kebiasaan belaka, yang merupakan hukum adat adalah perbuatan-perbuatan yang diulang dalam bentuk yang sama yang menuju pada *rechtsvordigeordering der samenleving*.¹³¹

Dari beberapa pendapat sarjana mengenai pengertian hukum adat, dapat ditarik beberapa ciri hukum adat sebagai berikut:

1. norma tidak tertulis;
2. memiliki sanksi;
3. dihormati dan ditaati oleh masyarakat tertentu;
4. berlaku sebagai hukum;
5. menjelma dari keputusan-keputusan para fungsionaris hukum;

3.2. Pengertian Masyarakat Hukum Adat

Pada dasarnya pengertian mengenai masyarakat hukum adat sendiri masih menuai kontroversi karena belum ada kesepakatan yang jelas mengenai istilah tersebut. Masyarakat sendiri diartikan sebagai sejumlah manusia dalam arti

¹²⁹ Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, (Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2007), hal. 3.

¹³⁰ I Gede A.B. Wiranata, *op.cit.*, hal. 18.

¹³¹ *Ibid.*, hal. 24.

seluas-luasnya dan terikat oleh suatu kebudayaan yang mereka anggap sama.¹³² Namun demikian beberapa ilmuwan hukum adat telah memberikan sedikit gambaran mengenai masyarakat hukum adat, diantaranya pengertian masyarakat hukum adat menurut Ter Haar yaitu:¹³³

”Di seluruh kepulauan Indonesia pada tingkatan rakyat jelata terdapat pergaulan hidup di dalam golongan-golongan yang bertingkah laku sebagai kesatuan terhadap dunia lahir dan batin. Golongan-golongan itu mempunyai tata susunan yang tetap dan kekal dan orang-orang dalam golongan itu masing-masing mengalami kehidupannya dalam golongan sebagai hal yang sewajarnya, hal menurut kodrat alam. Tidak satupun dari mereka yang mempunyai pikiran akan kemungkinan pembubaran golongan itu. Golongan ini mempunyai pengurus sendiri, harta benda sendiri; milik keduniawian, milik gaib. Golongan-golongan demikianlah yang bersifat persekutuan hukum”.

Hazairin mendefinisikan masyarakat hukum adat:

”Masyarakat-masyarakat hukum adat, seperti Desa di Jawa, Marga di Sumatera Selatan, Nagari di Minangkabau, Kuria di Tapanuli, dan Wanua di Sulawesi Selatan adalah kesatuan-kesatuan kemasyarakatan yang mempunyai kelengkapan-kelengkapan untuk sanggup berdiri sendiri, yaitu mempunyai kesatuan hukum, kesatuan penguasa dan kesatuan lingkungan hidup berdasarkan hak bersama atas tanah dan air bagi semua anggotanya”.¹³⁴

Suroyo Wignjodipuro menyebut masyarakat hukum adat sebagai persekutuan:¹³⁵

”...persekutuan hukum itu merupakan kesatuan-kesatuan yang mempunyai tata susunan yang teratur dan kekal serta memiliki pengurus sendiri dan kekayaan sendiri, baik kekayaan materiil maupun kekayaan yang immateriil”.

Secara teoritis sebetulnya pengertian antara masyarakat hukum dan masyarakat hukum adat berbeda. Hal ini ditegaskan oleh Kusumadi Pudjosewojo:

¹³² Kamus Besar Bahasa Indonesia, *op.cit.*, hal. 885.

¹³³ Ter Haar dalam I Gede A.B. Wiranata, *Ibid*, hal. 110.

¹³⁴ Hazairin, dalam Soerjono Soekanto, dalam HAS Natabaya, Makalah, Diskusi Akademik *Masyarakat Hukum Adat Dalam Perspektif Konstitusi*. Medan, 12 Juli 2008.

¹³⁵ Surojo Wignjodipuro, dalam I Gede A.B. Wiranata, *op.cit*, hal. 111.

”Masyarakat hukum adalah suatu masyarakat yang menetapkan, terikat, dan tunduk pada tata hukumnya sendiri. Sedangkan masyarakat hukum adat adalah masyarakat yang timbul secara spontan di wilayah tertentu, yang berdirinya tidak ditetapkan atau diperintahkan oleh penguasa yang lebih tinggi atau penguasa-penguasa lainnya, dengan rasa solidaritas yang sangat besar diantara para anggotanya, yang memandang bukan anggota masyarakat sebagai anggota luar dan menggunakan wilayahnya sebagai sumber kekayaan yang hanya dapat dimanfaatkan sepenuhnya oleh anggotanya”.¹³⁶

Menurut van Vollenhoven di wilayah nusantara terdapat sembilan belas lingkungan hukum adat (*adat rechtskring*) yaitu:¹³⁷

- I. Aceh
- II. Tanah Gayo – Alas dan Batak beserta Nias
- III. Daerah Minangkabau beserta Mentawai
- IV. Sumatera Selatan
- V. Daerah Melayu
- VI. Bangka dan Belitung
- VII. Kalimantan (Tanah Dayak)
- VIII. Minahasa
- IX. Gorontalo
- X. Daerah Toraja
- XI. Sulawesi Selatan
- XII. Kepulauan Ternate
- XIII. Maluku, Ambon
- XIV. Irian
- XV. Kepulauan Timor
- XVI. Bali dan Lombok (beserta Sumbawa Barat)

¹³⁶ Kusumadi Pudjosewojo dalam I Gede A.B. Wiranata, *Ibid.*, hal. 111.

¹³⁷ Soepomo, *op.cit.*, hal. 60.

XVII. Jawa Tengah dan Timur (beserta Madura)

XVIII. Daerah-daerah Swapraja (Surakarta dan Yogyakarta)

XIX. Jawa Barat

Tiap-tiap lingkaran hukum tersebut dapat dibagi-bagi dalam kukuban-kukuban hukum¹³⁸ (*rechtsgouw*), misalnya Jawa Barat dapat dibagi dalam kukuban hukum Jakarta Raya, kukuban hukum Banten, kukuban hukum Priangan, dan kukuban hukum Cirebon. Antara kukuban hukum satu dan yang lainnya terdapat perbedaan corak hukum adat, tetapi perbedaan itu tidak begitu besar jika dibandingkan dengan perbedaan antara lingkaran hukum satu dan yang lainnya.

B. Surianingrat dalam penelitiannya, menyusun daftar nama-nama masyarakat hukum adat beserta nama penguasanya sebagai berikut:¹³⁹

Gambar 1
Daftar Nama-Nama Masyarakat Hukum Adat

No.	Provinsi/Daerah	Nama Kesatuan Masyarakat menurut bahasa setempat	Nama Jabatan Kepala Kesatuan Masyarakat Menurut Bahasa Setempat
1.	Aceh	Kampung-Mukim, Gampong, Jurang, Kute	Kepala Kampung, Kenuk Perjalu, Kepala Kuria, Kepala Huta
2.	Sumut a. Sumatera Timur b. Tapanuli	Marga, Kuria, Kampung (Lorong/Wek), Huta Negeri	Kepala Nagari
3.	Sumatera Barat	Nagari	Wali Nagari
4.	Riau	Kampung, Dusun	Kepala Kampung, Penghulu, Bau

¹³⁸ Prof. van Dijk, dalam Soepomo, *op.cit.*, hal. 61.

¹³⁹ B. Surianingrat, dalam Soerjono Soekanto, dalam Laica Marzuki, *Makalah Perlindungan Masyarakat Hukum Adat dalam Konstitusi*, tanpa tahun.

5.	Sumatera Selatan	Marga	Pasirah/Kepala Marga/Kerio
6.	Jambi	Marga, Kemedapaan, Dusun	Kepala Marga/Pasirah/Depatirio Lurah, Ngebi
7.	DKI Jakarta Raya	Kelurahan, Wijk	Kepala Kelurahan, Wijk Meester
8.	Jawa Barat	Desa Kampung	Kepala Desa, Lurah, Tua Kampung
9.	Jawa Tengah	Desa, Dukuh	Kepala Desa, Lurah
10.	Yogyakarta	Desa	Kepala Desa
11.	Jawa Timur	Desa, Kampung, Dukuh	Kepala Desa, Kamituwa
12.	Kalimantan Barat	Kampung	Kepala Kampung
13.	Kalimantan Tengah	Kampung, Kademangan	Kepala Kampung, Pembabal, Pangrek
14.	Kalimantan Selatan	Kampung, Kademangan	Kepala Kampung, Pembabal, Demang
15.	Kalimantan Timur	Kampung	Kepala Kampung, Petinggi, Demang
16.	Sulawesi Utara	Desa, Kampung	Kepala Desa, Hukum Tua, Malukan Kepala Jaga
17.	Sulawesi Tengah	Kampung, Woma	Kepala Kampung, bokee, Mokole
18.	Sulawesi Tenggara	Desa	Kepala Desa
19.	Sulawesi Selatan	Gabungan Kampung, Desa Gaya Baru, Bua	Kepala Desa Gaya Baru (berdasarkan laporan Daerah Semester I Tahun 1965)
20.	Bali	Desa, Perbekel, Banjar	Kepala Desa,

			Perbekel, Bendesa/Perbekel, Klian Banjar
21.	Nusa Tenggara Barat	Desa	Kepala Desa
22.	Nusa Tenggara Timur	Desa Gaya Baru	Kepala Desa Gaya Baru (surata Gubernur NTT tanggal 18-3-1969 No. DD 20/2/24-agenda Departemen Desa 1/6/36)
23.	Maluku a. Maluku Tengah dan Tenggara b. Maluku Utara	Gam Negeri Kampung	a. Kimata, Mahing b. Raja Soa Pemerintah Negeri Kepala Kampung
24.	Irian Barat	Kampung, Karet	Kepala Kampung, Korano

Di seluruh kepulauan Indonesia pada tingkatan rakyat jelata, terdapat pergaulan hidup di dalam golongan-golongan yang bertingkah laku sebagai kesatuan terhadap dunia luar, lahir dan batin. Golongan-golongan itu mempunyai tata susunan yang tetap dan kekal, dan orang-orang segolongan itu masing-masing mengalami kehidupannya dalam golongan sebagai hal yang sewajarnya, hal menurut kodrat alam. Tidak ada seorangpun dari mereka yang mempunyai pikiran akan kemungkinan pembubaran golongan itu. Golongan manusia tersebut mempunyai pula pengurus sendiri dan mempunyai harta benda, milik keduniaan dan milik gaib. Golongan-golongan demikianlah yang bersifat persekutuan hukum.¹⁴⁰

Persekutuan-persekutuan hukum di Indonesia dapat dibagi atas dua golongan menurut dasar susunannya.¹⁴¹

¹⁴⁰ Ter Haar, dalam Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, (Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2007), hal. 50.

¹⁴¹ Soepomo, *op.cit.*, hal. 51.

1. Yang berdasar pertalian suatu keturunan (*genealogi*)

Yaitu apabila soal apakah seseorang menjadi anggota persekutuan itu, tergantung dari pertanyaan, apakah orang itu masuk suatu keturunan yang sama. Dalam hal ini adalah tiga macam dasar pertalian keturunan, yaitu:

- a. Pertalian darah menurut garis bapak (*patrilineal*);
- b. Pertalian darah menurut garis ibu (*matrilineal*);
- c. Pertalian darah menurut garis ibu dan menurut garis bapak (*tata susunan parental*);

2. Yang berdasar lingkungan daerah (*teritorial*)

Persekutuan hukum adalah berdasar lingkungan, apabila keanggotaan seseorang dari persekutuan itu tergantung dari soal apakah ia bertempat tinggal di dalam lingkungan daerah persekutuan itu atau tidak. Orang-orang yang bersama bertempat tinggal di suatu desa atau di suatu marga merupakan satu golongan yang mempunyai tata susunan ke dalam dan bertindak sebagai kesatuan terhadap dunia luar.

Selain itu, ada pula tata susunan rakyat yang berdasar pada kedua faktor, faktor *genealogi* dan faktor *teritorial*, yaitu untuk keanggotaan persekutuan hukum, orang harus memenuhi dua syarat:¹⁴²

1. ia harus termasuk dalam suatu kesatuan *genealogi*; dan
2. ia harus bertempat tinggal di dalam daerah persekutuan hukum.

Masyarakat *genealogis teritorial* adalah bentuk penggabungan antara struktur masyarakat hukum *genealogis* dan masyarakat hukum *teritorial*.¹⁴³ Pada kenyataannya tidak ada satupun bentuk masyarakat hukum yang terpisah secara tegas. Tidak ada kehidupan manusia yang terpisah sama sekali dengan tempat tinggal. Bahkan dapat dikatakan struktur kesatuan masyarakat hukum

¹⁴² *Ibid*, hal 54.

¹⁴³ I Gede A.B. Wiranata, *op.cit.*, hal. 114.

genealogis teritorial merupakan akibat dari perkembangan pada masyarakat modern.

Persekutuan hukum yang berdasar lingkungan daerah dapat dibagi dalam tiga jenis:¹⁴⁴

a. Persekutuan desa (*dorp*);

Ialah segolongan orang terikat pada suatu tempat kediaman. Hal ini disebutkan juga, apabila termasuk di dalam teratak-teratak atau dukuh-dukuh yang terpencil, yang tidak berdiri sendiri, sedang para pejabat pemerintah desa boleh dikatakan semuanya bertempat tinggal di dalam pusat kediaman itu.

b. Persekutuan daerah (*streek*);

Ialah apabila di dalam suatu daerah yang tertentu terletak beberapa desa (*dorp*) yang masing-masing mempunyai tata susunan dan pengurus yang sejenis, masing-masing boleh dikatakan hidup berdiri sendiri, akan tetapi semuanya merupakan bagian bawahan dari daerah, mempunyai harta benda dan menguasai hutan dan rimba di antara atau di sekeliling tanah-tanah yang ditanami dan tanah-tanah yang ditinggalkan oleh penduduknya.

c. Perserikatan dari beberapa desa

Ialah apabila beberapa badan persekutuan kampung yang terletak berdekatan satu dengan yang lain, mengadakan persetujuan untuk memelihara kepentingan-kepentingan bersama misalnya akan mengadakan perairan, mengurus perkara atau mengadakan perikatan, oleh karena para pembuka dari kampung-kampung itu berketurunan dari satu nenek moyang.

F. D. Holleman dalam bukunya *De commune Trek in het Indonesische Rechtleven* mengonstruksikan empat sifat umum masyarakat hukum adat, yaitu

¹⁴⁴ Soepomo, *op cit.*, hal. 52

magis religius, komunal, konkret, dan kontan.¹⁴⁵ Empat sifat umum tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut:¹⁴⁶

- a. Magis religius ialah suatu pola pikir yang didasarkan pada religiusitas, yakni keyakinan masyarakat tentang adanya sesuatu yang bersifat sakral. Sebelum masyarakat hukum adat bersentuhan dengan sistem hukum agama, religiusitas ini diwujudkan dalam cara berpikir yang prelogika, animistis, dan kepercayaan pada alam gaib yang menghuni suatu benda.
- b. Komunal diartikan bahwa masyarakat hukum adat memiliki asumsi bahwa setiap individu, anggota masyarakat merupakan bagian integral dari masyarakat secara keseluruhan. Diyakini pula bahwa setiap kepentingan individu sewajarnya disesuaikan dengan kepentingan-kepentingan masyarakat karena tidak ada individu yang terlepas dari masyarakatnya. Perwujudan sifat komunal dalam kehidupan bermasyarakat ini dapat dilihat dalam kegiatan-kegiatan rapat desa yaitu suatu majelis yang tersusun atas berbagai golongan penduduk yang berhak hadir dan memberi suara.
- c. Konkret yaitu corak yang serba jelas atau nyata, menunjukkan bahwa setiap hubungan hukum yang terjadi dalam masyarakat tidak dilakukan secara diam-diam atau samar.
- d. Kontan (*Kontante Handeling*) yaitu sifat yang mengandung arti sebagai kesertamertaan, terutama dalam hal pemenuhan prestasi. Bahwa setiap pemenuhan prestasi selalu diiringi dengan kontra prestasi yang diberikan secara serta merta (seketika).

Dalam lokakarya nasional Inventarisasi dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat di Jakarta tanggal 14-15 Juni 2005 disimpulkan bahwa perumusan

¹⁴⁵ *Ibid*, hal. 58.

¹⁴⁶ Ojje Salman Soemadhiningrat, *op.cit.*, hal. 29.

baku mengenai masyarakat hukum adat dapat dipergunakan syarat-syarat yang lazim dikenal dalam hukum adat, yaitu:¹⁴⁷

1. memiliki nilai-nilai adat sebagai pengatur sikap dan perilaku serta pengatur hak dan kewajiban anggota masyarakat/komunitasnya;
2. memiliki lembaga adat sebagai lembaga pranata/symbol afiliasi sosial oleh segenap anggota komunitasnya, dengan kejelasan struktur/hirarki para pemangku adatnya;
3. memiliki pemimpin adat serta jajaran pemangku adat, dengan kedudukan dan peran yang jelas dalam stratifikasi sosial pada komunitas tersebut, dengan peran utama melaksanakan dan melestarikan nilai-nilai adat dalam kehidupan sehari-hari, dengan salah satu fungsi utama mencegah kemungkinan pelanggaran norma adat oleh anggota komunitasnya, dan bila hal ini terjadi maka diberikan sanksi sesuai norma adat yang berlaku;
4. memiliki anggota masyarakat yang menghormati, mematuhi, dan melestarikan nilai-nilai adat dalam kehidupan sehari-hari;
5. memiliki batas-batas yurisdiksi teritorial sebagai satuan wilayah berlakunya nilai-nilai adat komunitas tersebut;
6. khusus bagi masyarakat pengembara/nomadik yang tidak mengacu pada batas yurisdiksi teritorial, unsur ke (5) ini tidak menjadi mutlak sifatnya.

Dari beberapa definisi tersebut, dapat diketahui bahwa ciri-ciri masyarakat hukum adat sebagai berikut:

1. ada sekelompok orang yang hidup bersama yang dipertautkan oleh pertalian darah (satu keturunan);
2. berdiam di wilayah yang sama;
3. dipimpin oleh seseorang atau beberapa orang yang berasal dari mereka sendiri (umumnya dipilih);

¹⁴⁷ Ignas Tri, Hilmy Rosyida dan Budi Latif. ed. *Mewujudkan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat, Himpunan Dokumen Peringatan Hari Internasional Masyarakat Hukum Adat Sedunia, 9 Agustus 2006*, (Jakarta: Komisi Hak Asasi Manusia, 2006), hal. 38.

4. memiliki harta bersama [materiil (harta bergerak dan harta tidak bergerak) dan immateriil (upacara adat, lambang-lambang, bahasa, lembaga-lembaga adat, dll)];
5. memiliki aturan bersama untuk memelihara harta bersama;

3.3. Posisi Konstitusional Masyarakat Hukum Adat Beserta Hukum Adatnya di Indonesia

Posisi konstitusional masyarakat hukum adat sekaligus hukum adatnya mengalami perkembangan sejalan dengan perkembangan bangsa Indonesia. Berikut ini perkembangan hukum adat di Indonesia yang dapat dibagi menjadi tiga kurun waktu sebagai berikut.

a. Masa Sebelum Tahun 1945

Masyarakat hukum adat di kepulauan Indonesia mempunyai latar belakang sejarah serta kebudayaan yang sudah amat tua, jauh lebih tua dari terbentuknya kerajaan ataupun negara. Secara historis, warga masyarakat hukum adat di Indonesia-serta etnik yang melingkupinya- sesungguhnya merupakan migran dari kawasan lainnya di Asia Tenggara. Secara kultural mereka termasuk dalam kawasan budaya *Austronesia*, yaitu budaya petani sawah, dengan tatanan masyarakat serta hak kepemilikan yang ditata secara kolektif, khususnya hak kepemilikan atas tanah ulayat. Masing-masing masyarakat hukum adat mulanya mempunyai agama sukunya sendiri, yang kemudian berakulturasi dengan agama-agama dunia yang datang dari luar. Dalam kehidupan politik, beberapa etnik berhasil mendominasi etnik lain beserta wilayahnya, dan membentuk kerajaan-kerajaan tradisional, baik yang berukuran lokal maupun berukuran regional.¹⁴⁸

Masa ini dibagi menjadi dua yaitu zaman *Proto Malaio* (Melayu Tua) dan *Deutoro Malaio* (Melayu Muda), serta zaman kerajaan besar nusantara.¹⁴⁹ Pada zaman *Proto Malaio*, kalangan Melayu Tua masih pada pemahaman

¹⁴⁸ Saafroedin Bahar, *Inventarisasi dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat*, (Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2005), hal. 76.

¹⁴⁹ I Gede A.B. Wiranata, *op.cit.*, hal. 24.

”zat kesaktian” seputar kehidupan dan jiwa yang bersifat gaib. Pada zaman ini, kehidupan masyarakat berjalan mengikuti adat istiadat yang dipengaruhi oleh alam serba sakti. Sebagai dasar kepercayaan tatanan perilaku, ia tidak terletak pada alam kenyataan yang dapat dicapai dengan pancaindera, namun semata-mata hanya melalui anggapan.

Dengan demikian, segala sesuatunya bersumber pada pusat kesaktian, rasa magi, dan animisme. Kepercayaan animisme yang bersifat ”fetisime” menganggap bahwa segala yang ada di alam semesta ini serba berjiwa bahkan kekuatan jiwanya melebihi kekuatan manusia normal, sedangkan yang bersifat ”spiritisme” menganggap bahwa roh-roh leluhur itu selalu ada dan menyertai di sekeliling alam semesta.

Selanjutnya pada zaman kerajaan besar nusantara, kerajaan besar yang banyak mewarnai perkembangan kemasyarakatan di nusantara ialah Sriwijaya. Kerajaan ini hidup sekitar tiga abad lamanya diawali dengan berkembangnya ajaran agama Hindu dan Budha. Di wilayah Kotapraja pengaruh dua agama tersebut berkembang secara maksimal, tetapi di daerah pedalaman tampaknya masih bertahan kebiasaan dan tradisi hukum adat yang tradisional, yaitu Malaiu Polonesia.¹⁵⁰

Runtuhnya kerajaan Sriwijaya diikuti oleh perkembangan kerajaan besar lainnya, yaitu Mataram. Selanjutnya pada zaman Majapahit, terjadi penataan konsep politik dan peningkatan rasa keamanan. Jatuhnya pemerintahan Majapahit diawali dengan masuk dan tersebarnya pengaruh Islam di tanah Jawa. Pengaruh ini mendominasi perkembangan hukum adat dalam lingkup kerajaan. Peranan pemuka agama (Islam) menonjol dengan dibetuknya peradilan ”Qisas” yang memberikan pertimbangan bagi Sultan untuk memutus perkara. Sementara di luar wilayah kerajaan (pedalaman) masih berlangsung sistem peradilan ”Padu”, yaitu penyelesaian perselisihan antara perseorangan oleh peradilan keluarga (peradilan desa) secara damai. Apabila

¹⁵⁰ *Ibid*, hal. 26.

menyangkut kepentingan umum, kasusnya dapat dilimpahkan kepada raja di kotaraja.¹⁵¹

b. Masa Kolonial

Ketika Portugis menduduki Spanyol tahun 1580, praktis jalur perolehan rempah-rempah Belanda terputus total. Akibatnya, Belanda terpaksa harus berusaha menemukan jalur distribusi baru guna mencari pasokan rempah-rempah. Tahun 1589, satu armada Belanda berlabuh di pelabuhan Banten. Mulailah dilakukan inventarisasi terhadap daerah-daerah penghasil rempah-rempah dan hasil bumi lainnya. Armada-armada Belanda mulai didatangkan dengan tujuan semata-mata untuk berdagang diawali dengan pembentukan VOC tahun 1602 atas anjuran van Oldenbarneveldt. Sejak semula kehadiran VOC menjadi perdebatan karena statusnya sebagai lembaga dagang, namun memiliki hak istimewa dalam lapangan politik, pemerintahan, dan kewenangan militer. Dalam perkembangannya juga memiliki peranan yang berlebihan termasuk mencampuri tatanan penerapan hukum di wilayah Hindia-Belanda.¹⁵²

Dengan demikian, VOC bermuka dua, yaitu:¹⁵³

1. Pengusaha, khususnya pedagang;
2. Badan Pemerintah dengan hak mengatur susunan rumah tangga beserta pengurusnya sendiri. Sifat pertama itulah yang terutama menentukan sikap VOC terhadap hukum adat.

Menurut Daendels dalam hal penghukuman, hukum adat memiliki kelemahan. Oleh karena itu gubernur jenderal berhak mengubah sistem

¹⁵¹ *Ibid*, hal. 28.

¹⁵² *Ibid*, hal. 31.

¹⁵³ Iman Sudiyat, *Asas-Asas Hukum Adat, Bekal Pengantar*, (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 2000), hal. 76.

penghukuman menurut hukum pidana terhadap masyarakat adat kedalam hukum pidana Eropa apabila:¹⁵⁴

- a. Perbuatan pidana yang dilakukan berakibat mengganggu kepentingan dan ketertiban umum.
- b. Perbuatan pidana yang dilakukan bila dituntut berdasar atas hukum pidana adat dapat mengakibatkan si pelaku dinyatakan bebas dari hukuman.
- c. Perbuatan pidana yang dituntut tidak cukup bukti sehingga dikhawatirkan si pelaku dapat dibebaskan.

Pemerintah Belanda akhirnya digantikan oleh Inggris (1811-1816). Ketika Raffles menjadi Gubernur Jenderal, hal yang menonjol dilakukannya adalah memberikan keleluasaan terhadap berlakunya ketentuan hukum adat dalam lapangan hukum dan pengadilan pada umumnya. Namun demikian, Raffles memberikan suatu pembatasan asalkan ketentuan hukum adat tidak bertentangan dengan *the universal and act knowledge principles of natural justice* atau *the acknowledge principle of substantial justice*. Menurut Raffles hukum adat itu belum sederajat dengan hukum Eropa, tetapi ia tetap baik diperlakukan terhadap orang Pribumi dan tidak patut untuk orang Eropa.¹⁵⁵ Raffles mengadakan banyak perubahan dalam susunan badan-badan pengadilan; tetapi hukum materilnya hampir-hampir tidak diubahnya. Dalam perkara-perkara antar-orang Indonesia pada umumnya diberlakukan hukum adat, dengan syarat: tidak boleh bertentangan dengan "prinsip-prinsip keadilan kodrat yang universal dan diakui" atau dengan "prinsip-prinsip keadilan hakiki yang diakui". Pada masa ini, hukum adat dipandang lebih rendah derajatnya daripada hukum Barat. Hukum Adat hanya dipandang baik untuk golongan rakyat Indonesia, tetapi tidak patut diberlakukan atas orang Eropa.¹⁵⁶

¹⁵⁴ I Gede A.B. Wiranata, *op.cit.*, hal. 33.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Iman Sudiyat, *op.cit.*, hal. 82.

Titik terang politik hukum adat baru tampak pada pemerintahan Belanda tahun 1848 ketika dimulainya pengodifikasian sejumlah peraturan hukum melalui panitia Scholten. Panitia atau Komisi Scholten bertugas membuat rencana yang diperlukan agar perundang-undangan Nederland yang baru dapat diterapkan di Hindia Belanda dan mengajukan usul-usul yang sesuai dengan pelaksanaan tugas tersebut¹⁵⁷, diantaranya:¹⁵⁸

- a. *Aglemeene Bepalingen van Wetgeving voor Nederlands Indie* (AB) atau ketentuan umum tentang Peraturan Perundangan di Hindia Belanda;
- b. *Burgerlijk Wetboek* (BW) atau Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP);
- c. *Wetboek van Koophandel* (WvK) atau Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD);
- d. *Reglement op de Rechterlijk Organisatie en beleid de Jstitie* (RO) atau peraturan susuna pengadilan dan kebijaksanaan *justitie*;
- e. Beberapa ketentuan tentang kejahatan yang dilakukan dalam membayar, juga dalam hal *surseansi* pembayaran.

Karena keragaman keberlakuan hukum khususnya yang berlaku bagi golongan Eropa, Pribumi, dan Timur Asing maka dalam lapangan hukum pidana dan tindak pelanggaran dibuat unifikasi (yaitu keberlakuan hukum yang seragam bagi seluruh warga negara dan rakyat). Tampak bahwa usaha-usaha yang dilakukan mengedepankan pola kodifikasi. Hukum adat sama sekali tidak tersangkut dalam usaha panitia-panitia yang dibentuk pada masa Hindia Belanda. Mengenai hukum adat, yang dijadikan rujukan adalah pasal 11 AB sebagai berikut:

”kecuali dalam hal-hal ”orang Pribumi atau orang-orang yang disamakan dengan mereka (orang Timur Asing) dengan sukarela menaati peraturan-peraturan hukum perdata dan hukum dagang Eropa, atau dalam hal-hal

¹⁵⁷ *Ibid.*, hal. 85.

¹⁵⁸ I Gede A.B. Wiranata, *op.cit.*, hal. 34.

bahwa bagi mereka berlaku peraturan perundangan semacam itu atau peraturan perundangan lain maka hukum yang berlaku dan yang diperlakukan oleh hakim Pribumi oleh mereka itu adalah *godsdienstige wetten, volkintellingen en gebruiken* asal saja tidak bertentangan dengan asas-asas keadilan yang diakui umum”.

Bila dicermati dalam ketentuan pasal 11 AB termuat pengakuan berlakunya hukum adat bagi golongan hukum bukan Eropa, kecuali:¹⁵⁹

- a. sukarela menaati peraturan-peraturan perdata dan hukum dagang yang berlaku bagi golongan hukum Eropa.
- b. kebutuhan hukum mereka memerlukannya, tunduk pada hukum perdata dan hukum dagang bagi golongan hukum Eropa.
- c. kebutuhan hukum mereka memerlukannya, tunduk kepada hukum lain akibat rumusan yang ditetapkan dalam ketentuan pasal AB tersebut adalah:

- a. Asas Konkordansi

Asas kebersamaan keberlakuan aturan hukum, khususnya bagi golongan Eropa, yakni berlaku hukum perdata barat sebagaimana yang berlaku di Belanda.

- b. Asas Dualisme

Asas yang memberlakukan hukum perdata barat atas dasar ketaatan secara sukarela dan kemungkinan berlakunya hukum perdata adat yang berupa aturan keagamaan, kelembagaan rakyat, dan kebiasaan mereka.

Silang pendapat penetapan asas kodifikasi dan unifikasi memunculkan perumusan Pasal 75 RR yang kemudian disempurnakan menjadi Pasal 131 IS berlaku sejak 1 Januari 1926:¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Ibid.*, hal. 36.

¹⁶⁰ *Ibid.*

”Dalam mengadakan ordonansi-ordonansi yang memuat hukum perdata dan dagang pembuat ordonansi akan memperhatikan sebagai berikut:

- a. Bagi golongan Eropa berlaku hukum yang sama.
- b. Bagi golongan Pribumi, golongan Timur Asing dan bagian-bagian dari padanya berlaku peraturan-peraturan hukum yang didasarkan atas agama-agama dan kebiasaan mereka; namun dapat dikecualikan terhadap peraturan-peraturan tersebut dalam hal kepentingan umum atau kebutuhan sosial mereka memerlukan kekecualian itu. Dalam hal kebutuhan sosial mereka memerlukan maka ditetapkan bagi mereka hukum Eropa, jika perlu diadakan perubahan, maupun hukum yang berlaku bagi mereka dan golongan Eropa bersama-sama.”

Menurut rumusan *Wet op de Staats Inrichting van Nederlands Indie* disingkat *Indische Staatsregeling* (IS) Pasal 131 ayat (2) (b) tidak dirumuskan secara tegas mengenai hukum adat. Namun, dinyatakan sebagai berikut:

”Dalam mengadakan ordonansi-ordonansi yang memuat hukum perdata dan dagang pembuat ordonansi akan memperhatikan bahwa:

1.
2. Bagi golongan orang Indonesia (asli), golongan Timur Asing dan bagian-bagiannya, berlaku peraturan hukum yang didasarkan atas agama-agama (*godsdiestige wetten*) dan kebiasaan mereka (*gewoonten samenhangende rechtsregelen*); tetapi terhadap peraturan-peraturan tersebut dapat dikecualikan apabila kepentingan umum atau keperluan sosial mereka memerlukan pengecualian itu. Jika kebutuhan sosial mereka memerlukan maka dapat ditetapkan bagi mereka hukum Eropa – jika perlu dengan perubahan – ataupun hukum yang berlaku bagi mereka dan golongan orang Eropa bersama-sama”.

Dipergunakannya istilah undang-undang agama, hukum kebiasaan, dan lembaga-lembaga rakyat dalam berbagai peraturan di atas oleh karena pada masa itu sedang berkembang ajaran/teori *Receptio in Complexu* atau ”penerimaan secara bulat” yang dikemukakan oleh Mr. L.W.C van der Berg dan Salmon Keyzer tahun 1895. Secara garis besar menurut ajaran *receptio in complexu* dinyatakan bahwa hukum suatu masyarakat/golongan adalah resepsi atau identik dengan hukum adat yang dianut.

Jadi, hukum adat sesuatu golongan masyarakat adalah hasil penerimaan bulat dari hukum agama yang dianut oleh golongan masyarakat itu. Hukumnya orang Islam adalah agama Islam dan sebagainya, sejauh tidak dibuktikan lain.

Reglement of het beleid der Regering van Nederland Indie disingkat *Regerings Reglement* (RR) dalam terjemahannya berarti ”Peraturan tentang

Kebijakan Pemerintahan di Hindia Belanda”, dapat disamakan dengan sebuah undang-undang dasar. Terdapat banyak *Regerings Reglement* yang dibuat pada masa Hindia Belanda. Namun, yang memiliki kaitan erat dengan eksistensi hukum adat adalah RR 1854 Pasal 75 (lama). Pencantuman kriteria ”lama” oleh karena RR ini kemudian pernah diubah. Meski demikian, Pasal 75 RR 1854 ini tidak merumuskan mengenai hukum adat, namun dinyatakan sebagai berikut:

- a. Sepanjang mengenai golongan Eropa, pemberian keadilan dalam bidang keperdataan, begitu juga dalam bidang hukum pidana didasarkan kepada *verordening-verordening* umum yang sejauh mungkin bersamaan bunyinya dengan undang-undang, yang berlaku di negeri Belanda;
- b. Gubernur Jenderal berhak untuk menyatakan berlaku aturan-aturan yang dipandang pantas, dari *verordening-verordening* tersebut bagi golongan Indonesia ataupun bagi bagian-bagian dari golongan itu; kalau perlu, aturan-aturan tersebut boleh diubah;
- c. Kecuali dalam hal-hal Gubernur Jenderal telah menerangkan berlaku bagi golongan orang Indonesia peraturan-peraturan hukum Eropa atau dalam hal-hal orang Indonesia dengan sukarela menaati hukum perdata dan dagang yang berlaku bagi golongan orang Eropa maka hakim Indonesia menjalankan bagi mereka undang-undang agama, lembaga-lembaga golongan Indonesia, sepanjang hal-hal tersebut tidak bertentangan dengan asas-asas yang diakui umum tentang kepatutan dan keadilan;
- d. ... dan seterusnya;
- e. ... dan seterusnya;
- f. Dalam memberikan keadilan kepada golongan Indonesia para hakim mengambil asas-asas umum dan hukum perdata Eropa sebagai pedoman, manakala mereka harus memutus perkara, yang tidak diatur dalam undang-undang agama, lembaga-lembaga dan adat kebiasaan Indonesia tersebut di atas.

Segera setelah pulau Jawa diduduki dan dikuasai sepenuhnya oleh Bala Tentara Jepang maka dikeluarkanlah Undang-Undang Bala Tentara Jepang Tanggal 8 Maret 1942 Nomor 1. Peraturan ini menentukan bahwa buat sementara segala undang-undang dan peraturan-peraturan dari Pemerintah Hindia Belanda dahulu terus berlaku, asal tidak bertentangan dengan peraturan Bala Tentara Jepang.

Dengan demikian, peraturan ini menjadi dasar keberlakuan seluruh tantangan hukum yang pernah berlaku semasa Hindia Belanda termasuk dasar pemberlakuan hukum adat. Kenyataannya, dalam praktek sehari-hari

yang berlaku adalah hukum militer, hukum adat sama sekali tidak pernah mendapat tempat.

c. Masa Kemerdekaan

Pengakuan negara Indonesia pascakemerdekaan terhadap keberadaan masyarakat hukum adat dapat dikelompokkan dalam 3 (tiga) kelompok yaitu:

1. Pengakuan konstitusional

a. UUD 1945 sebelum Amandemen

Pada awal Indonesia merdeka melalui konstitusi (UUD 1945) dinyatakan bahwa Republik Indonesia adalah negara terdiri dari kumpulan-kumpulan komunitas masyarakat hukum adat, seperti nagari, dusun, marga dan lain-lain.¹⁶¹ Ini berarti NKRI pada awal kemerdekaannya mengakui keberadaan masyarakat hukum adat dengan konsep pengakuan murni. Para pendiri Negara Indonesia pada tahun 1945 menerima keberadaan masyarakat hukum adat seperti apa adanya tanpa memberikan kondisionalitas apapun juga. Penjelasan Pasal 18 UUD 1945 menyatakan bahwa:

”Dalam teritorir Negara Indonesia terdapat kurang lebih 250 *zelfbesturende landchappen* dan *volksgemeenschappen*, seperti desa di Jawa dan Bali, negeri di Minangkabau, dusun dan marga di Palembang dan sebagainya. Daerah-daerah itu mempunyai susunan asli, dan oleh karenanya dapat dianggap sebagai daerah yang bersifat istimewa. Negara Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa tersebut dan segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingati hak-hak asal-usul daerah tersebut.”

Dalam penjelasan tersebut, Negara Indonesia merupakan suatu *eenheidstaat*, sehingga tak akan mempunyai daerah di dalam lingkungannya yang bersifat *staat* pula. Daerah Indonesia akan dibagi dalam daerah provinsi, dan daerah provinsi akan dibagi yang

¹⁶¹ Pemikiran Pengakuan terhadap Masyarakat Adat di Indonesia telah ada jauh sebelum dunia internasional mengangkat isu *Indigenous Peoples* (IPs) sebagai wacana HAM, karena PBB baru membuat Peraturan mengenai Masyarakat Adat ini tahun 1957 melalui Konvensi ILO 107 Tahun 1957 mengenai Bangsa Pribumi dan Masyarakat Adat.

lebih kecil. Daerah-daerah yang bersifat otonom atau daerah yang bersifat administratif belaka, semuanya menurut aturan yang ditetapkan undang-undang. Di daerah-daerah yang bersifat otonom akan diadakan Badan Perwakilan Daerah, oleh karenanya di daerahpun pemerintahan tetap bersendikan atas dasar permusyawaratan.¹⁶²

Penjelasan Pasal 18 *a quo* juga menghendaki agar kesatuan-kesatuan masyarakat tersebut, yaitu desa, gampong, huta, nagari, marga, dan sebagainya dapat dibiarkan tumbuh dan berkembang dalam suasana keanekaragaman atau kebhinnekaan. Artinya, semua kesatuan masyarakat tersebut tidak dimaksudkan untuk diseragamkan. Ide yang terkandung dalam maksud pembuat Undang-Undang Dasar 1945 (*the framers' original intent*) itu juga dijalankan oleh Pemerintah Hindia Belanda di masa penjajahan. Pada tahun 1906 dengan Staatsblaad Nomor 3, Pemerintah Hindia Belanda menetapkan *Inlandsche Gemeente Ordonantie* (I.G.O), dan pada tahun 1938 *Inlandsche Gemeente Ordonantie Buitengewesten* (I.G.O.B). *Inlandsche Gemeente Ordonantie* (I.G.O) khusus berlaku untuk Jawa dan Madura, sedangkan *Inlandsche Gemeente Ordonantie Buitengewesten* (I.G.O.B) berlaku untuk luar Jawa dan Madura. Kedua *ordonantie* ini mengatur segala sesuatu mengenai kesatuan masyarakat hukum adat.¹⁶³

Masyarakat hukum adat disebut dengan berbagai istilah seperti *streek en loale rechisgemeenschappen*, *zelfhasturande landschappen en volksgemeenschappen*, yang dalam istilah asli disebut dengan berbagai nama seperti *desa*, *marga*, *nagari*, dan yang sejenis dengan itu. Hal ini menunjukkan bahwa para Pendiri Negara (*The Founding Fathers*) mempunyai pemahaman yang lumayan

¹⁶² Hendra Nurtjahjo, *op.cit.*, hal. 34.

¹⁶³ Jimly Asshiddiqie (VIII), *op.cit.*, hal. 495.

mendalam terhadap masyarakat hukum adat.¹⁶⁴ Pencantuman mengenai masyarakat hukum adat dalam UUD 1945 ini merupakan pengakuan pertama pascakemerdekaan Negara Indonesia terhadap keberadaan masyarakat hukum adat yang memang sudah ada sebelum Indonesia merdeka. Pengakuan terhadap masyarakat hukum adat dalam UUD 1945 merupakan pengakuan tanpa syarat apapun. UUD 1945 mengakui keberadaan masyarakat hukum adat seperti apa adanya.

b. UUD 1945 pascaamandemen

Latar belakang, maksud dan tujuan dimasukkannya Pasal 18B ke dalam UUD RI Tahun 1945 oleh Pembuat Konstitusi antara lain merupakan pengakuan dan penghormatan atas keragaman masyarakat, baik satuan pemerintah daerah maupun kesatuan masyarakat hukum, mereka masing-masing mempunyai kekhususan, keistimewaan dan hak-hak tradisional. Maksud dan tujuan tersebut dimasukkan dalam rumusan pasal 18B ayat (1) dan (2) serta Pasal 28I UUD RI Tahun 1945, antara lain sebagai berikut ;

- a. "Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dalam undang-undang;
- b. "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.

Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 menyatakan bahwa "Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban".

Redaksi dari Pasal 28I ayat (3) ini diambil dari bunyi Pasal 41 Ketetapan MPR No. XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia dan Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang

¹⁶⁴ Saafroedin Bahar dalam M. Rizal Akbar, dkk, *Tanah Ulayat dan Keberadaan Masyarakat Adat*, (Jakarta: Pekanbaru, 2005), hal. 104.

Hak Asasi Manusia dengan menghilangkan kalimat “hak atas tanah ulayat”.¹⁶⁵

Secara konstitusional ketentuan dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 ini menunjuk pada beberapa hal, yaitu:¹⁶⁶

1. Pengakuan, berarti menunjuk pada suatu objek yang sebelumnya pernah ada dan yang pernah ada itu adalah kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisional atau hak asal-usulnya.
2. Objek yang pernah ada yaitu masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisional atau hak asal-usulnya itu dalam kenyataannya masih hidup, artinya ketika pada saat berlakunya UUD 1945 dalam masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisional atau hak asal-usulnya itu dalam kenyataannya benar-benar masih ada dan diakui. Bagi masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya beserta hak asal-usulnya yang pernah ada, tetapi akibat perkembangan masyarakat sudah tidak lagi dikenal, tidak akan dihidupkan. Dalam pengertian ini juga, tidak termasuk kesatuan masyarakat hukum adat baru yang dibentuk karena diberlakukannya/ditetapkannya Pasal 18B ayat (2) UUD 1945.
3. Masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisional atau hak asal-usulnya yang masih hidup itu, harus “sesuai dengan perkembangan masyarakat”, artinya masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisional atau hak asal-usulnya itu tidak akan menghambat perkembangan masyarakat Indonesia yang terus berkembang kearah yang lebih maju dan diharapkan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisional atau hak-hak asal-usulnya itu akan menjadi pendorong dan bukan penghambat bagi

¹⁶⁵ Rikardo Simarmata, *Makalah Pengakuan Hukum Terhadap Masyarakat Hukum Adat di Indonesia*, tanpa tahun.

¹⁶⁶ Lihat keterangan Ahli Hendrik Hattu, S.H., M.H. dalam persidangan Mahkamah Konstitusi tanggal 20 Februari 2008 untuk perkara Nomor 31/PUU-V/2007.

kemajuan bangsa.

4. Harus sesuai dengan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, mengandung makna bahwa sebagai negara kesatuan yang berBhineka Tunggal Ika (berbeda tetapi tetap satu) pengakuan, penghormatan, dan perlindungan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya, tidak akan berdampak pada munculnya kesatuan-kesatuan masyarakat hukum baru yang bertentangan dengan bentuk negara kesatuan.

Ketentuan Pasal 18B *a quo* mengangkat apa yang dirumuskan dalam Penjelasan Pasal 18 UUD Tahun 1945 yang asli yang menentukan agar Republik Indonesia menghormati kedudukan daerah-daerah istimewa dan segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mangingat hak asal-usul daerah tersebut.¹⁶⁷ Namun demikian, pengakuan dan penghormatan yang dikenal dalam Pasal 18B ayat (2) *a quo* merupakan pengakuan bersyarat. Dalam artian kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya baru diakui keberadaannya oleh negara Indonesia sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang. Klausula ini merupakan klausula yang bersifat kumulatif yaitu untuk dapat diakui keberadaannya, kesatuan masyarakat hukum adat harus memenuhi keempat unsur yang dipersyaratkan tersebut tanpa kecuali.

2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat

Ketetapan MPR Nomor TAP-XVII/MPR/1998 Pasal 41 mempunyai posisi historis sebagai landasan hukum konstitusional pertama yang secara formal mengakui eksistensi dan hak tradisional masyarakat hukum adat di Indonesia yang merdeka. Tidak dapat disangsikan lagi bahwa suasana keterbukaan serta semangat anti sentralisasi kekuasaan yang tumbuh dalam era Reformasi

¹⁶⁷ Jimly Asshiddiqie (VIII), *op.cit.*, hal. 499.

memungkinkan adanya pengakuan secara formal tersebut. Seperti diketahui, agar mempunyai kekuatan hukum positif, kandungan ketetapan MPR masih harus dituangkan dalam bentuk undang-undang.¹⁶⁸

3. Pengakuan Legislasi Nasional

a. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

Setelah 15 tahun sejak dituangkan dalam UUD 1945, pengakuan terhadap masyarakat hukum adat baru dituangkan kembali dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Pengaturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA)¹⁶⁹. Lahirnya UUPA ini dilatarbelakangi oleh karena keinginan Pemerintah untuk membuat hukum agraria baru yang bersifat nasional yang tidak bersifat dualisme, sederhana, dan menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia. Lebih jelasnya dapat dilihat dalam Penjelasan umum UUPA yang menyatakan:¹⁷⁰

“Di dalam Negara Republik Indonesia, yang susunan kehidupan rakyatnya, termasuk perekonomiannya, terutama masih bercorak agraria, bumi, air dan ruang angkasa, sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa mempunyai fungsi yang amat penting untuk membangun masyarakat yang adil dan makmur sebagai yang kita cita-citakan. Dalam pada itu hukum Agraria yang berlaku sekarang ini, yang seharusnya merupakan salah satu alat yang penting untuk membangun masyarakat yang adil dan makmur tersebut, ternyata bahkan sebaliknya, dalam banyak hal justru merupakan penghambat dari pada tercapainya cita-cita diatas. Hal itu disebabkan terutama :

a. karena hukum agraria yang berlaku sekarang ini sebagian tersusun berdasarkan tujuan dan sendi-sendi dari pemerintah

¹⁶⁸ Saafroedin Bahar, “Kebijakan Negara dalam Rangka Pengakuan, Penghormatan, dan Perlindungan Masyarakat (Hukum) Adat di Indonesia”, (Makalah disampaikan pada Workshop Hasil Penelitian di Tiga Wilayah), Lombok, 21-23 Oktober 2008), hal.13, <http://pusham.uui.ac.id/upl/article/en_bahar.pdf>, diakses Senin, 13 Juli 2009.

¹⁶⁹ Lembaran Negara Tahun 1960 Nomor 104, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2043.

¹⁷⁰ Tambahan Lembaran Negara Nomor 2043.

- jajahan, dan sebagian lainnya lagi dipengaruhi olehnya, hingga bertentangan dengan kepentingan rakyat dan Negara didalam melaksanakan pembangunan semesta dalam rangka menyelesaikan revolusi nasional sekarang ini;
- b. karena sebagai akibat dari politik-hukum pemerintah jajahan itu hukum agraria tersebut mempunyai sifat dualisme, yaitu dengan berlakunya peraturan-peraturan dari hukum-adat di samping peraturan-peraturan dari dan yang didasarkan atas hukum barat, hal mana selain menimbulkan pelbagai masa'alah antar golongan yang serba sulit, juga tidak sesuai dengan cita-cita persatuan Bangsa;
 - c. karena bagi rakyat asli hukum agraria penjajahan itu tidak menjamin kepastian hukum.

Berhubung dengan itu maka perlu adanya hukum agraria baru yang nasional, yang akan mengganti hukum yang berlaku sekarang ini, yang tidak lagi bersifat dualisme, yang sederhana dan yang menjamin kepastian hukum bagi seluruh rakyat Indonesia.”

Pasal 5 UUPA merupakan salah satu Pasal yang mencantumkan term mengenai hukum adat, yaitu:

”Hukum Agraria yang berlaku atas bumi, air, dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam undang-undang ini dan dengan peraturan perundangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama“.

Perlu diperhatikan bahwa UUPA adalah undang-undang yang paling banyak memuat term hukum adat dalam setiap bagiannya, dari mulai konsiderans hingga penjelasannya. Pemuatan term hukum adat dalam UUPA diiringi dengan reduksi dalam beberapa halnya seperti terlihat pada klausul *sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara ...dan seterusnya*. Dengan lain perkataan, hukum adat yang tercantum dalam UUPA adalah hukum adat yang telah --- meminjam istilah Budhi Harsono --- *disaneer* atau telah disempurnakan dan disesuaikan dengan perkembangan masyarakat dalam semua persoalan hak atas tanah.¹⁷¹

¹⁷¹ Otje Salman Soemadiningrat, *op.cit.*, hal. 37.

Pengakuan terhadap masyarakat hukum adat dan hak ulayat dilakukan sepanjang menurut kenyataan masih eksis serta sesuai dengan kepentingan nasional dan selaras dengan perundang-undangan di atasnya.¹⁷² Konsep pengakuan dalam UUPA berbeda dengan konsep pengakuan dalam UUD 1945 karena konsep pengakuan dalam UUPA adalah konsep pengakuan bersyarat. Hal ini berarti masyarakat hukum adat diakui oleh Negara apabila memenuhi beberapa persyaratan yaitu:

1. sepanjang menurut kenyataan masih eksis;
2. sesuai dengan kepentingan nasional; dan
3. selaras dengan perundang-undangan di atasnya.

Ketiga persyaratan tersebut bersifat kumulatif, artinya semua persyaratan tersebut harus terpenuhi, jika salah satu syarat tidak terpenuhi maka masyarakat tersebut tidak diakui oleh Negara sebagai masyarakat hukum adat.

b. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa

Sebelum Orde Baru, masyarakat hukum adat hidup sebagaimana aslinya dengan sistem pemerintahan berbeda-beda antara masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lainnya. Namun pada masa Orde Baru, lahirlah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa (UU Pemerintahan Desa)¹⁷³ yang memungkinkan birokrasi Negara sampai ke tingkat desa yang disahkan dan diundangkan pada tanggal 1 Desember 1979. Sifat dari Undang-

¹⁷² Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960, menyatakan:

“... pelaksanaan hak ulayat dan hak-hak yang serupa itu dari masyarakat-masyarakat hukum adat, sepanjang menurut kenyataannya masih ada, harus sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa serta tidak boleh bertentangan dengan Undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang lebih tinggi.”

¹⁷³ Lembaran Negara Tahun 1979 Nomor 56, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3153.

Undang *a quo* mengarah pada homogenisasi bentuk dan susunan pemerintahan desa dengan corak nasional.¹⁷⁴

Konsideran menimbang sub b UU Pemerintahan Desa menyatakan: “bahwa sesuai dengan sifat Negara Kesatuan Republik Indonesia maka kedudukan pemerintahan desa sejauh mungkin diseragamkan, dengan mengindahkan keragaman keadaan desa dan ketentuan adat-istiadat yang masih berlaku untuk memperkuat pemerintahan desa agar makin mampu menggerakkan masyarakat dalam partisipasinya dalam pembangunan dan menyelenggarakan administrasi desa yang makin meluas dan efektif”.

Dari konsideran tersebut dapat diketahui bahwa Pemerintah menginginkan adanya bentuk penyeragaman kedudukan pemerintahan desa di seluruh Indonesia. Pemerintahan desa yang awalnya hidup sebagaimana aslinya sesuai karakteristik masing-masing, dengan diundangkan UU Pemerintahan Desa harus mengalami suatu proses penyeragaman.

Penjelasan umum nomor empat UU Pemerintahan Desa berisi tentang tujuan dari UU *a quo* yaitu penyeragaman bentuk dan pemerintahan desa dengan corak nasional yang menjamin terwujudnya demokrasi Pancasila secara nyata. Menurut undang-undang ini, semua yang berada di bawah camat di dalam kotamadya disebut kelurahan dan yang di luar kotamadya disebut Desa. Tujuannya ialah menyeragamkan pemerintahan yang terbawah di bawah camat. Konsekuensi dari Undang-Undang ini ialah suatu konversi dari sistem pemerintahan setingkat desa di berbagai daerah ke dalam suatu keseragaman struktur desa yang merupakan model pengorganisasian masyarakat menurut sistem di Jawa.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Hendra Nurtjahjo, *op.cit.*, hal. 37.

¹⁷⁵ *Ibid.*

Dengan demikian sejak diberlakukannya UU Pemerintahan Desa, dalam wilayah RI terdapat satu macam desa.¹⁷⁶ Desa-desa dimaksud berasal dari:

- i. desa yang pernah diakui oleh IGO dan IGOB dan Penjelasan Pasal 18 UUD 1945 sebelum amandemen;
- ii. desa yang dibentuk berdasarkan UU Pemerintahan (di) daerah dan/atau UU Pemerintahan Desa seperti di wilayah transmigrasi.

Berdasarkan UU yang baru ini desa-desa tersebut tunduk pada aturan yang sama yaitu UU No. 5 Tahun 1979. Namun dari berbagai aspek desa bentukan baru menghadapi berbagai masalah, mislanya dalam hal kewibawaan kepala desa, wewenang desa atas SDA, dan pembiayaan desa.¹⁷⁷

Desa merupakan penanaman bagi masyarakat-masyarakat hukum adat yang masih hidup, oleh karenanya dikatakan bahwa desa adalah:

“.....suatu wilayah yang ditempati oleh sejumlah penduduk sebagai kesatuan masyarakat termasuk didalamnya kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai organisasi pemerintahan terendah langsung dibawah camat yang berhak menyelenggarakan rumah tangganya sendiri dalam ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia”.

Desa dalam perkembangan sejarah ketatanegaraan dan ketatapemerintahan sampai sekarang merupakan suatu wilayah yang ditempati oleh sejumlah penduduk yang mempunyai organisasi pemerintah terendah langsung di bawah camat, telah memiliki hak menyelenggarakan rumah tangganya. Undang-undang No. 5 Tahun 1979 hanya mengatur desa dari segi pemerintahannya, oleh karena itu ada kesatuan masyarakat termasuk kesatuan masyarakat hukum, adat

¹⁷⁶ Dirjen PUOD, dalam Unang Sunardjo, dalam Zen Zanibar, “Otonomi Desa Dengan Acuan Khusus Pada Desa di Provinsi Sumatera Selatan”, (Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 1999), hal. 16.

¹⁷⁷ Loekman Soetrisno, dalam Selo Soemardjan, dalam Zen Zanibar, *Ibid.*

istiadat dan kebiasaan yang masih hidup, masih diakui sepanjang menunjang kelangsungan pembangunan dan ketahanan nasional. Dalam undang-undang ini juga diatur mengenai seorang pemimpin desa yaitu mengenai Pemilihan Kepala Desa.

Secara sosiologis dan filosofis, undang-undang tersebut kurang mempertimbangkan kenyataan, bahwa masyarakat Indonesia merupakan masyarakat majemuk padahal menurut Hazairin :

“..masyarakat-masyarakat hukum adat itu dari dulu sampai sekarang menjadi landasan bagi mendirikan kerajaan-kerajaan asli, kekuasaan kolonial dan juga bagi Negara Republik Indonesia. Kekuasaan kerajaan-kerajaan boleh lenyap, kekuasaan kolonial boleh tumbang, demikian Negara Kesatuan Republik Indonesia dapat terhapus, tetapi masyarakat-masyarakat hukum adat itu akan terus-menerus melanjutkan hidupnya.”

Jelaslah bahwa masyarakat-masyarakat hukum adat itu lebih berurat di atas pangkuan ibu pertiwi. Sebab itu kewajiban bagi Negara Republik Indonesia untuk memelihara, menyuburkan dan meningkatkan ihwal pedesaan itu. Pendapat Hazairin ini kemudian dibantah oleh Jimly Assiddiqie yang menyatakan bahwa:

“Dengan undang-undang ini, peranan hukum adat yang beraneka ragam, yang dalam kenyataan hidup rakyat di masyarakat hukum adat sangat menentukan, sedikit demi sedikit bergeser dan semakin lama diabaikan dan akhirnya sama sekali ditinggalkan orang, termasuk dan terutama mengenai sistem pemerintahan desanya.”¹⁷⁸

Akibatnya, pengaturan dalam Undang-undang No. 5 tahun 1979 tersebut dapat mengakibatkan terjadinya proses marjinalisasi terhadap nilai-nilai adat yang selama ini dimiliki oleh komunitas lokal di daerah. Analisis para ahli menyebutkan bahwa undang-undang ini dinilai telah mengabaikan hak-hak masyarakat adat. Seharusnya, penamaan masyarakat adat dibiarkan seperti apa adanya, tidak perlu dilakukan penyeragaman mengikuti apa yang ada di Jawa karena heterogenitas masyarakat terutama yang ada di luar Jawa tidak dapat disamakan dengan masyarakat Jawa.

¹⁷⁸ Jimly Assiddiqie (VIII), *op.cit.*, hal. 498.

Jika ditinjau dari segi hak asasi manusia, Undang-Undang tersebut jelas bertentangan dengan Bab 2 Pasal 7 *Draft Declaration on The Rights of Indigenous Peoples* yang berisi tentang hal-hal yang dapat menyebabkan terjadinya pemusnahan etnis dan penghancuran budaya yaitu:¹⁷⁹

- a. setiap tindakan yang mempunyai tujuan atau akibat yang menceraub masyarakat hukum adat dan integritas mereka sebagai masyarakat yang khas atau dari identitas atau dari nilai-nilai budaya mereka;
- b. setiap tindakan yang mempunyai tujuan atau akibat yang merampas tanah, wilayah, atau sumber daya yang mereka kuasai;
- c. setiap bentuk pemindahan penduduk yang mempunyai tujuan atau akibat yang melanggar atau mengancam hak-hak mereka;
- d. setiap bentuk asimilasi atau pencampuran oleh budaya atau cara hidup lain yang dipaksakan atas mereka melalui mekanisme legislatif, administratif, atau yang lainnya;
- e. setiap bentuk propaganda yang diarahkan terhadap masyarakat hukum adat yang mencakup hak sipil, politik, ekonomi, sosial, dan budaya.

c. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah

Dalam Ketentuan Umum Pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah¹⁸⁰, menyatakan bahwa:

“Desa atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas-batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal-asul dan adat

¹⁷⁹ Ignas Tri, *op.cit.*, hal. 17.

¹⁸⁰ Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 125.

istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.”

Ketentuan tersebut memberikan pengakuan kepada masyarakat hukum adat yang merupakan persekutuan hukum baik dengan menggunakan nama desa ataupun nama lain seperti nagari, gampong, dan lain-lain berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat.

d. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia¹⁸¹

Pengakuan dan perlindungan terhadap keberadaan masyarakat hukum adat diatur dalam Pasal 5 ayat (3) dan Pasal 6 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 sebagai berikut:

Pasal 5 ayat (3) UU *a quo* menyatakan bahwa “Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya”.

Pasal 6 UU *a quo* menyatakan bahwa “Dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat, dan Pemerintah. Identitas budaya masyarakat hukum adat, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman”.

e. Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 41 tahun 1999 tentang Kehutanan, kedudukan Masyarakat Hukum Adat (MHA) dalam pengurusan sumberdaya hutan (SDH) Indonesia sangat kuat sepanjang eksistensi masyarakat tersebut beserta tanah ulayatnya ditetapkan dalam suatu Peraturan Daerah (PERDA).¹⁸² Dengan ketentuan ini, bila tanah ulayat MHA berada di atas tanah yang berdasarkan Rencana Tata Ruang (RTRW)⁴ setempat dikategorikan sebagai kawasan hutan,

¹⁸¹ Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 165.

¹⁸² Tata cara penetapan keberadaan MHA dan tanah ulayatnya diatur melalui Peraturan Menteri Agraria No. 5/1999.

maka MHA mempunyai hak pengelolaan atas kawasan tersebut, meskipun tanah ulayat tersebut merupakan bagian dari tanah negara. Namun demikian, pada kenyataannya, masih sangat sedikit PERDA yang terbit dalam rangka mengakui keberadaan MHA dan tanah ulayatnya. Dalam situasi demikian keberadaan MHA di dalam kawasan hutan secara *de jure* menjadi ilegal.

3. Pengakuan dalam berbagai Kebijakan Daerah

a. Kabupaten Kampar

- Keberadaan masyarakat hukum adat diakui secara sosiologik.
- Terkait dengan hak ulayat dan lembaga adat diatur dalam Peraturan Daerah Nomor 12 Tahun 1999.
- Terkait dengan Perda *a quo*, Pemda Kampar melakukan implementasi:
 1. pemetaan tanah-tanah ulayat sekabupaten Kampar yang menghasilkan peta tanah ulayat sekabupaten Kampar;
 2. inventarisasi jenis-jenis pemanfaatan di atas tanah-tanah ulayat

b. Kabupaten Lebak

- Pengakuan formal terhadap Masyarakat Baduy yang bisa dijumpai pada:
 1. Keputusan Gubernur Jawa Barat No. 203/B.V/Pem./SK68 yang menetapkan hutan larangan Baduy menjadi hutan lindung mutlak;
 2. Perda Kabupaten Lebak No. 13/1999 tentang Pembinaan dan Pengembangan Lembaga Adat Masyarakat Baduy di Daerah Kabupaten Daerah Tingkat II Lebak;
 3. Perda No. 32/2001 tentang Perlindungan Atas Hak Ulayat Masyarakat Baduy;

c. Provinsi Kalimantan Tengah

- Peraturan Daerah (Perda) Nomor 14 Tahun 1998 tentang Kedamaian;

d. Kabupaten Pasir

- Pengakuan terhadap lembaga adat dan adat istiadat diatur dalam Perda Nomor 3 Tahun 2000 tentang Pemberdayaan, Pelestarian, Perlindungan dan Pengembangan Adat Istiadat dan Lembaga Adat.

e. Kabupaten Bengkulu

- Peraturan Daerah (Perda) Nomor 39 Tahun 2001 tentang Pemberdayaan, Pelestarian Adat Istiadat Melayu dan Pengembangan Kebiasaan-Kebiasaan, Masyarakat serta Lembaga Adat di Kabupaten Bengkulu;

f. Provinsi Sulawesi Selatan

- Peraturan Daerah Nomor 19 Tahun 2001 tentang Pemberdayaan, Pelestarian dan Pengembangan Adat Istiadat dan Lembaga Adat;

g. Provinsi Sumatera Barat

- Keputusan Gubernur Provinsi Sumatera Barat Nomor 36 Tahun 2003 tentang Pedoman Umum Pelaksanaan Nagari;

h. Provinsi Bali

- Peraturan Daerah Provinsi Bali Nomor 3 Tahun 2001 yang kemudian diubah dengan Peraturan Daerah Provinsi Bali Nomor 3 Tahun 2003 tentang Desa Pakraman

Keberadaan masyarakat hukum adat di Indonesia merupakan sebuah keniscayaan yang tidak terbantahkan. Keberadaan masyarakat hukum adat dewasa ini perlu mendapatkan perhatian secara optimal, mengingat bahwa keberadaan masyarakat adat beserta hukum adatnya mengalami degradasi pengakuan. Sebagai catatan bahwa pada Rancangan Program Legislasi Nasional 2006-2009, telah tercantum mengenai Rancangan Undang-Undang tentang Hak-Hak Masyarakat

Adat.¹⁸³ Diharapkan Rancangan Undang-Undang *a quo* dapat segera dibahas dan disahkan sehingga kesatuan masyarakat hukum adat memiliki landasan hukum yang kuat terkait dengan pengakuan, perlindungan, dan penghormatan kesatuan masyarakat hukum adat yang juga merupakan salah satu kekayaan bangsa Indonesia.

3.4. Hak-Hak Masyarakat Hukum Adat

Sebagai bagian dari bangsa Indonesia, masyarakat hukum adat mempunyai latar belakang sejarah serta kebudayaan yang sudah amat tua, jauh lebih tua dari terbentuknya kerajaan ataupun negara.¹⁸⁴ Namun demikian, mereka tetaplah warga negara yang memiliki hak-hak yang harus dilindungi oleh negara sebagai berikut:

a. hak perseorangan sebagai warga negara

sebagai warga negara, masyarakat hukum adat mempunyai hak asasi yang sama dengan warga negara lainnya.

b. hak kolektif sebagai masyarakat hukum adat

sebagai suatu komunitas antropologis, masyarakat hukum adat mempunyai hak kolektif yang diperlukan baik untuk memelihara eksistensi dan identitas kulturalnya maupun untuk membangun dan mengembangkan potensi kemanusiaan warganya untuk mencapai taraf kesejahteraan yang lebih tinggi, terutama hak atas tanah ulayat.

c. hak atas pembangunan

hak-hak tersebut di atas merupakan bagian dari hak atas pembangunan yang menurut Deklarasi PBB Tentang Hak Atas Pembangunan tahun 1986 dan Konvensi ILO Tahun 1989 Tentang Kelompok Minoritas dan Masyarakat Hukum Adat di negara-negara merdeka secara menyeluruh terdiri dari:

1. hak untuk menentukan nasib sendiri (*rights of internal self determination*);

¹⁸³ Daftar Rancangan Undang-Undang Program Legislasi Nasional 2006-2009, <http://www.legalitas.org/database/lain/nasional/Prolegnas2006-2009.htm>, Rabu, 15 Juli 2009.

¹⁸⁴ Ignas Tri, ed, *op.cit.*, hal. 11.

2. hak untuk turut serta dalam pemerintahan (*rights of participation*);
3. hak atas pangan, kesehatan, habitat, dan keamanan ekonomi (*rights to food, health, habitat, and economic security*);
4. hak atas pendidikan (*rights to education*);
5. hak atas pekerjaan (*rights to work*);
6. hak atas anak (*rights of children*);
7. hak pekerja (*rights of workers*);
8. hak minoritas dan masyarakat hukum adat (*rights of minorities and indigenous peoples*);
9. hak atas tanah (*rights to land*);
10. hak atas persamaan (*rights to equality*);
11. hak atas perlindungan lingkungan (*rights to environmental protection*);
12. hak atas penegakkan hukum yang adil (*rights to the rule of law*);

Sebagaimana dikemukakan oleh Mulyana (2006), pemerintah Pusat mewakili Negara harus:

1. Mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat.
2. Menghormati identitas budaya dan hak masyarakat hukum adat.
3. Memberikan kesempatan kepada masyarakat hukum adat untuk mengaktualisasikan hak ulayat sepanjang masih ada dan sesuai dengan kepentingan nasional.
4. Melakukan pembinaan dan pemberdayaan kepada masyarakat hukum adat dalam pengelolaan kehutanan, agar hutan ulayat dapat lestari dan menghasilkan kesejahteraan bagi masyarakat hukum adat.
5. Menetapkan kriteria masyarakat hukum adat.
6. Menetapkan pedoman kompensasi untuk masyarakat hukum adat yang kehilangan akses terhadap hutan akibat penerapan kawasan hutan tertentu, termasuk hilangnya akses untuk membuka hutan ulayat.

Dalam dasawarsa 1980-an dalam lingkungan PBB telah dapat dibentuk *The U.N. Permanent Forum for Indigenous Issues*, yang mengkaji masalah-masalah yang berkenaan dengan hak masyarakat hukum adat ini. Dengan kegigihan dan ketabahan yang mengagumkan, bersama dengan *The U.N. High Commissioner of Human Rights* serta UNDP, personil forum ini mengadakan advokasi tentang hak masyarakat hukum adat. Pada tahun 2004-2007 secara proaktif kantor regional UNDP di Bangkok mengadakan kerjasama dengan dan memberikan dukungan kepada Komnas HAM serta Departemen Sosial, untuk memajukan hak masyarakat hukum adat ini.¹⁸⁵

Suatu terobosan historis terhadap kebuntuan yang dialami selama berpuluh dalam perjuangan melindungi, mengakui, dan menghormati hak masyarakat hukum adat ini tercapai sewaktu Sidang Umum PBB mensahkan *U.N. Declaration on the rights of the Indigenous Peoples*, 13 September 2007.¹⁸⁶ Sudah barang tentu, sebagai dokumen yang *non-legally binding*, deklarasi ini tidak memerlukan ratifikasi, namun norma-norma yang terkandung di dalamnya bermanfaat sebagai salah satu rujukan hukum internasional yang dapat dipergunakan untuk membentuk sebuah rancangan undang-undang tentang hak masyarakat hukum adat.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Saafroedin Bahar, *op.cit.*, hal.9.

¹⁸⁶ Sekedar catatan sejarah: ada momen yang menegangkan antara bulan Juni 2007, sewaktu *The Human Rights Council* di Jenewa menyetujui *Draft Declaration on The Indigenous Peoples's Rights's* dengan pengesahannya oleh Sidang Umum PBB. Sekelompok Negara-negara Afrika, yang dijurubicarai oleh Namibia, mengajukan usul agar pengesahan deklarasi tersebut ditunda oleh karena masih ada masalah mengenai kedaulatan Negara serta mengenai penguasaan terhadap sumber daya alam. Walaupun demikian, dengan tekanan yang tidak henti-hentinya dari berbagai pihak yang mendukung disahkannya hak masyarakat hukum adat ini serta oleh karena sudah ada suasana yang lebih kondusif sejak Deklarasi Wina tahun 1993, Deklarasi Hak Masyarakat Hukum Adat ini berhasil disahkan pada tanggal 13 September 2007, *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

BAB IV

**KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) KESATUAN
MASYARAKAT HUKUM ADAT DALAM PENGAJUAN *JUDICIAL
REVIEW* KE MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

4.1. *Legal Standing* Pemohon dalam Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945

Pemohon adalah subjek hukum yang memenuhi persyaratan menurut undang-undang untuk mengajukan permohonan perkara konstitusi kepada Mahkamah Konstitusi. Pemenuhan syarat-syarat tersebut menentukan kedudukan hukum atau *legal standing* suatu subjek hukum untuk menjadi pemohon yang sah dalam perkara pengujian undang-undang. Dengan perkataan lain, pemohon diharuskan membuktikan bahwa ia atau mereka benar-benar memiliki *legal standing* atau kedudukan hukum, sehingga permohonan yang diajukannya dapat diperiksa, diadili, dan diputus sebagaimana mestinya oleh Mahkamah Konstitusi. Persyaratan *legal standing* atau kedudukan hukum dimaksud mencakup syarat formal sebagaimana ditentukan dalam undang-undang, maupun syarat materiil berupa kerugian hak atau kewenangan konstitusional dengan berlakunya undang-undang yang sedang dipersoalkan.¹⁸⁸

Legal standing (lazim dialihbahasakan menjadi “kedudukan hukum”) mendasari pembenaran subyektum pencari keadilan mengajukan permohonan pengujian undang-undang ke hadapan Mahkamah Konstitusi. Pemohon harus dapat mendalilkan *legal standing* yang mendasari pengajuan permohonan pengujiannya itu. *Legal standing* adalah *entitle* atau hak yang membenarkan subyektum mengajukan permohonan pengujian undang-undang.¹⁸⁹

Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 menyatakan bahwa:

- (1) Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:
 - a. perorangan warga negara Indonesia;

¹⁸⁸ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit.*, hal. 67.

¹⁸⁹ Laica Marzuki, *op.cit.*, hal. 103.

- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
 - c. badan hukum publik atau privat; atau
 - d. lembaga negara.
- (2) Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1).
- (3) Dalam permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa:
- a. pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan/atau
 - b. Materi muatan dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Penjelasan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 mengemukakan bahwa yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945. Hanya subyektum yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang, akan dipandang memiliki *legal standing* guna pengajuan permohonan pengujian undang-undang ke hadapan mahkamah. Pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya tentang hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang dianggap merugikan itu (Pasal 51 ayat (2) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003). Di sini berlaku adagium hukum "*point d'interet point d'action*", artinya tanpa kepentingan maka tidak ada gugatan (tindakan). Apabila subyektum tidak ternyata dirugikan hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya maka yang bersangkutan dipandang tidak memiliki kepentingan guna mengajukan permohonan pengujian undang-undang. *Zonder belang, het is geen rechtsingang*.¹⁹⁰

Pasal 51 ayat (1) UU MK telah menentukan dua kriteria yang harus dipenuhi agar Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*), yaitu:

- a. Kualifikasi Pemohon apakah sebagai perorangan warga Negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama), kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia

¹⁹⁰ *Ibid.*

yang diatur dalam undang-undang, badan hukum publik atau privat, atau lembaga Negara;

- b. Anggapan bahwa dalam kualifikasi demikian, terdapat hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dirugikan oleh berlakunya undang-undang;

Kualifikasi tersebut kemudian lebih dipertegas lagi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 yang pada pokoknya menjelaskan bahwa kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya undang-undang menurut Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi 5 (lima) syarat yang bersifat kumulatif yaitu:¹⁹¹

- a. adanya hak konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
 - b. bahwa hak konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;
 - c. kerugian konstitusional pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
 - d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;
 - e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;
- ad. a. yang dimaksud dengan hak-hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945;
 - ad. b. dalam hubungan ini tidak selalu seluruh ketentuan dari suatu undang-undang menimbulkan kerugian terhadap hak-hak konstitusional pemohon. Bisa jadi, dan ini sering terjadi, hanya satu pasal atau bahkan satu ayat dari undang-undang itu yang menimbulkan kerugian. Oleh karena itu, yang diminta untuk diuji adalah hanya pasal atau ayat yang dianggap merugikan itu.

¹⁹¹ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005, Selasa 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007, Kamis, 20 September 2007.

- ad.c. maksud dari ketentuan ini adalah mencakup dua hal, pertama bahwa kerugian hak konstitusional yang diderita pemohon benar-benar telah terjadi secara nyata; atau kedua, kerugian itu belum terjadi namun, menurut penalaran yang wajar, dapat dipastikan terjadi jika undang-undang yang dimohonkan pengujian tersebut tetap diberlakukan.
- ad. e. bahwa kerugian terjadi ataupun yang dapat dipastikan akan terjadi itu adalah sebagai akibat langsung dari berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian itu.
- ad. f. maksud dari ketentuan ini adalah bahwa Pemohon harus memberikan uraian bahwa jika Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pengujian undang-undang itu maka kerugian yang diderita itu akan tidak ada atau tidak lagi ada.¹⁹²

Jika kelima kriteria ini tidak dapat dipenuhi secara kumulatif maka yang bersangkutan dapat dipastikan tidak memiliki *legal standing* untuk mengajukan permohonan perkara ke Mahkamah Konstitusi. Namun demikian, dalam pelaksanaannya, kelima kriteria tersebut masih bersifat abstrak. Bagaimana penilaiannya oleh hakim sangat tergantung kepada kasus konkretnya di lapangan. Untuk dinyatakan memiliki kedudukan hukum *legal standing* untuk mengajukan permohonan, kelima kriteria itu kadang-kadang tidak diterapkan secara kaku, atau bersifat kumulatif secara mutlak. Karena, penilaian mengenai *legal standing* ini baru mengantarkan pemohon kepada keabsahannya sebagai pemohon, belum memperhitungkan pokok permohonannya. Permohonan pemohon dapat saja ditolak substansinya, tetapi *legal standing*-nya diterima.¹⁹³

Pada umumnya penentuan mengenai ada tidaknya *legal standing* pemohon, dilakukan sebelum majelis hakim Mahkamah Konstitusi memutuskan akan meneruskan ke tahap pemeriksaan terhadap pokok perkara atau tidak. Karena itu, sebelum pokok perkara diperiksa sebagaimana mestinya, rapat pleno permusyawaratan hakim Mahkamah Konstitusi telah menentukan sikap bersama

¹⁹² I Dewa Gede Palguna, *op.cit.*, hal. 171.

¹⁹³ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit.*, hal. 69.

(i) mengenai keberwenangan mahkamah untuk memeriksa perkara *a quo*, yaitu apakah para hakim konstitusi (Mahkamah Konstitusi) menganggap dirinya memang berwenang untuk memeriksa perkara *a quo* atau tidak; dan (ii) mengenai *legal standing* pemohon, yaitu apakah pemohon memang mempunyai kedudukan hukum yang memenuhi syarat *legal standing* untuk beracara di hadapan Mahkamah Konstitusi. Karena itu, keputusan mengenai kedua hal tersebut, biasanya dianggap cukup diselesaikan melalui pemeriksaan sidang panel hakim, dengan cara memeriksa berkas pemohon, mengajukan pertanyaan-pertanyaan kepada pemohon, atau bahkan sampai kepada tahap pemeriksaan bukti-bukti yang diajukan oleh pemohon.¹⁹⁴

Namun demikian, dalam praktek pemeriksaan yang telah berlangsung selama ini, seringkali ditemukan kenyataan bahwa ada tidaknya kewenangan Mahkamah atas perkara yang bersangkutan ataupun memenuhi syarat atau tidaknya *legal standing* pemohon, termasuk dalam kaitannya dengan pembuktian ada tidaknya kerugian konstitusional pemohon dalam perkara yang bersangkutan, terkait erat dengan substansi atau pokok perkara. Oleh karena itu, seringkali majelis hakim tidak dapat mengambil keputusan serta merta sebelum terlebih dulu memeriksa pokok perkara dengan seksama. Dalam banyak kasus, terbukti tidaknya unsur kerugian konstitusional pemohon baru dapat diketahui secara tepat setelah analisis dan pembuktian dilakukan secara mendalam atas dalil-dalil pemohon yang terdapat dalam pokok permohonan.¹⁹⁵

4.2. Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Sebagai Pihak dalam *Judicial Review* ke Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Salah satu bentuk pengakuan terhadap hak-hak masyarakat hukum adat sebagai subyek hukum ialah ditentukannya masyarakat hukum adat sebagai pihak yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Kesatuan masyarakat hukum adat sebagai pihak yang diberikan *legal standing* untuk menjadi Pemohon di MK adalah merupakan

¹⁹⁴ *Ibid*, hal. 104.

¹⁹⁵ *Ibid*, hal. 106.

pengakuan atas hak asli masyarakat sebagai pelaksanaan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa "Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang".¹⁹⁶

Namun demikian konsep masyarakat hukum adat adalah konsep yang masih terlalu umum, yang memerlukan penjelasan lebih lanjut.¹⁹⁷ Untuk dapat menjadi Pemohon pengujian undang-undang, kelompok masyarakat adat itu haruslah:¹⁹⁸

- a. termasuk ke dalam pengertian kesatuan masyarakat hukum adat;
- b. kesatuan masyarakat hukum adat itu sendiri memang masih hidup;
- c. perkembangan kesatuan masyarakat hukum adat dimaksud sesuai dengan perkembangan masyarakat;
- d. sesuai pula dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan
- e. diatur dalam undang-undang.

Kelima syarat tersebut bersifat kumulatif, artinya jika salah satu syarat tidak terpenuhi maka masyarakat hukum adat tersebut tidak memiliki *legal standing* untuk beracara di Mahkamah Konstitusi. Secara lebih rinci, kelima persyaratan tersebut akan coba diuraikan dalam penjelasan berikut ini.

a. Kesatuan Masyarakat Hukum Adat

Tidak semua entitas atau persekutuan hukum (*rechtsgemeenschapen*) yang ada dalam masyarakat adalah kesatuan hukum adat (*adat-rechtsgemeenschapen*). Dan tidak semua entitas atau persekutuan hukum mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan

¹⁹⁶ Maruarar Siahaan (I), *op.cit.*, hal, 88.

¹⁹⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hak Konstitusional masyarakat Hukum Adat*, makalah disampaikan sebagai *keynote speaker* pada acara Lokakarya Nasional "Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat", Jakarta, 10 Desember 2007.

¹⁹⁸ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit.*, hal. 75.

permohonan pengujian undang-undang ke Mahkamah Konstitusi melainkan hanya kesatuan masyarakat hukum adat. Suatu entitas atau persekutuan hukum disebut sebagai kesatuan masyarakat hukum adat apabila memiliki ciri-ciri atau memenuhi syarat-syarat tertentu. Secara umum, syarat-syarat atau ciri-ciri dari suatu persekutuan hukum untuk dapat dikatakan sebagai kesatuan masyarakat hukum adat adalah:¹⁹⁹

- a. adanya kesatuan manusia yang teratur;
- b. kesatuan manusia tersebut menetap di atau mendiami suatu daerah tertentu;
- c. mempunyai penguasa-penguasa atau pemimpin;
- d. mempunyai kekayaan yang berwujud maupun yang tidak berwujud;
- e. para anggota kesatuan itu menjalani kehidupan dalam masyarakat sebagai hal yang wajar menurut kodrat alam dan tidak seorang pun diantara mereka mempunyai pikiran untuk membubarkan ikatan yang telah tumbuh itu dan meninggalkannya, dalam arti melepaskan dari ikatan itu untuk selama-lamanya.

Namun demikian ciri-ciri tersebut masih bersifat umum. Tentu ada ciri-ciri atau syarat lain sebagai penanda dari keberadaan suatu kesatuan masyarakat hukum adat, misalnya adanya aturan yang bersifat otonom yang dibuat oleh dan untuk kesatuan masyarakat hukum adat itu, adanya fungsi-fungsi tertentu yang bersifat khas atau spesifik yang membedakannya dengan kesatuan masyarakat hukum adat lainnya maupun dengan sesama kesatuan masyarakat hukum adat dalam satu lingkaran hukum adat (*adat-rechtskring*).²⁰⁰

Perlu dibedakan antara kesatuan masyarakat hukum adat dengan masyarakat hukum adat. Masyarakat adalah kumpulan individu yang hidup dalam lingkungan pergaulan bersama sebagai suatu *community* atau *society*, sedangkan kesatuan masyarakat menunjuk kepada pengertian masyarakat

¹⁹⁹ I Dewa Gede Palguna, *op.cit.*, hal. 167.

²⁰⁰ *Ibid.*

organik, yang tersusun dalam kerangka kehidupan berorganisasi dengan saling mengikatkan diri untuk kepentingan mencapai tujuan bersama. Dengan perkataan lain, kesatuan masyarakat hukum adat sebagai unit organisasi masyarakat hukum adat itu haruslah dibedakan dari masyarakat hukum adatnya sendiri sebagai isi dari kesatuan organisasinya itu.²⁰¹ Misalnya, di Sumatera Barat, yang dimaksud sebagai kesatuan masyarakat hukum adat adalah unit pemerintahan nagarinya, bukan aktivitas-aktivitas hukum adat sehari-hari di luar konteks unit organisasi masyarakat hukum. Dengan perkataan lain sebagai suatu kesatuan organik, masyarakat hukum adat itu dapat dinisbatkan dengan kesatuan organisasi masyarakat yang berpemerintahan hukum adat setempat.²⁰²

Ketentuan Pasal 67 Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 beserta penjelasannya menyatakan bahwa:

“Masyarakat hukum adat diakui keberadaannya jika menurut kenyataannya memenuhi unsur antara lain:

1. Masyarakatnya masih dalam bentuk paguyuban (*rechtsgemeenschap*);
2. Ada kelembagaan dalam bentuk perangkat penguasa adatnya;
3. Ada wilayah hukum adat yang jelas;
4. Ada pranata

Berdasarkan beberapa teori dalam Bab III, dapat disimpulkan bahwa kesatuan masyarakat hukum adat memiliki ciri-ciri:

1. ada sekelompok orang yang hidup bersama yang dipertautkan oleh pertalian darah (satu keturunan);
2. berdiam di wilayah yang sama;
3. dipimpin oleh seseorang atau beberapa orang yang berasal dari mereka sendiri (umumnya dipilih);

²⁰¹ *Ibid*, hal. 76.

²⁰² *Ibid*.

4. memiliki harta bersama [materiil (harta bergerak dan harta tidak bergerak) dan immateriil (upacara adat, lambang-lambang, bahasa, lembaga-lembaga adat, dll)];
5. memiliki aturan bersama untuk memelihara harta bersama;

b. Sepanjang Masih Hidup

Suatu kesatuan masyarakat hukum adat baru dapat diterima sebagai pemohon pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 di Mahkamah Konstitusi apabila masyarakat hukum adat itu benar-benar masih hidup. Sebagaimana diketahui, banyak kesatuan masyarakat hukum adat yang sudah lenyap atau punah, khususnya setelah diberlakukannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa. Jadi, jika suatu persekutuan hukum adat telah mati, meskipun pada masa yang lalu memenuhi syarat sebagai kesatuan masyarakat hukum adat, ia tidak dapat lagi diterima sebagai pemohon pengujian undang-undang terhadap UUD 1945.²⁰³

Saafroeddin Bahar berpendapat bahwa secara hipotek, persyaratan yuridis ini masuk akal karena mustahil untuk memberikan *legal standing* kepada masyarakat hukum adat yang tidak ada lagi di dalam kenyataan. Namun sebagai komunitas antropologis yang bersifat alami adalah sama masuk akalnya jika masyarakat hukum adat akan tetap ada sepanjang zaman. Visi tentang keabadian masyarakat hukum adat dinyatakan oleh Dr. Andi Suryaman Mustari Pide, S.H., M.H. sebagai berikut:

Semua bentuk atau persekutuan hukum adat tersebut proses terbentuknya merupakan suatu *natuurnoodwendigheid* adalah suatu entitas *metajuridis* yang tidak seorangpun berpikir untuk membubarkannya, didefinisikan oleh Ter Haar (1939) sebagai “...geordend groepen van blijvend karakter met eigen bewind en eigen materieel en immaterieel vermogen”. Unsure-unsur definisi Ter Haar yang merupakan kriteria eksistensial masyarakat atau persekutuan hukum adat adalah: (a) suatu tatanan kelompok yang bersifat tetap; (b) dengan kekuasaan (penguasa) nya sendiri (biasanya dilengkapi dengan aparat pembantu Penguasa tersebut); (c) adanya kekayaan materieel dan immaterieel sendiri (termasuk tanah yang meliputi *lebensraumnya*).²⁰⁴

²⁰³ I Dewa Gede Palguna, *op.cit.*, hal. 170.

Dalam Putusan Nomor 31/PUU-V/2007, Mahkamah berpendapat bahwa suatu kesatuan masyarakat hukum adat untuk dapat dikatakan secara *de facto* masih hidup (*actual existence*) baik yang bersifat teritorial, genealogis, maupun yang bersifat fungsional setidaknya mengandung unsur-unsur (i) adanya masyarakat yang warganya memiliki perasaan kelompok (*in-group feeling*); (ii) adanya pranata pemerintahan adat; (iii) adanya harta kekayaan dan/atau benda-benda adat; dan (iv) adanya perangkat norma hukum adat. Khusus pada kesatuan masyarakat hukum adat yang bersifat teritorial juga terdapat unsur (v) adanya wilayah tertentu.²⁰⁵

Jimly Asshiddiqie mengemukakan bahwa jika unsur-unsur hidup atau matinya masyarakat versus tradisi hukum adat dalam teori dan praktek itu lebih dirinci, dapat dijabarkan sebagai berikut.²⁰⁶

- 1) Masyarakatnya masih asli (Masyarakat = M+), tradisinya juga masih dipraktekkan (Tradisi = T+), dan tersedia catatan mengenai tradisi tersebut (Catatan = C+) = [(M+) + (T+) + (C+)].
- 2) Masyarakatnya masih asli (M+), tradisinya masih ada (T+), tetapi catatan tidak tersedia (C-) = [(M+) + (T+) + (C-)].
- 3) Masyarakat masih asli (M+), tetapi tradisinya tidak dipraktekkan lagi (T-), namun tersedia rekaman atau catatan tertulis yang suatu kali dapat dipraktekkan lagi (C+) = [(M+) + (T-) + (C+)].
- 4) Masyarakatnya masih asli, tetapi tradisinya sudah tiada, dan tidak ada pula catatan sama sekali [(M+) + (T-) + (C-)].
- 5) Masyarakatnya sudah tidak asli lagi, tradisinya pun sudah tiada, dan catatannya pun tidak ada, kecuali hanya ada dalam legenda-legenda yang tidak tertulis [(M-) + (T-) + (C-)].

²⁰⁴ Saafroedin Bahar, *Inventarisasi dan perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat*, (Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2005), hal. 26.

²⁰⁵ Lihat Putusan Mahkamah Knstitusi Nomor 31/PUU-V/2007, nomor [3.15.3].

²⁰⁶ Jimly Asshiddiqie (VI), *op.cit*, hal. 77.

- 6) Masyarakatnya tidak asli lagi, tradisinya sudah menghilang dari praktek, tetapi catatannya masih tersedia dan sewaktu-waktu dapat kembali dihidupkan [(M-) + (T-) + (C+)].
- 7) Masyarakatnya sudah tidak asli lagi, tetapi tradisinya masih dipraktikkan dan catatannya pun tersedia cukup memadai [(M-) + (T+) + (C+)].
- 8) Masyarakatnya tidak asli lagi, dan juga tidak tersedia catatan mengenai hal itu, tetapi tradisinya masih hidup dalam praktek [(M-), (T+) + (C-)].

Dari kedelapan kategori tersebut, kondisi masyarakat hukum adat itu dapat dibagi ke dalam tiga kelompok, yaitu (i) kesatuan masyarakat hukum adat yang sudah mati sama sekali; (ii) kesatuan masyarakat hukum adat yang sudah tidak hidup dalam praktek tetapi belum mati sama sekali, sehingga masih dapat diberi pupuk agar dapat hidup subur; (iii) kesatuan masyarakat hukum adat yang memang masih hidup. Kategori masyarakat hukum adat yang dapat dikatakan tidak hidup alias sudah tiada, adalah:

- (1) Masyarakatnya sudah tidak asli lagi, tradisinya pun sudah tiada, dan catatannya pun tidak ada, kecuali hanya ada dalam legenda-legenda yang tidak tertulis [(M-) + (T-) + (C-)];
- (2) Masyarakatnya tidak asli lagi, tradisinya pun sudah menghilang dari praktek, tetapi catatannya masih tersedia dan sewaktu-waktu dapat kembali dihidupkan [(M-) + (T-) + (C+)].
- (3) Masyarakatnya memang masih asli, tetapi tradisinya sudah tiada, dan tidak ada pula catatan sama sekali [(M+) + (T-) + (C-)].

Ketiga kategori masyarakat hukum adat tersebut di atas, tidak dapat lagi dikatakan hidup. Sekiranya pun catatan tentang tradisi asli itu masih tersimpan dengan baik seperti pada kategori kedua [(M-) + (T-) + (C+)], tidak dapat mengatakannya masih hidup. Kalaupun dihidupkan kembali karena catatannya masih lengkap, misalnya untuk kepentingan industri pariwisata, tentu namanya bukan lagi masyarakat hukum adat yang bersangkutan. Demikian pula pada kategori ketiga [(M+) + (C-) + (T-)], meskipun masyarakatnya masih asli, tetapi tradisinya tidak dipraktikkan lagi dan catatannya pun tidak tersedia.

Sekiranya ingin dihidupkan kembali, bagaimana menjamin bahwa tradisi dimaksud memang sesuai dengan tradisi hukum adat yang memang pernah dipraktekkan sebelumnya? Oleh karena itu, pengertian kesatuan masyarakat hukum adat yang hidup seperti dimaksud oleh Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, dan Pasal 51 ayat (1) huruf 'b' UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, tidak mencakup ketiga kategori kesatuan masyarakat hukum adat sebagaimana diuraikan di atas.

Sementara itu, kelompok kategori kedua adalah masyarakat hukum adat yang masih dapat dihidupkan, yaitu masyarakat hukum adat yang masih asli, tetapi tradisinya tidak dipraktekkan lagi, namun tersedia rekaman atau catatan tertulis yang cukup memadai untuk dipupuk kembali [(M+) + (T-) + (C+)]. Aktivitas hukum adat di masyarakat hukum adat kategori ini mungkin tidak terlihat lagi dalam kegiatan praktek sehari-hari. Akan tetapi, gagasan-gagasan dasarnya masih tersimpan dalam impian dan dalam cara pandang masyarakatnya yang juga masih asli dalam arti bukan terdiri atas para pendatang baru, dan rekaman atau catatan mengenai tradisi dimaksud juga masih tersedia dengan baik. Menghilangnya tradisi hukum adat yang bersangkutan dari kegiatan praktek sehari-hari, sangat boleh jadi disebabkan oleh banyak faktor, termasuk karena adanya intervensi kebijakan pemerintahan secara terpusat dan seragam secara nasional yang diterapkan selama ini, sehingga menghancurkan sendi-sendi hukum adat di berbagai kalangan masyarakat hukum adat asli di tanah air.

Kesatuan masyarakat hukum adat seperti ini, yaitu yang masyarakatnya masih asli, tetapi tradisinya tidak dipraktekkan lagi, namun tersedia rekaman atau catatan tertulis, masih dapat dihidupkan kembali sebagaimana mestinya, asalkan hal itu memenuhi persyaratan, yaitu: (i) sesuai dengan perkembangan masyarakat menuju ke tingkat peradaban yang semakin maju; (ii) sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan (iii) diatur dilakukan menurut aturan yang ditentukan dalam undang-undang. Artinya, meskipun kesatuan masyarakat hukum adat yang termasuk kategori ini masih dapat dihidupkan, tetapi untuk itu harus diperhatikan ketiga syarat tersebut.

Kelompok ketiga adalah kategori masyarakat hukum adat yang memang dapat dikategorikan masih hidup dalam kenyataan, yaitu:

- (1) Masyarakatnya masih asli (Masyarakat = M+), tradisinya juga masih dipraktikkan (Tradisi = T+), dan tersedia Catatan me-nge-nai tradisi tersebut (Catatan = C+) = [(M+) + (T+) + (C+)];
- (2) Masyarakatnya masih asli (M+), tradisinya masih ada (T+), tetapi catatan tidak tersedia (C-) = [(M+) + (T+) + (T-)];
- (3) Masyarakatnya sudah tidak asli lagi, tetapi tradisinya masih dipraktikkan dan catatannya pun tersedia cukup memadai [(M-) + (T+) + (C+)];
- (4) Masyarakatnya tidak asli lagi, dan juga tidak tersedia catatan mengenai hal itu, tetapi tradisinya masih hidup dalam praktek [(M-), (T+) + (C-)].

Meskipun dalam praktek sangat boleh jadi tidak akan pernah menjadi kenyataan, tetapi secara teoritis - di atas kertas - mungkin saja terjadi adanya kategori ketiga dan keempat. 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.

Tetapi dalam kenyataan praktek, apakah mungkin terjadi dimana warga masyarakatnya yang sudah berganti dengan para pendatang, tetapi tradisi asli masyarakat yang bersangkutan tetap bertahan hidup dalam praktek sehari-hari? Perlu diadakan penelitian empiris yang tersendiri mengenai hal ini di lapangan. 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 kesatuan 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) huruf b UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi²⁰⁷.

Dengan demikian, kriteria “sepanjang masih hidup” menurut pendapat Jimly Asshiddiqie akan lebih jelas jika dibuatkan dalam bentuk tabel sebagai berikut:

Gambar 2
Kondisi Masyarakat, Tradisi, dan Catatan
tentang Suatu Kesatuan Masyarakat Hukum Adat

Kelompok	Kondisi Kesatuan Masyarakat Hukum Adat	Keterangan
I	Sudah Mati Sama Sekali	<ul style="list-style-type: none"> - Masyarakatnya sudah tidak asli lagi, tradisinya dan catatannya pun tidak ada, kecuali hanya ada dalam legenda-legenda yang tidak tertulis; - Masyarakatnya tidak asli lagi, tradisinya sudah menghilang dari praktek, tetapi catatannya masih tersedia dan sewaktu-waktu dapat kembali dihidupkan; - Masyarakatnya masih asli, tradisinya sudah tiada, dan tidak ada pula catatan sama sekali.
II	Sudah Tidak Hidup Dalam Praktek, Tetapi Belum Mati Sama Sekali	Masyarakat hukum adat yang masih asli, tetapi tradisinya tidak dipraktekkan lagi, namun tersedia rekaman atau catatan tertulis yang cukup memadai untuk dipupuk kembali
III	Masih Hidup	<ul style="list-style-type: none"> - Masyarakatnya masih asli, tradisinya masih dipraktekkan, dan tersedia Catatan mengenai tradisi tersebut; - Masyarakatnya masih asli,

²⁰⁷ Indonesia, *Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi*, UU No. 24 Tahun 2003, LN Tahun 2003 No. 98, 1LN No. 4316.

		<p>tradisinya masih ada, tetapi catatan tidak tersedia;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Masyarakatnya sudah tidak asli, tetapi tradisinya masih dipraktekkan dan catatannya pun tersedia cukup memadai; - Masyarakatnya tidak asli, dan juga tidak tersedia catatan mengenai hal itu, tetapi tradisinya masih hidup dalam praktek.
--	--	---

c. Sesuai dengan Perkembangan Masyarakat

Dalam kenyataannya setiap jenis hukum itu senantiasa berubah. Bahkan tak jarang di beberapa tempat, perubahan itu terjadi sangat cepat, dan di lain waktu berubah pelan dan bertahap. Tidak ada satu pun sistem hukum yang sama sekali tidak berubah. Terlalu mengandaikan adanya kesinambungan justru memunculkan masalah analitis maupun politis. Hal seperti itu akan merujuk pada suatu bentuk hukum lokal yang kaku dan tradisional yang tidak banyak bersinggungan dengan kenyataan sosialnya. Meskipun begitu, satu diantara berbagai alasan yang sah dan bisa diterima untuk menolak campur tangan pemerintah adalah dengan mengatakan bahwa rencana-rencana pemerintah bertentangan dengan hukum tradisional dari suatu masyarakat ketika masyarakat itu tidak ingin menyetujui usulan atau perintah pemerintah. Alasan tersebut meyakinkan aparat pemerintah bahwa hukum tradisional memang menjadi kendala bagi pembangunan.²⁰⁸

Tidak mudah untuk menguraikan syarat yang sekilas tampak sederhana ini karena tidak ada ukuran yang baku dan pasti tentang apa yang dimaksud dengan “perkembangan masyarakat” itu. Namun, perubahan yang dilakukan terhadap UUD 1945 adalah dimaksudkan untuk mewujudkan Indonesia sebagai Negara yang menegakkan prinsip-prinsip demokrasi konstitusional dan Negara hukum. Dengan kata lain, perkembangan masyarakat Indonesia

²⁰⁸ Tim Huma, ed, *Pluralisme Hukum: Sebuah Pendekatan Interdisiplin* (Jakarta: Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), 2005, hal. 24.

diarahkan menuju terwujudnya kehidupan bermasyarakat yang demokratis dan berdasar atas hukum. Artinya, masyarakat hukum adatpun harus menyesuaikan diri dengan ciri-ciri masyarakat dalam suatu Negara yang emnganut paham demokrasi konstitusional dan Negara hukum sebagaimana telah diuraikan di atas.²⁰⁹

Menurut Saafroedin Bahar, sukar dihindari timbulnya kesan bahwa klausula ini selain sangat bersifat *urban biased* dan bersifat diskriminatif, juga sangat melecehkan masyarakat hukum adat. Lebih dari itu, klasula ini dapat menjadi boomerang bagi Pemerintah sendiri, oleh karena sesuai dengan Pasal 28I ayat (4) Undang-Undang Dasar 1945 dan Pasal 71 dan 72 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, justru adalah tugas Negara cq tugas Pemerintah untuk memajukan hak asasi manusia, termasuk hak masyarakat hukum adat.²¹⁰

Dalam Putusannya, MK berpendapat bahwa kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya dipandang sesuai dengan perkembangan masyarakat apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut:²¹¹

1. Keberadaannya telah diakui berdasarkan undang-undang yang berlaku sebagai pencerminan perkembangan nilai-nilai yang dianggap ideal dalam masyarakat dewasa ini, baik undang-undang yang bersifat umum maupun bersifat sektoral, seperti bidang agraria, kehutanan, perikanan, dan lain-lain maupun dalam peraturan daerah;
2. Substansi hak-hak tradisional tersebut diakui dan dihormati oleh warga kesatuan masyarakat yang bersangkutan maupun masyarakat yang lebih luas, serta tidak bertentangan dengan hak-hak asasi manusia.

²⁰⁹ I Dewa Gede Palguna, *op.cit.*, hal. 170.

²¹⁰ Saafroedin Bahar, *op.cit.*, hal. 28.

²¹¹ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 31/PUU-V/2007, Rabu, 18 Juni 2008, Nomor [3.15.4].

d. Sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia

Pasal 37 ayat (5) UUD 1945 menyatakan dengan tegas bahwa khusus mengenai bentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia tidak dapat dilakukan perubahan. Menurut Saafroedin Bahar, hubungan antara negara kesatuan Republik Indonesia dengan masyarakat hukum adat bisa berwujud *top down* dimana kebijakan terhadap masyarakat hukum adat ditetapkan secara sepihak dari Jakarta sebagai ibukota Negara, atau secara *bottom up*, dengan memperhatikan hukum adat sebagai salah satu *stakeholder*. Mengenai hal ini pendirian para Pendiri Negara jelas dan tegas bahwa negara Republik Indonesia menghormati kedudukan masyarakat hukum adat sebagai daerah-daerah istimewa dan segala peraturan negara yang mengenai daerah-daerah itu akan mengingati hak asal usul daerah. Dengan demikian klausula tersebut ibarat pisau bermata dua, bisa ditujukan oleh Pemerintah kepada masyarakat hukum adat, bisa juga diterapkan kepada para penyelenggara negara itu sendiri yang karena kebijakannya tidak menghormati atau malah merugikan hak-hak masyarakat hukum adat.²¹²

Dalam hubungan dengan keberadaan masyarakat hukum adat, ada satu prinsip atau asas umum yang dapat dijadikan pegangan yakni bahwa kesatuan masyarakat hukum adat itu tidak boleh membuat atau memberlakukan aturan yang isinya bertentangan dengan peraturan yang dibuat oleh negara. Oleh karena kekuasaan negara itu tidak berada di satu tangan, tetapi menyebar ke berbagai lembaga atau organ maka yang disebut sebagai peraturan atau hukum negara itupun bermacam-macam bentuk dan ragamnya.²¹³

Selanjutnya MK dalam Putusannya memberikan penafsiran mengenai klausula “suatu kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia” apabila kesatuan masyarakat hukum adat tersebut tidak mengganggu

²¹² Saafroeddin Bahar, *Ibid*, hal. 28

²¹³ I Dewa Gede Palguna, *log.cit*.

eksistensi Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai sebuah kesatuan politik dan kesatuan hukum yaitu.²¹⁴

1. Keberadaannya tidak mengancam kedaulatan dan integritas Negara Kesatuan Republik Indonesia;
2. Substansi norma hukum adatnya sesuai dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

e. Diatur dalam Undang-Undang

Persyaratan "diatur dalam undang-undang" memiliki pengertian bahwa kesatuan masyarakat hukum adat baru dapat diakui jika keberadaan mereka diatur oleh undang-undang. Hingga saat ini Indonesia belum memiliki undang-undang yang khusus mengatur tentang masyarakat hukum adat. Namun demikian, dalam Rencana Legislatif Nasional tahun 2005-2009 telah tercantum agenda pembentukan Rancangan Undang-Undang Masyarakat Hukum Adat, meskipun dalam kenyataannya dari pengalaman Indonesia dapat diketahui bahwa pembentukan undang-undang memerlukan banyak waktu. Selain itu masyarakat hukum adat tidak berwenang membentuk undang-undang, dan karenanya posisinya sangat rentan. Dalam berbagai segi masyarakat hukum adat juga tidak mempunyai kemampuan untuk memengaruhi pembentukan undang-undang. Meskipun belum ada undang-undang yang mengatur secara khusus mengenai masyarakat hukum adat, namun di beberapa daerah dapat ditemukan peraturan daerah yang secara jelas mengakui keberadaan masyarakat hukum adat.

Keempat persyaratan yuridis terhadap masyarakat hukum adat ditengarai mengandung nuansa paradigma paternalistik dan sentralistik dengan memandang hukum negara dan hukum adat sebagai dua sistem hukum yang distink. Hal itu sangat merugikan perlindungan masyarakat hukum adat dan hak-haknya. Meskipun secara historis-mungkin oleh pertimbangan etnis atau oleh pertimbangan pragmatis- pemerintah kolonial Belanda justru mengakui masyarakat hukum adat tanpa mengajukan syarat-syarat apapun juga. Masyarakat

²¹⁴ *Ibid*, nomor [3.15.5].

hukum adat disebut sebagai *dorpsrepubliken* (republik desa) yang selain mempunyai harta kekayaannya sendiri juga berwenang mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri.²¹⁵

Paradigma paternalistik dan sentralistik yang dekat dengan paradigma kolonial ini perlu direnungkan kembali dalam konteks negara nasional yang demokratis. Hukum adat dan hukum nasional bukan merupakan dua entitas yang distink, tetapi merupakan satu kesatuan yang utuh. Hal penting yang harus diperhatikan dan didorong dalam melihat hubungan antara negara dan masyarakat hukum adat adalah prinsip-prinsip yang berkembang di lingkungan masyarakat hukum adat, yaitu:²¹⁶

1. masyarakat hukum adat adalah unsur pembentuk bangsa, karena itu upaya perlindungan dan penghormatan terhadap masyarakat hukum adat harus diletakkan dalam rangka menjaga kelangsungan bangsa dan bukan dalam rangka melakukan konservasi sosial;
2. masyarakat hukum adat tumbuh dan berkembang dari dirinya sendiri, karena itu penghormatan harus ditempatkan dalam konteks otonomi komunitas masyarakat hukum adat yang beragam;
3. pengakuan/penghormatan hak-hak masyarakat hukum adat perlu didasari pada prinsip ketidakterpisahan dari sejumlah hak yang dapat dibedakan dan bersifat tidak dapat dicabut (*inalienable rights*); dan
4. hukum dalam wujud peraturan perundang-undangan harusnya menjadi gerbang terakhir yang disiapkan negara untuk menjawab tuntutan keadilan dari masyarakat.

Secara linear, ada dua persyaratan yang harus dilalui oleh kesatuan masyarakat hukum adat untuk menjadi pemohon yang sah, dalam arti memiliki *legal standing* yang valid, pertama, memenuhi syarat formal sebagaimana yang disebutkan dalam UU MK dan PMK No. 06/PMK/2005. Kedua, memenuhi syarat

²¹⁵ Ignas Tri, *Op.Cit.*, hal. 28

²¹⁶ *Ibid*, hal. 29.

materiil yang pada dasarnya merupakan pernyataan adanya kerugian hak atau kerugian kewenangan konstitusional yang dialami dengan berlakunya undang-undang yang sedang diuji sebagai berikut:

1. kesatuan masyarakat hukum adat harus membuktikan bahwa dirinya benar-benar masyarakat hukum adat sebagaimana tercantum dalam Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK yaitu kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan sesuai dengan prinsip Negara kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
2. kesatuan masyarakat hukum adat itu memiliki hak konstitusionalitas yang diberikan UUD 1945. Di sini harus diuraikan dengan jelas bahwa kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan memiliki hak-hak konstitusional. Artinya, kesatuan masyarakat hukum adat itu harus menjelaskan dengan sejelas-jelasnya bahwa UUD 1945 memberikan hak itu kepada kesatuan masyarakat hukum adat, meskipun hal itu tidak selalu dinyatakan secara eksplisit.
3. hak (atau hak-hak) konstitusional itu telah dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian. Dalam hubungan ini tidak selalu seluruh ketentuan dari suatu undang-undang menimbulkan kerugian terhadap hak-hak konstitusional pemohon. Bisa jadi, dan ini sering terjadi, hanya satu pasal atau bahkan satu ayat dari undang-undang itu yang menimbulkan kerugian. Oleh karena itu, yang diminta untuk diuji adalah hanya pasal atau ayat yang dianggap merugikan itu.
4. kerugian sebagaimana dimaksud pada angka 3 tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi. Maksud dari ketentuan ini adalah mencakup dua hal, pertama bahwa kerugian hak konstitusional yang diderita kesatuan masyarakat hukum adat benar-benar telah terjadi secara nyata; atau kedua, kerugian itu belum terjadi namun, menurut penalaran yang wajar, dapat dipastikan terjadi jika undang-undang yang dimohonkan pengujian tersebut tetap diberlakukan.

5. ada hubungan sebab akibat (*causa verband*) antara kerugian yang dimaksud pada angka 3 dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian. Maksudnya bahwa kerugian terjadi ataupun yang dapat dipastikan akan terjadi itu adalah sebagai akibat langsung dari berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian itu.
6. ada kemungkinan bahwa jika permohonan dikabulkan maka kerugian sebagaimana dimaksudkan pada angka 3 tidak akan atau tidak lagi terjadi. maksud dari ketentuan ini adalah bahwa Pemohon, dalam hal ini kesatuan masyarakat hukum adat, harus memberikan uraian bahwa jika Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pengujian undang-undang itu maka kerugian yang diderita itu akan tidak ada atau tidak lagi ada.

Untuk memudahkan pemahaman dalam memenuhi persyaratan formal dan materiil dalam memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) yang sah, dapat digambarkan hal-hal yang harus dipenuhi tersebut sebagaimana gambar di bawah ini:²¹⁷

Gambar 3
Persyaratan Untuk Menjadi Pemohon yang Sah
(Memiliki *Legal Standing*) Bagi Kesatuan Masyarakat Hukum Adat

No.	Jenis Persyaratan	Hal Yang Harus Dipenuhi
1.	Formal	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK – dokumen-dokumen hukum yang sah disertakan; 2. PMK No. 06/PMK/2005.
2.	Materiil	<ol style="list-style-type: none"> a. Adanya jaminan konstitusional terhadap hak atau kewenangan yang bersangkutan dalam Pasal 18B ayat (2) UUD 1945; b. Adanya kerugian hak atau kewenangan

²¹⁷ Hendra Nurtjahjo, *Op.Cit.*, hal. 150.

		<p>konstitusional (<i>legal constitutional</i>);</p> <p>c. Adanya kerugian hak (perdata) yang digambarkan secara faktual (sebagai komplementer).</p>
--	--	--

Keberhasilan suatu permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 pada tahap pertama akan ditentukan oleh keberhasilan untuk memberikan penjelasan yang meyakinkan perihal telah terpenuhinya syarat-syarat kedudukan hukum (*legal standing*) dari suatu kesatuan masyarakat hukum adat untuk bertindak selaku Pemohon. Kegagalan untuk menjelaskan syarat-syarat demikian akan mengakibatkan permohonan pengujian undang-undang itu dianggap tidak memenuhi syarat formal, sehingga permohonan akan dinyatakan tidak dapat diterima.²¹⁸

Dalam laporan penelitian yang dilakukan oleh Hendra Nurtjahjo, dkk, perwakilan dari Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dalam berperkara di Mahkamah Konstitusi dapat diklasifikasikan sebagai berikut.²¹⁹

Gambar 4

Kompetensi Perwakilan dari Kesatuan Masyarakat Hukum Adat

No.	Subyek Hukum yang Memiliki Potensi Sebagai Wakil Masyarakat Hukum Adat	Mekanisme Perwakilan	Ket.
1.	Kepala Adat (Pemimpin Masyarakat Adat)	Pemberian surat kuasa khusus dari Masyarakat Hukum Adat	Tetua Adat bertindak untuk dan atas nama

²¹⁸ Mengingat masih sering terjadi kesalahan dalam mengutip suatu putusan, terutama oleh kalangan pers, perlu kiranya dijelaskan bahwa, secara teknis hukum, pengertian bahwa suatu permohonan dinyatakan "tidak dapat diterima" adalah berbeda dengan pengertian permohonan dinyatakan "ditolak". Suatu permohonan dinyatakan "tidak dapat diterima" jika permohonan itu tidak memenuhi syarat-syarat formal (misalnya karena pemohonnya tidak memiliki *legal standing*, atau karena pengadilannya tidak berwenang untuk memeriksa materi permohonan yang diajukan, atau karena permohonannya tidak jelas). Sedangkan permohonan dinyatakan "ditolak" jika hal-hal yang didalilkan pemohon ternyata tidak terbukti. Lihat I Dewa Gede Palguna (II), *op.cit.* hal. 172.

²¹⁹ Hendra Nurtjahjo, *op.cit.*, hal. 162.

			kepentingan masyarakatnya
2.	Organisasi atau kumpulan orang yang memiliki perhatian/ <i>concern</i> tentang masalah masyarakat hukum adat	Pemberian surat kuasa khusus dari Kepala Adat dan Masyarakat Hukum Adat	Pendamping selain Kuasa Hukum Pemohon harus dilengkapi dengan Surat Keterangan Khusus

4.3. Studi Kasus Perkara Nomor 31/PUU-V/2007

4.3.1. Dasar-Dasar Permohonan Pemohon

Pemohon

- a. Abdul Hamid Rahayaan, dalam hal ini bertindak dalam kedudukan dan jabatannya selaku Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dari dan oleh karenanya untuk dan atas nama serta mewakili Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Lor Lim (Lim Itel)*, berkedudukan di Desa Feer, Kecamatan Kei Besar Selatan, Kabupaten Maluku Tenggara (Pemohon I);
- b. Gasim Renuat, dalam hal ini bertindak dalam kedudukan dan jabatannya selaku Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dari dan oleh karenanya untuk dan atas nama serta mewakili Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap Dullah*, berkedudukan di Desa Dullah, Kecamatan Dullah Utara, Kabupaten Maluku Tenggara (Pemohon II);
- c. Abdul Gani Refra, dalam hal ini bertindak dalam kedudukan dan jabatannya selaku Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dari dan oleh karenanya untuk dan atas nama serta mewakili Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap Lo Ohoitel*, berkedudukan di Desa Nerong, Kecamatan Kei Besar Selatan, Kabupaten Maluku Tenggara (Pemohon III);

Pokok Permohonan

Pemohon mengajukan permohonan pengujian formil dan materiil Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2007 tentang Pembentukan Kota Tual Di Provinsi Maluku (UU

Kota Tual) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai berikut:

A. Formil

1. Bahwa UU Kota Tual pembentukannya tidak memenuhi ketentuan Pasal 18 ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945 dan UU Pemda, karena:
 - Tidak memenuhi syarat administratif yaitu:
 - a. Tidak ada persetujuan Bupati Kabupaten Maluku Tenggara.
 - b. Persetujuan DPRD Kabupaten Maluku Tenggara tidak berdasarkan pernyataan aspirasi masyarakat Kabupaten Maluku Tenggara, atau dengan kata lain belum pernah dilakukan penjarangan aspirasi masyarakat menyangkut maksud dilaksanakannya pemekaran Kabupaten Maluku Tenggara, terbukti dengan adanya penolakan dari berbagai elemen masyarakat.
 - c. Persetujuan Gubernur Provinsi Maluku tidak didasarkan atas hasil penelitian daerah yang dilakukan oleh Tim Khusus.
 - Tidak memenuhi syarat teknis tentang kemampuan ekonomi dan potensi daerah serta faktor lain yang memungkinkan terselenggaranya otonomi daerah.
 - Tidak memenuhi syarat fisik tentang lokasi calon Ibukota Kota Tual, sarana, dan prasarana pemerintahan, yaitu:
 - a. Tidak ada lokasi calon Ibukota Kota Tual.

Dalam UU Kota Tual tidak disebutkan letak Ibukota Kota Tual. Saat ini ibukota dan pusat pemerintahan Kabupaten Maluku Tenggara berlokasi di Tual, Kota Tual. Dengan diundangkannya UU Kota Tual dapat dipastikan Ibukota Kota Tual berlokasi di Tual, sehingga Tual menjadi Ibukota Kota Tual dan Ibukota Kabupaten Maluku Tenggara, dengan demikian di Tual terdapat dua pemerintahan. Selain itu, dengan diundangkannya UU Kota Tual maka Ibukota dan pusat pemerintahan Kabupaten Maluku

Tenggara harus berada di luar Kota Tual yang sampai saat ini belum jelas lokasi keberadaannya, sehingga dengan terjadinya pemekaran Kabupaten Maluku Tenggara menjadi Kabupaten Maluku Tenggara dan Kota Tual mengakibatkan Kabupaten Maluku Tenggara sebagai Kabupaten Induk menjadi terlantar.

b. Sarana dan prasarana pemerintahan.

Bahwa ketersediaan sarana dan prasarana pemerintahan di 10 (sepuluh) kecamatan di Kabupaten Maluku Tenggara dalam bentuk gedung pemerintah yang sudah ada baru 32 dari yang minimal seharusnya 38. Lahan pemerintah yang tersedia 343,74 dari lahan yang minimal seharusnya tersedia 684,12.

2. Bahwa UU Kota Tual bertentangan dengan Pasal 22A Perubahan Kedua UUD 1945 dan Pasal 20 ayat (1) Perubahan Kesatu UUD 1945.

- Bahwa UU Kota Tual pembentukannya tidak memenuhi asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik sebagaimana dimaksud dalam Bab II Pasal 5 UU Nomor 10 Tahun 2004, yaitu:

- a. Asas kejelasan tujuan
- b. Asas kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat
- c. Asas dapat dilaksanakan
- d. Asas Kedayagunaan dan Kehasilgunaan
- e. Asas Keterbukaan

B. Materiil

1. Bahwa dengan disahkan dan diundangkan berlakunya UU Kota Tual maka Kabupaten Maluku Tenggara dimekarkan menjadi Kabupaten Maluku Tenggara dan Kota Tual dengan cakupan wilayah dan batas-batas wilayah sebagaimana diatur dalam Bab II Bagian Kesatu Pasal 2, Bagian Kedua Pasal 3, Pasal 4 dan Bagian Ketiga Pasal 5, dan Pasal 6 UU Kota Tual.
2. Bahwa dengan disahkan dan diundangkan berlakunya UU Kota Tual yang membagi Kabupaten Maluku Tenggara menjadi Kabupaten Maluku

Tenggara dan Kota Tual telah menimbulkan kerugian bagi para Pemohon karena terbagi/terpecahnya masyarakat hukum adat dan wilayah kekuasaan hukum adat para Pemohon, yaitu:

- Daerah kekuasaan adat dan masyarakat hukum adat Pemohon I, *Ratschap* Tual terdiri dari 4 (empat) desa, yaitu Desa Tual, Desa Taar, Desa Ohoiertavun, Desa Ohoililir dan 3 (tiga) dusun, yaitu Dusun Mangon, Dusun Pulau Ut, Dusun Fair. Desa Tual dan Desa Taar, Dusun Mangon, Dusun Pulau Ut dan Dusun Fair masuk dalam wilayah Kota Tual, sedangkan Desa Ohoiertavun dan Desa Ohoililir masuk dalam wilayah Kabupaten Maluku Tenggara. *Ratschap* Yarbadang, terdiri dari 9 (sembilan) desa, yaitu Desa Tetoat, Desa Letvuan, Desa Wab, Desa Waurvut, Desa Evu, Desa Dian Pulau, Desa Tayando Yamru, Desa Tayando Yamtel, Desa Tayando Ohoiel, dan 6 (enam) dusun, yaitu Dusun Dian Darat, Dusun Ngursit, Dusun Madwat, Dusun Ohoibadar, Dusun Wab Watngil, Dusun Arso. Desa Tayando Yamru, Desa Tayando Yamtel, Desa Tayando Ohoiel masuk dalam wilayah Kota Tual, sedangkan Desa Tetoat, Desa Letvuan, Desa Wab, Desa Waurvut, Desa Evu, Desa Dian Pulau, Dusun Dian Darat, Dusun Ngursit, Dusun Madwat, Dusun Ohoibadar, Dusun Wab Watngil dan Dusun Arso masuk dalam wilayah Kabupaten Maluku Tenggara.
- Daerah kekuasaan Pemohon II, *Ratschap* Lo Ohoitel yaitu wilayah Laut di Selat Nerong sebagian masuk dalam wilayah Kota Tual dan sebagian lagi masuk dalam wilayah Kabupaten Maluku Tenggara.
- Daerah kekuasaan adat dan masyarakat hukum adat Pemohon III, *Ratschap* Dullah yang terdiri dari 9 (sembilan) desa, yaitu Desa Dullah, Desa Warbal, Desa Dullah Laut, Desa Letman, Desa Tamedan, Desa Labetawi, Desa Ngadi, Desa Fiditan, Desa Tayando Langgiar, dan 2 (dua) dusun, yaitu Dusun Sidniohoi, Dusun Dudunwahan. Desa Dullah, Desa Dullah Laut, Desa Tamedan, Desa Labetawi, Desa Ngadi, Desa Fiditan, Desa Tayando Langgiar masuk dalam wilayah Kota Tual, sedangkan Desa Warbal, Desa Letman, Dusun Sidniohoi

2. Bahwa pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku, baik bentuk, institusi maupun prosedurnya telah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Selain itu Pemerintah juga dapat menyampaikan bahwa pembentukan Kota Tual di Provinsi Maluku telah memenuhi syarat-syarat administratif pembentukan dan/atau pemekaran suatu daerah (dalam hal ini Kabupaten/Kota), sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (3) UU Pemda, yang meliputi adanya persetujuan DPRD Kabupaten/Kota dan Bupati/Walikota yang bersangkutan, persetujuan DPRD Provinsi dan Gubernur serta rekomendasi Menteri Dalam Negeri, yang kesemuanya telah ada dan terpenuhi dalam persyaratan pembentukan UU Kota Tual.

b. Terhadap pengujian materiil (*materiele toetsingrecht*)

1. Pembentukan daerah harus mempertimbangkan berbagai faktor seperti kemampuan ekonomi, potensi daerah, luas wilayah, kependudukan, dan pertimbangan dari aspek sosial politik, sosial budaya, pertahanan dan keamanan, serta pertimbangan dan syarat lain yang memungkinkan daerah itu dapat menyelenggarakan dan mewujudkan tujuan dibentuknya daerah dan diberikannya otonomi daerah.
2. Bahwa tata cara pembentukan daerah baik berupa penggabungan atau pemekaran termasuk persyaratannya yang mencakup syarat administratif, teknis, dan fisik kewilayahan sesungguhnya telah diatur oleh UU Pemda dan Peraturan Pemerintah Nomor 129 Tahun 2000 tentang Persyaratan Pembentukan dan Kriteria Pemekaran, Penghapusan, dan Penggabungan Daerah.
3. Bahwa sesungguhnya telah dilakukan penjangkauan aspirasi melalui jajak pendapat yang dibuktikan oleh adanya Surat Bupati Maluku Tenggara Nomor 130/1562 tanggal 4 Mei 2007 yang intinya menyampaikan hasil jajak pendapat dari 10 kecamatan dengan hasil responden yang setuju pemekaran sebanyak 53% dan tidak setuju 44% (sebagaimana dinyatakan pada halaman 8 Risalah Rapat Panja Komisi II DPR dengan Direktur Jenderal Otonomi Daerah Departemen Dalam Negeri pada hari Selasa

tanggal 15 Mei 2007 pukul 14.00 WIB). Adanya penolakan pemekaran oleh sebagian elemen masyarakat setempat tidak dapat diartikan bahwa pembentukan Kota Tual belum memenuhi aspirasi masyarakat setempat. Adalah sangat penting juga harus diperhatikan aspirasi masyarakat yang menyetujui pemekaran yang secara jumlah melebihi prosentase yang tidak menyetujui.

4. Bahwa kebiasaan selama ini apabila terjadi pembentukan kota maka konsekuensinya adalah Ibukota Kabupaten Induk yang dipindahkan sehingga sesungguhnya lokasi calon Ibukota Kota Tual telah ada yaitu di Tual itu sendiri sehingga tidak dicantumkan dalam UU Kota Tual sebagaimana juga dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2001 tentang Pembentukan Kota Tasikmalaya yang tidak mencantumkan tentang lokasi yang menjadi calon ibukotanya dan undang-undang tentang pembentukan kota lainnya. Selain itu, juga sesungguhnya telah dikuatkan dengan adanya Keputusan DPRD Kabupaten Maluku Tenggara Nomor 61 Tahun 2007 yang menyatakan secara definitif Ibukota Kabupaten Maluku Tenggara yaitu di Langgur (sebagaimana dinyatakan pada halaman 21, 22, dan 26 Risalah Rapat Panja Komisi II DPR dengan Direktur Jenderal Otonomi Daerah Departemen Dalam Negeri pada hari Selasa tanggal 15 Mei 2007 pukul 14.00 WIB). Dengan demikian, tidak akan terjadi dualisme pemerintahan seperti yang dikuatirkan para Pemohon karena telah jelas lokasinya baik Ibukota Kota Tual dan Ibukota Kabupaten Maluku Tenggara.
5. Bahwa dalam Penjelasan Pasal 5 ayat (2) dinyatakan bahwa lampiran peta cakupan wilayah yang digambarkan dengan skala 1 : 50.000 diterbitkan oleh Pemerintah dan diserahkan kepada Pemerintah Daerah Kota Tual pada saat peresmian sebagai daerah otonom baru. Kemudian dalam Pasal 5 ayat (3) dinyatakan penegasan batas wilayah Kota Tual secara pasti di lapangan, sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) ditetapkan oleh Menteri Dalam Negeri paling lama 5 (lima) tahun sejak diresmikannya Kota Tual. Dengan adanya ketentuan Pasal 5 ayat (3) tersebut maka sesungguhnya merupakan jalan keluar (*exceptional*) dari

UU Kota Tual untuk menjembatani perbedaan persepsi yang muncul mengenai cakupan dan batas wilayah Kota Tual yang akan ditetapkan secara tegas dan pasti oleh Menteri Dalam Negeri.

4.3.3. Keterangan DPR

a. Mengenai Pengujian Materil

1. Bahwa pembentukan kota Tual di Provinsi Maluku dengan undang-undang sudah sesuai dengan Pasal 18 ayat (1) dan Pasal 18B UUD 1945, serta UU Pemda dan Peraturan Pemerintah Nomor 129 Tahun 2000 tentang Persyaratan Pembentukan dan Kriteria Pemekaran, Penghapusan dan Penggabungan Daerah.
2. Bahwa aspirasi masyarakat yang berkenaan dengan pembentukan pemerintah Kota Tual berlangsung sejak tahun 2002 dan secara resmi aspirasi ini masuk di DPR-RI tahun 2003 dan kala itu masih berlaku UU Pemda. Di dalam klausul pembahasan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 terhadap usulan daerah atau pembentukan daerah otonom yang masuk pada masa berlakunya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 (UU 22/1999) tetapi belum selesai pembahasannya oleh DPR maka merujuk kepada UU 22/1999 dan Peraturan Pemerintah Nomor 129 Tahun 2000, karena ada perbedaan mengenai syarat administratif dan teknis, misalnya jumlah wilayah kecamatan menurut UU 22/1999 adalah tiga maka sekarang disyaratkan harus lima. Oleh karena ini adalah aspirasi yang sudah cukup lama tentu prosesnya tidak dapat diselesaikan secara serta merta mengingat karakteristik dan model dari daerah-daerah otonom baru yang diusulkan untuk pembentukan tersebut mempunyai administratif yang berbeda-beda sesuai dengan kondisi administratif politik di daerah masing-masing.
3. Bahwa prosedur awal pembentukan kota Tual cukup sulit, karena apabila undang-undang diajukan pembentukannya oleh DPR maka DPR memiliki kewajiban melakukan kunjungan ke daerah pemekaran, kemudian dari hasil kunjungan itu fraksi-fraksi akan menyampaikan persetujuan terhadap hasil kajian lapangan tersebut. Dalam rentang

kendali masa DPR 1999-2004 ada beberapa faktor teknis yang membuat DPR tidak bisa serta merta melakukan kunjungan terhadap semua usulan pemekaran yaitu karena ketiadaan anggaran yang dianggarkan secara resmi oleh dewan.

4. Bahwa ada beberapa daerah yang di dalamnya masih terjadi pergolakan politik sehingga syarat administratifnya masih tertinggal. Namun, karena sudah resmi didaftarkan di dewan dan disampaikan kepada Pemerintah maka terhadap beberapa daerah pemekaran yang tidak bisa diselesaikan pada periode DPR 1999-2004 akan diselesaikan dengan mengacu kepada UU 22/1999, Peraturan Pemerintah Nomor 129 Tahun 2000, dan UU 32/2004. Terhadap hal tersebut, Bupati Maluku Tenggara pernah melakukan rekomendasi pada tanggal 4 September 2003. Kemudian Keputusan DPRD Nomor 16 Tahun 2005 karena dalam UU 22/1999 mengisyaratkan untuk pembentukan daerah otonom di daerah diperlukan rekomendasi bupati dan Keputusan DPRD. Selanjutnya surat Gubernur Maluku tertanggal 7 Oktober 2003, persetujuan DPRD Provinsi Maluku Tenggara tanggal 12 November 2005, dan Keputusan DPRD Maluku Tenggara tanggal 27 Januari 2007.
5. Terakhir adalah Keputusan DPRD Maluku Tenggara Nomor 12/II/DPRD/2007 tanggal 15 Juni 2007 tentang persetujuan DPRD Kabupaten Maluku Tenggara yang memberikan dukungan dana hibah penyelenggaraan pemerintahan karena memang dari beberapa daerah yang dimekarkan, persoalan yang sering terjadi adalah penyerahan aset dan dana bagi pelaksanaan operasional daerah pemekaran. Oleh karenanya dalam setiap pembentukan perundang-undangan yang berkaitan dengan pembentukan daerah otonom, DPR selalu mengundang DPRD dan kepala daerah.
6. Bahwa proses penyusunan, pembahasan, dan pengesahan Rancangan Undang-Undang tentang Pembentukan Kota Tual menjadi undang-undang sebagai berikut:

- a. Sebagai pelaksanaan Pasal 18 UUD 1945 yaitu UU 22/1999 yang diubah dengan UU 32/2004. Mengingat pada proses pengajuan aspirasi masyarakat, penyusunan dan pembahasan RUU tentang Pembentukan Kota Tual, Peraturan Pemerintah sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 8 UU 32/2004 belum terbit maka berdasarkan Pasal 232 ayat (2) UU 32/2004 yang mengatur dan menetapkan bahwa pembentukan daerah provinsi atau kabupaten kota yang telah memenuhi seluruh persyaratan pembentukan sesuai peraturan perundang-undangan tetap diproses sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan sebelum undang-undang ini diundangkan, yaitu menggunakan Peraturan Pemerintah 129 Tahun 2000.
- b. Aspirasi masyarakat yang masuk antara lain, Komisi A DPRD Provinsi Maluku, masyarakat Maluku Tenggara, para tokoh masyarakat, tokoh pemuda OKT, LSM, dan elemen masyarakat Maluku Tenggara yang berdomisili di Kota Ambon terhadap pembentukan pemekaran Kota Tual, raja-raja Kabupaten Maluku Tenggara Tual, aliansi partai-partai politik Kabupaten Maluku Tenggara, Tim masyarakat atau Panitia Masyarakat Perjuangan Pembentukan Percepatan Pemekaran Kota Tual yang telah menyertakan persyaratan administrasi, aspirasi dukungan dari masyarakat.

b. Mengenai Pengujian Formil

1. Bahwa para Pemohon selain mengajukan uji materiil juga mengajukan uji formil terhadap UU Kota Tual di Provinsi Maluku dengan mendasarkan pada Pasal 20 ayat (1) dan Pasal 22A UUD 1945 dihubungkan dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Bahwa menurut para Pemohon format Pembukaan Undang-Undang yaitu pada bagian jabatan pembentuk undang-undang dan kop surat yang digunakan adalah Presiden Republik Indonesia sehingga tidak tepat dan melanggar Pasal 20 ayat (1) dimana pemegang kekuasaan pembentuk undang-undang

adalah DPR. Terhadap dalil Pemohon tersebut dapat dijelaskan bahwa memang benar sesuai dengan ketentuan Pasal 20 ayat (1), DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang, sedangkan penandatanganan sebagai pengesahan atas suatu rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama adalah kewenangan Presiden Republik Indonesia, tetapi Pasal 20 ayat (1) tidak berdiri sendiri, karena harus dikaitkan pula dengan ketentuan dalam ayat-ayat yang lain, antara lain dengan ayat (2) yang menyatakan bahwa setiap Rancangan Undang-Undang dibahas oleh DPR dan Presiden untuk mendapatkan persetujuan bersama. Prosedur pembentukan UU Kota Tual di Provinsi Maluku adalah sudah tepat karena telah dibahas bersama antara DPR dan Presiden yang dalam hal ini diwakilkan oleh menteri terkait. Dengan demikian secara formil tidak bertentangan dengan Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 22A UUD 1945, dan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

2. Bahwa uji formil terhadap suatu undang-undang dilakukan apabila undang-undang tidak memenuhi syarat-syarat proses pembentukannya. Dalam hal pembentukan undang-undang mengenai pemekaran daerah salah satunya adalah menyangkut syarat-syarat administratif sebagaimana dimaksud Pasal 5 ayat (3) UU Pemda yaitu meliputi adanya persetujuan DPRD Kabupaten/Kota dan Bupati/Walikota yang bersangkutan, persetujuan DPRD Provinsi dan Gubernur serta rekomendasi Menteri Dalam Negeri, yang kesemuanya telah ada dan terpenuhi dalam persyaratan pembentukan UU Kota Tual.
3. Bahwa para Pemohon mendalilkan persetujuan DPRD Kabupaten Maluku Tenggara sebagai salah satu syarat administratif pemekaran daerah sebagaimana dimaksudkan Pasal 5 ayat (3) UU Pemda dan penjelasannya, tidak diproses atau belum pernah dilakukan penjarangan aspirasi masyarakat setempat yang terbukti dengan adanya penolakan dari sebagian elemen masyarakat. Dalil para Pemohon tersebut tidak tepat karena berdasarkan Surat Bupati Maluku Tenggara Nomor 130/1562 tanggal 4 Mei 2007 yang intinya menyampaikan hasil jajak

pendapat dari 10 kecamatan dengan hasil responden yang setuju pemekaran sebanyak 53% dan tidak setuju 44% (seperti dinyatakan pada halaman 8 Risalah Rapat Panja Komisi II DPR dengan Direktur Jenderal Otonomi Daerah Departemen Dalam Negeri pada hari Selasa tanggal 15 Mei 2007 pukul 14.00 WIB) membuktikan bahwa telah dilakukan langkah-langkah penjaringan inspirasi masyarakat. Adanya penolakan pemekaran oleh sebagian elemen masyarakat setempat tidak dapat serta merta diartikan bahwa pembentukan Kota Tual belum memenuhi aspirasi masyarakat setempat.

4. Bahwa selain itu para Pemohon juga mempermasalahkan tidak adanya lokasi calon Ibukota Kota Tual sebagai syarat fisik pemekaran daerah. Terhadap permasalahan lokasi calon Ibukota Kota Tual dapat dijelaskan bahwa telah menjadi kebiasaan apabila terjadi pembentukan kota maka konsekuensinya adalah Ibukota Kabupaten Induk yang dipindahkan sehingga lokasi calon Ibukota Kota Tual yaitu di Tual itu sendiri sehingga tidak dicantumkan dalam UU Kota Tual. Selain itu, hal ini telah dikuatkan dengan Keputusan DPRD Kabupaten Maluku Tenggara Nomor 61 Tahun 2007 yang menyatakan secara definitif Ibukota Kabupaten Maluku Tenggara yaitu di Langgur (seperti dinyatakan pada halaman 21, 22 dan 26 Risalah Rapat Panja Komisi II DPR dengan Direktur Jenderal Otonomi Daerah Departemen Dalam Negeri pada hari Selasa tanggal 15 Mei 2007 pukul 14.00 WIB). Dengan demikian tidak akan terjadi dualisme pemerintahan seperti yang dikhawatirkan para Pemohon karena telah jelas lokasinya baik Ibukota Kota Tual dan Ibukota Kabupaten Maluku Tenggara.
5. Bahwa terdapat kontradiksi antara Pasal 3 ayat (1) tentang Cakupan Wilayah dan Pasal 5 ayat (1) tentang Batas Wilayah dengan Lampiran Peta Wilayah Kota Tual. Terhadap hal ini dijelaskan bahwa dalam Penjelasan Pasal 5 ayat (2) dinyatakan bahwa lampiran peta cakupan wilayah yang digambarkan dengan skala 1 : 50.000 diterbitkan oleh Pemerintah dan diserahkan kepada Pemda Kota Tual pada saat peresmian sebagai daerah otonom baru. Kemudian dalam Pasal 5 ayat

(3) dinyatakan penegasan batas wilayah Kota Tual secara pasti di lapangan, sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) ditetapkan oleh Menteri Dalam Negeri paling lama 5 (lima) tahun sejak diresmikannya Kota Tual. Dengan adanya ketentuan Pasal 5 ayat (3) tersebut maka sesungguhnya merupakan "*exit clause*" (klausula jalan keluar) dari UU Kota Tual untuk menjembatani perbedaan persepsi yang muncul mengenai cakupan dan batas wilayah Kota Tual yang akan ditetapkan secara tegas dan pasti oleh Menteri Dalam Negeri.

6. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2003 tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR, DPD, dan DPRD Pasal 26 ayat (1) huruf o telah menjadi salah satu tugas dan wewenang DPR untuk menyerap, menghimpun, dan menindaklanjuti aspirasi masyarakat tersebut sehingga DPR periode 1999-2004 penyusunan *draft* RUU usul DPR tentang pembentukan Kota Tual. Karena terbatasnya waktu, DPR periode 1999-2004 tidak dapat menyelesaikan proses lebih lanjut, namun DPR periode 2004-2009 melalui Rapat Badan Musyawarah tanggal 24 Februari 2005 menugaskan kepada Komisi II DPR untuk menindaklanjuti penyusunan dan pembahasannya.
9. Proses pembahasan RUU usul DPR tentang Pembentukan Kota Tual adalah bagian dari pelaksanaan tugas konstitusional anggota DPR yang telah diamanatkan oleh UUD 1945 dan peraturan perundang-undangan pelaksanaannya.

4.3.5. Analisa Yuridis Perkara Nomor 31/PUU-V/2007

Setelah mencermati permohonan Pemohon, didapati fakta hukum sebagai berikut:

1. Pemohon mendalilkan dirinya sebagai kesatuan masyarakat hukum adat;
2. Pemohon merasa dirugikan dengan berlakunya UU Pembentukan Kota Tual;
3. Pemohon mengajukan pengujian undang-undang formil dan materiil;

Dalam menganalisa permohonan tersebut dan mengetahui apakah para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak dalam mengajukan

Judicial review, ada beberapa pertanyaan hukum yang harus dijawab sebagai berikut:

1. apakah kesatuan masyarakat hukum adat yang diwakili para pemohon telah memenuhi persyaratan sebagaimana terdapat dalam Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK?
2. apakah Pemohon memiliki hak konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945?
3. apakah hak konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh berlakunya UU Pemekaran Kota Tual?
4. apakah kerugian konstitusional pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
5. apakah ada hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya UU Pemekaran Kota Tual?
6. apakah dimungkinkan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan di atas, dapat diteliti dari permohonan dan keterangan-keterangan yang telah disampaikan oleh Para Pihak dalam persidangan.

1. dalam permohonannya, Para Pemohon mendalilkan bahwa mereka masing-masing mewakili kesatuan masyarakat hukum adat Lor Lim (Lor Itel), masyarakat hukum adat *Ratschap* Dullah, dan masyarakat hukum adat *Ratschap Lo Ohoitel*. Bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK, ada persyaratan yang harus dipenuhi oleh mereka yang mendalilkan dirinya wakil dari kesatuan masyarakat hukum adat yaitu:
 - a. Apakah memenuhi kriteria sebagai kesatuan masyarakat hukum adat?
 - b. Apakah kesatuan masyarakat hukum adat tersebut masih hidup?
 - c. Apakah kesatuan masyarakat hukum adat tersebut sesuai dengan perkembangan masyarakat?

- d. Apakah kesatuan masyarakat tersebut sesuai dengan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia?
- e. Apakah kesatuan masyarakat tersebut diatur dalam undang-undang?

Telah disebutkan dalam bab-bab sebelumnya bahwa untuk dapat dikatakan sebagai kesatuan masyarakat hukum adat maka harus memenuhi syarat:

- a. ada sekelompok orang yang hidup bersama yang dipertautkan oleh pertalian darah (satu keturunan);
- b. berdiam di wilayah yang sama;
- c. dipimpin oleh seseorang atau beberapa orang yang berasal dari mereka sendiri (umumnya dipilih);
- d. memiliki harta bersama [materiil (harta bergerak dan harta tidak bergerak) dan immateriil (upacara adat, lambang-lambang, bahasa, lembaga-lembaga adat, dll)];
- e. memiliki aturan bersama untuk memelihara harta bersama;

Terkait dengan persyaratan tersebut, dalam persidangan terungkap bahwa:

❖ Asal Usul Dan Terbentuknya Masyarakat Adat Kei

Pada umumnya masyarakat yang ada di Kepulauan Kei, berdomisili pada desa/dusun yang disebut dengan nama *Ohoi*, serta mengakui dirinya adalah masyarakat adat. Pengakuan ini berdasarkan pada:

1. Legenda Sejarah

Masyarakat Kei di Maluku Tenggara berdasarkan cerita dari para Ieluhur mereka bahwa: mereka secara berkelompok datang ke Kepulauan Kei. Para pendatang tersebut kemudian bergabung dengan masyarakat asli (Tuan Tan atau Tuan Tanah) yang membentuk *Ohoi*. Kehidupan yang berdampingan ini terbagi atas marga/fam yang memiliki kepemimpinannya sendiri-sendiri. Kumpulan marga/faam ini kemudian mendiami wilayah yang kemudian berkembang menjadi *Ohoi* (dusun) yang dipimpin *Soa*, dan juga *Ohoi* (desa) yang dipimpin

orang *Kay* serta secara genealogis maupun teritori menggabungkan diri menjadi *Ratschap* yang dipimpin *Rat*.

- *Soa* terbentuk atas penyatuan atau pengelompokan faam/marga pada suatu wiiayah yang disebut *Ohoi* yang dipimpin oleh Kepala *Soa*.
- *Ohoi* yang dimaksud ini adalah kumpulan masyarakat yang lebih besar (*Orang Kaya Schap*) yang langsung dipimpin oleh *Orang Kay*.
- *Ratschap* adalah kumpulan *Ohoi/Orang Kaya Schap* secara teritori yang langsung dipimpin oleh seorang *Rat*.

2. Secara Yuridis

Pengelompokan masyarakat yang berada di Kepulauan Kay menjadi 3 kelompok yakni: a). persekutuan masyarakat yang tergabung dalam kelompok *Lor Lim* dengan hukum *Ngabal*; b). persekutuan masyarakat yang tergabung dalam kelompok persekutuan dengan nama *Ur Siu* dengan hukum adatnya *Larwul*; c). Kelompok Persekutuan Baru yaitu *Lor Lobay* (penengah).

Penggabungan hukum *Larwul* dari kelompok siwa dan hukum *Ngabal* sebagai hukum adat bersama masyarakat Kei yakni hukum adat *Larwul-Ngabal* (saat ini *Larwul-Ngabal* dijadikan sebagai Lambang Daerah Kabupaten Maluku Tenggara).

3. Secara Sosiologis

Secara sosiologis mereka hidup secara berkelompok pada teritori masing-masing yang dikenal dengan nama *Ohoi* (*Orang Kaya Schap* dan *Ratschap*). Pengelompokan ini atas dasar garis keturunan atau hubungan kekeluargaan atau berdasarkan kepercayaan dan hukum.

4. Secara Realita

Secara realita persekutuan masyarakat yang berada pada *ohoi-ohoi* tersebut atau gabungan *ohoi* memiliki pemerintahan dengan strukturnya sendiri-sendiri serta memiliki fungsi yang secara umum hampir sama.

Dengan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979 telah terjadi penyeragaman *nomenklatur Ohoi, Orang Kaya Schap* dan *Ratschap* menjadi desa.

Mereka yang memimpin baik pada tingkat *Saniri, Soa, Ohoi, Ratschap* adalah para pemuka yang berasal dari marga/faam yang secara strata lebih tinggi.

❖ Sistem Hukum Adat Maluku Tenggara

Masyarakat Maluku Tenggara secara umum terikat dalam hukum adat *Larwul-Ngabal*, hal ini terjadi karena landasan filosofis yang dianut mereka adalah *Ain Ni Ain*. Seperti diketahui bahwa di Kepulauan Kei terdapat pengelompokan persekutuan atas 3 (tiga) kelompok yaitu: Kelompok *Lor Lim* (Pata Lima), Kelompok *Ur Siu* (Pata Siwa) dan yang terakhir kelompok *Lor Labay*.

Kelompok masyarakat yang berada pada wilayah *Lor Lim*, baik yang berada di Key Besar maupun Kei Kecil terdiri 9 (sembilan) *ratschap* yaitu *Ratschap Tiflean Mangur, Ratschap Ohoililim Nangan, Ratschap Tuvle, Ratschap Yarbadang, Ratschap Tabab Yanlim, Ratschap Songli, Ratschap Kirkes, Ratschap Lo Ohoitel, Ratschap Ohoilim Tahit, Ratschap Fau Ohoiwut, Ratschap Ub Ohoifaak*. Di dalam *ratschap-ratschap* masih terdapat *ohoi-ohoi* yang secara teritorial berada pada *ratschap-ratschap* tersebut.

Sedangkan pada kelompok *Ur Siw* terdapat *ratschap-ratschap* antara lain: *Ratschap Kamear Kur, Ratschap Mantilur, Ratschap Magrib, Ratschap Famur Danar, Ratschap Disakmas, Ratschap Utan Tel Timur, Ratschap Utan Tel Barat, Ratschap Mer Ohoingan, Ratschap Meu Unfit, Ratschap Maur Ohoiwut*. Seperti halnya pada *ratschap-ratschap* tersebut juga memiliki *ohoi-ohoi* yang secara teritori juga saling menggabungkan diri.

Sedangkan untuk *Lor Lobay* atau Penengah terdapat 2 (dua) *ratschap* yaitu *Ratschap* Taam di Kepulauan Kei Kecil dan *Ratschap* Werka di Kepulauan Kei Besar.

Pengelompokan ini terjadi sejak masyarakat yang datang mulai mendiami wilayah Kepulauan Kei berdasar keterikatan atas hukum adat yang dipegangnya, seperti *Lor Lim* dengan hukum adat *Ngabal* dan *Ur Siu* dengan Hukum Adat *Larwul*. Dalam memperluas pengaruh terjadi peperangan di antara mereka yang berlangsung untuk saling menguasai atau memperoleh wilayah kekuasaan yang pada akhirnya muncul kelompok penengah atau kelompok netral (*Lor Lobay*) yang mampu mendamaikan dan mempersatukan mereka yang menjadikan hukum yang dipegang masing-masing sebagai satu kesatuan untuk menyatukan mereka yang disebut dengan nama *Larwul-Ngabal*. Hukum *Larwul-Ngabal* ini mengatur seluruh aspek kehidupan masyarakat Kei baik yang bersifat publik maupun keperdataan. Berdasarkan keterangan berbagai sumber yang diperoleh di lapangan yang mengatakan bahwa hukum *Larwul-Ngabal* merupakan cikal bakal atau dasar bagi terbentuknya hukum-hukum adat yang mengatur tentang saksi, perkawinan, dan lain-lain.

❖ Sistem Pemerintahan Adat

Sistem Pemerintahan Adat di Maluku Tenggara masih memiliki keterikatan yang sangat kuat dengan adat budaya mereka. Fungsi-fungsi dari setiap unsur yang terdapat pada sistem Pemerintahan Adat di Maluku Tenggara adalah sebagai berikut:

1. *Rat*

Sebagai kepala persekutuan antar *Ratschap* dan Ohoi dengan tugas:

- Menyelesaikan masalah-masalah adat pada tingkat *Ratschap*;
- Mengayomi seluruh warga masyarakat adat yang ada pada wilayah *Ratschap*;
- Sebagai koordinator dan sekaligus sebagai lambang pemersatu di wilayah *Ratschap*.

Rat dipilih berdasarkan garis keturunan lurus dari marga yang telah ditentukan atau yang memiliki strata yang lebih tinggi, serta memegang jabatan untuk masa seumur hidup atau sampai dengan tidak mampu menjalankan tugas. *Rat* yang karena jabatannya sebagai kepala pemerintahan bertanggung jawab secara pemerintahan kepada Camat. Sebagai kepala pemerintahan bertanggung jawab kepada Rapat Besar Kepala Adat (RBKA).

Tidak ada Raja Di Raja, Tidak ada Raja Membawahi Raja, dan tidak ada Raja Mewakili Raja yang lainnya.

2. Orang Kay

Sebagai kepala persekutuan pada tingkat *Orang Kay Schap*/Gabungan Beberapa *Ohoi* dengan fungsi dan tugas sebagai berikut:

- Sebagai Kepala Adat pada tingkat *Orang Kay Schap*.
- Sebagai Kepala pemerintahan administrasi langsung di bawah Camat.
- Bertindak selaku hakim pada tingkat *Orang Kay Schap* dalam menyelesaikan persoalan-persoalan yang muncul yang tidak dapat diselesaikan pada tingkat *Soa* atau *Saniri*.

Orang Kay diangkat dan dipilih oleh masyarakat *Ohoi* dari marga atau faam yang telah atau yang memiliki strata yang lebih tinggi. Untuk masa jabatan sebagai kepala pemerintahan mengacu kepada ketentuan hukum negara, sedangkan sebagai kepala adat berlaku seumur hidup.

3. Soa

Merupakan kepala dari persekutuan kepala marga. *Soa* bertugas membantu *Orang Kay* dalam pemerintahan dan adat budaya pada tingkat *Ohoi*. *Soa* dipilih dari marga yang telah ditentukan atau memiliki hak untuk itu yang tingkatan stratanya dalam masyarakat lebih tinggi.

4. Saniri

Saniri adalah kepala fam atau marga yang diangkat oleh warga marga berdasarkan unsur dituakan serta bijaksana. Fungsi *Saniri* adalah:

- Menyelesaikan masalah-masalah adat kemasyarakatan pada tingkat marga atau faam.
- Bersama Kepala Soa membantu *Rat/Orang Kay* dalam tugas adat dan kemasyarakatan serta tugas pemerintahan atau administrasi.

Disamping unsur-unsur pemerintahan tersebut di atas masih ada lagi unsur lain yang turut berperan dalam sistem pemerintahan adat Kei, antara lain:

1. Tuan Tan

Tuan Tan adalah orang yang mempunyai pengetahuan yang lebih baik tentang seluk beluk menyangkut dengan tanah-tanah yang dimiliki Ohoi. Fungsi Tuan Tan adalah:

- Membantu memberikan informasi kepada Orang Kay atau *Rat* menyangkut dengan masalah tanah di petuanan Ohoi atau *Ratschap*.
- Membantu Orang Kay atau *Rat* dalam menyelesaikan kasus kepemilikan tanah, baik oleh warga masyarakat maupun antar Ohoi.
- Memiliki fungsi religius magis dengan lingkungan hidup pada wilayah lainnya.

2. Marin

Berperan sebagai jembatan informasi atau penyampai berita yang berasal dari *Rat/Orang Kay/Soa*. Pada wilayah-wilayah *Ratschap/Ohoi* tertentu, Marin ini sudah hampir punah atau artinya sudah kurang difungsikan lagi.

3. Juru Tulis

Juru Tulis adalah orang yang diangkat pada tingkat *Ratschap* maupun Ohoi dengan tugas membantu *Rat/Orang Kay* yang dianggap mampu dalam mengelola administrasi pemerintahan (cakap menulis dan membaca).

Di samping yang disebutkan di atas masih ada lagi jabatan-jabatan lain seperti Kapitan, Mituduan, dan Hawaerduan. Ketiga jabatan ini berdasarkan data lapangan berfungsi manakala ada upacara-upacara adat semata.

❖ **Pengelolaan Sumber Daya Alam**

Dalam persekutuan masyarakat adat Kabupaten Maluku Tenggara berdasarkan kondisi lapangan yang ditemukan bahwa pengakuan tentang hak atas wilayah (tanah atau laut) secara adat budaya masih diakui dan masih dihormati. Bentuk penguasaan wilayah adat hanya diakui berdasarkan batas-batas alam, pengakuan sejarah yang sampai saat ini masih berlaku baik di wilayah darat maupun wilayah laut dalam lingkup *Ratschap*, *Orang Kay Schap*, *Ohoi* maupun *Soa*.

Konsep pengelolaan darat sepenuhnya diserahkan kepada penguasaan individu/marga/ohoi. Sedangkan konsep pengelolaan wilayah laut diletakkan pada konsep pengelolaan bersama oleh masyarakat Ohoi dengan mengacu pada aturan-aturan adat atau keputusan-keputusan adat tentang bentuk dan jenis sumber daya alam yang dikelola.

Berdasarkan temuan yang ada bahwa sampai dengan saat ini, pola penguasaan hak ulayat masih diletakkan pada masyarakat adat baik secara individu maupun secara kelompok (Ohoi), dan tidak ada pengambilalihan oleh pihak pemerintah.

❖ **Penyelesaian Sengketa**

Dalam menyelesaikan sengketa yang muncul dalam masyarakat adat Maluku Tenggara, masih digunakan pendekatan adat oleh masyarakat di Kepulauan Kei. Bentuk penyelesaian sengketa-sengketa adat oleh masyarakat Adat Kei lebih banyak bertumpuk pada masalah tanah dan masalah pelanggaran kesusilaan. Masalah atau sengketa yang muncul diatur dan diselesaikan dengan merujuk pada hukum Larwul Ngabal. Hukum *Larwul* dikenal oleh masyarakat Kei sebagai kaidah yang berhubungan dengan hukum pidana, sedangkan hukum *Ngabal* merupakan cermin dari

kaidah hukum perdata. Adapun tindakan penyelesaiannya atau kewenangan peradilan adat dilakukan secara berjenjang dan dapat digambarkan sebagai berikut:

➤ **Penyelesaian Tingkat Saniri**

Saniri menyelesaikan sengketa di dalam tingkat marga/faam dengan mendengar keterangan kedua belah pihak yang bersengketa. Apabila masalah ini dapat diselesaikan, maka keputusan Saniri bersifat final, sedangkan kalau tidak dapat diselesaikan maka masalah ini ditingkatkan di tingkat Soa.

➤ **Penyelesaian Tingkat Soa**

Penyelesaian sengketa pada tingkat Soa ini adalah kelanjutan dari sengketa yang tidak dapat diselesaikan pada tingkat Saniri. Di mana Saniri dan pihak-pihak yang bersengketa didengar keterangannya, dan apabila dapat diselesaikan oleh Kepala Soa, maka keputusannya bersifat final dan mengikat. Bila tidak dapat diselesaikan, maka perkara tersebut ditingkatkan ke tingkat Ohoi (Orang Kay).

➤ **Penyelesaian Tingkat Ohoi/ Orang Kay.**

Pada tingkat ini, Orang Kay bersama-sama dengan Kepala Soa dan Saniri selaku pemangku adat dapat mengambil keputusan langsung setelah mendengar keterangan dari Soa dan Saniri yang menangani sengketa tersebut. Berdasarkan hasil penelitian lapangan, sampai saat ini, belum ada kasus yang tidak dapat diselesaikan setelah ada putusan Ohoi/Orang Kay.

➤ **Penyelesaian Tingkat Ratschap/Rat**

Penyelesaian pada tingkat ini, apabila terjadi sengketa antar Ohoi yang tidak bisa diselesaikan secara internal Ohoi yang bersengketa. Oleh Rat semua Orang Kay yang memiliki kewenangan adat diundang dalam Rapat Besar Kepala Adat (RBKA) untuk mendengar keterangan dan mempelajari bukti-bukti yang disampaikan oleh masing-masing Ohoi yang bersengketa, dan dari bukti-bukti tersebut, barulah diambil

keputusan adat oleh Rat. Keputusan pada tingkat ini merupakan keputusan final dan mengikat para Ohoi yang bersengketa.

Sampai dengan saat ini, perkara/sengketa masih tetap dapat diselesaikan dengan cara adat, namun telah terjadi perubahan dalam bentuk dan besarnya sanksi. Contoh: Hukuman badan dapat diganti dengan denda, denda benda-benda dapat diganti dengan nilai uang.

Berdasarkan kondisi lapangan ditemukan juga perubahan-perubahan penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh warga masyarakat dengan cara berperkara ke pengadilan umum.

Dari kondisi lapangan juga ditemukan bahwa *Ratschap Lo Lobay* tidak memiliki daerah petuanan atau ohoi-ohoi di bawahnya seperti *Ratschap* yang ada pada *Lor Lim dan Ur Siu*.

Tidak semua Ohoi terdapat *Rat*, hanya Ohoi yang menjadi pusat pemerintahan *Ratschap*. Demikian pula Ohoi tersebut juga terdapat Orang Kay.

- ❖ Kesatuan masyarakat adat ini diatur dalam Peraturan Daerah Provinsi Maluku Nomor 5 Tahun 2005 yang dijabarkan lebih lanjut dalam Peraturan Daerah di Kabupaten Maluku Tenggara yang sampai saat ini masih dalam proses pembahasan di DPRD Kabupaten Maluku Tenggara.

Bahwa melihat dari segi sejarah yang diketahui dari keterangan para pihak, kesatuan masyarakat hukum adat di Kepulauan Kei Provinsi Maluku Tenggara memenuhi kriteria sebagaimana tercantum dalam Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK. Namun demikian, terpenuhinya syarat-syarat tersebut bukan berarti para Pemohon memang benar-benar memiliki kedudukan hukum (*legal standing*).

2. Bahwa memenuhi syarat atau tidaknya *legal standing* pemohon, termasuk dalam kaitannya dengan pembuktian ada tidaknya kerugian konstitusional pemohon dalam perkara yang bersangkutan, terkait erat dengan substansi atau pokok perkara. Oleh karena itu, seringkali majelis hakim tidak dapat mengambil keputusan serta merta sebelum terlebih dulu memeriksa pokok perkara dengan seksama. Dalam banyak kasus, terbukti tidaknya unsur

kerugian konstitusional pemohon baru dapat diketahui secara tepat setelah analisis dan pembuktian dilakukan secara mendalam atas dalil-dalil pemohon yang terdapat dalam pokok permohonan.

Dalam persidangan, terungkap fakta bahwa dalil Pemohon yang mengatakan:

- Pemohon I, Abdul Hamid Rahayaan, menyatakan dalam permohonannya bertindak dalam kedudukannya sebagai Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Lor Lim* atau *Lim ITEL* yang membawahi 7 (tujuh) *Ratschap* yang setiap *Ratschap* dikepalai oleh seorang kepala *Ratschap* yang disebut Raja;
- Pemohon II, Gasim Renuat, menyatakan dalam permohonannya sebagai Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap* Dullah, yang terdiri dari sembilan desa, berkedudukan di Desa Dullah, Kecamatan Dullah, yaitu sebuah *Ratschap* yang di bawah Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ur Siw* atau *Siw Ifaak*;
- Pemohon III, Abdul Gani Refra, menyatakan dalam permohonannya bertindak dalam kedudukannya sebagai Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap* Lo Ohoitel yaitu *Ratschap* yang berada di bawah Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Lor Lim* atau *Lim ITEL* yang terdiri dari lima desa;
- Para Pemohon mendalilkan dengan adanya UU Pembentukan Kota Tual merugikan hak-hak Pemohon yang dijamin dalam Pasal 18B UUD 1945 dengan alasan:
 - Pembentukan UU Pembentukan Kota Tual tidak memenuhi syarat administrasi, syarat teknis, dan syarat fisik.
 - Dengan terjadinya pemekaran Kabupaten Maluku Tenggara menjadi Kabupaten Maluku Tenggara dan Kota Tual, masyarakat hukum adat para Pemohon yang berada di luar tempat kedudukan para Pemohon berpotensi untuk membentuk kesatuan masyarakat hukum adat sendiri lepas dari daerah kekuasaan adat dan masyarakat adat para Pemohon.

mendapatkan sanggahan dari para saksi yang menyatakan bahwa:

Universitas Indonesia

- Abdul Hamid Rahayaan bukan Pimpinan *Pata Siwa* di *Key* Maluku Tenggara. Di *Key* tidak dikenal adanya *Pata Siwa* dan *Pata Lima*, tetapi hanya dikenal *Ur Siw* dan *Lor Lim*
- Gasim Renuat hanyalah Pejabat Kepala Desa bukan Kepala Kesatuan Masyarakat Hukum Adat *Ratschap* Dullah. Sedangkan Raja *Ratschap* Dullah adalah H.N. Renuat;
- para Pemohon tidak dapat membuktikan bahwa para Pemohon secara sah dapat mewakili kesatuan masyarakat hukum adat yang di atasnamakan oleh para Pemohon.
- Di samping itu, para Pemohon juga tidak dapat membuktikan secara spesifik dan tertentu adanya kerugian hak konstitusional sebagai akibat berlakunya UU Kota Tual dengan alasan: Pertama, pembentukan UU Pembentukan Kota Tual telah sesuai dengan ketentuan yang berlaku; Kedua, ketika terjadi pemekaran suatu wilayah pemerintahan, seperti antara Kabupaten Maluku Tenggara dan Kota Tual, maka secara konstitusional pemerintah tidak berwenang untuk membagi atau memekarkan wilayah masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya atau hak asal-usulnya. Karena kewenangan otonomi tidak termasuk dalam wilayah kewenangan otonomi desa atau kesatuan masyarakat hukum adat yang merupakan otonomi bawaan atau otonomi asli. Dengan demikian kekuatiran para Pemohon, dengan pemekaran Kota Tual akan terjadi terbentuknya kesatuan masyarakat hukum adat baru, hal seperti ini tidaklah beralasan, karena hal tersebut secara konstitusional telah dibatasi dan tidak bertentangan dengan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945.

Dengan tidak terpenuhinya syarat-syarat untuk menjadi Pemohon dalam perkara pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (*judicial review*) khususnya dalam kualifikasi Pemohon adalah kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang sebagaimana tercantum dalam Pasal 51 ayat (1) huruf b UU MK dan

Putusan Mahkamah Nomor 006/PUU-III/2006 dan 11/PUU-V/2007 maka berdasarkan Pasal 56 ayat (1) UU MK, pemohon tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam mengajukan permohonan pengujian UU Pembentukan Kota Tual.



BAB V

PENUTUP

5.1. KESIMPULAN

Keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat di Indonesia merupakan suatu keniscayaan yang tidak dapat terbantahkan. Dalam kenyataannya, antara hukum adat dengan masyarakat hukum adat merupakan satu kesatuan yang tidak dapat terpisahkan. Keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat ini dapat dilihat melalui beberapa kurun waktu yaitu:

1. Masa sebelum tahun 1945

Dalam masa ini segala sesuatunya bersumber pada pusat kesaktian, rasa magi, dan animisme. Kesatuan masyarakat hukum adat berjalan mengikuti adat istiadat yang dipengaruhi oleh alam serba sakti. Kepercayaan animisme yang bersifat "fetisime" menganggap bahwa segala yang ada di alam semesta ini serba berjiwa bahkan kekuatan jiwanya melebihi kekuatan manusia normal, sedangkan yang bersifat "spiritisme" menganggap bahwa roh-roh leluhur itu selalu ada dan menyertai di sekeliling alam semesta.

Penataan konsep politik dan keamanan terjadi pada masa runtuhnya kerajaan Sriwijaya dan berdirinya kerajaan Majapahit. Namun demikian di daerah pedalaman masih bertahan kebiasaan dan tradisi hukum adat yang tradisional.

2. Masa kolonial

Pada masa ini terjadi beberapa peralihan kekuasaan pemerintah kolonial yang mengakibatkan perubahan dalam penataan hukum adat. Meskipun hukum adat diakui namun tetap hukum adat dipandang lebih rendah tingkatannya jika dibandingkan dengan hukum Barat dan dalam kenyataannya dalam praktek sehari-hari yang berlaku adalah hukum militer, hukum adat sama sekali tidak pernah mendapat tempat. Di masa kolonial inilah muncul penetapan asas kodifikasi dan unifikasi. Selain itu, penelitian mengenai masyarakat hukum adat mulai dilakukan oleh ilmuan-ilmuan barat seperti Ter Haar dan van Vollenhoven. Dari penelitian-penelitian tersebut muncul suatu

definisi mengenai masyarakat hukum adat, apa saja yang menjadi kriteria bagi kesatuan masyarakat hukum adat, dan pembagian wilayah hukum adat.

3. Masa kemerdekaan

Pengakuan hukum adat dan kesatuan masyarakat hukum adat dimulai dengan dimasukkannya masyarakat hukum adat di dalam penjelasan UUD 1945. Pada ketentuan ini, masyarakat hukum adat diakui secara apa adanya tanpa ada persyaratan-persyaratan tertentu. Tonggak kedua pengakuan kesatuan masyarakat hukum adat lahir setelah 15 tahun sejak diakuinya masyarakat hukum adat dalam penjelasan UUD 1945 yaitu melalui UU Nomor 5 Tahun 1960 tentang UUPA. Namun demikian, pengakuan terhadap kesatuan masyarakat hukum adat dalam UUPA ini tidak sama dengan pengakuan dalam UUD 1945. Dalam UUPA berlaku pengakuan bersyarat, dimana kesatuan masyarakat hukum adat baru diakui keberadaannya jika memenuhi beberapa persyaratan. Pengakuan bersyarat inilah yang kemudian diikuti oleh peraturan-peraturan lainnya, bahkan dalam Amandemen UUD 1945 juga mencantumkan persyaratan-persyaratan tersebut, diantaranya sepanjang masih hidup, sesuai dengan perkembangan masyarakat, sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, dan diatur dalam undang-undang.

Faktor-faktor yang dapat digunakan untuk mengidentifikasi keberadaan masyarakat hukum adat sehingga memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk menjadi Pemohon dalam pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 (*judicial review*) sebagai berikut:

- a. Kualifikasi Pemohon sebagai kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- b. adanya hak konstitusional kesatuan masyarakat hukum adat yang diberikan oleh UUD 1945;
- c. bahwa hak konstitusional kesatuan masyarakat hukum adat tersebut dianggap oleh kesatuan masyarakat hukum adat telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;

- d. kerugian konstitusional kesatuan masyarakat hukum adat yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- e. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;
- f. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

5.2. SARAN

1. Perlunya kebijakan dan strategi nasional yang terpadu dalam perlindungan eksistensi dan hak-hak masyarakat hukum adat. Hal ini dapat diwujudkan dalam pembuatan suatu undang-undang yang khusus mengatur mengenai kesatuan masyarakat hukum adat.
2. Perlunya diadakan penelitian guna menginventarisir kesatuan masyarakat hukum adat mana saja yang masih hidup dan kesatuan masyarakat hukum adat mana yang sudah mati. Hal ini sangat penting dilakukan dalam kaitannya dengan perlindungan hak-hak kesatuan masyarakat hukum adat.
3. Perlunya mengadakan harmonisasi hukum dari demikian banyak norma hukum yang walaupun mengatur materi muatan yang sama namun terkesan masih amburadul antara yang satu dengan yang lain.
4. Perlunya mengadakan sosialisasi kepada kesatuan masyarakat hukum adat terkait dengan adanya hak kesatuan masyarakat hukum adat untuk mengajukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 apabila undang-undang *a quo* telah merugikan hak konstitusional masyarakat hukum adat.

DAFTAR REFERENSI

a. Buku

- Akbar, M. Rizal. et al. *Tanah Ulayat dan Keberadaan Masyarakat Adat*. Pekanbaru: LPNU Press bekerjasama dengan Lembaga Adat Melayu Riau, 2005.
- Arinanto, Satya. *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*. Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum UI, 2004.
- , *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2005.
- , *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- , *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- , *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Jilid II*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006.
- , *Pokok-Pokok Hukum Tata negara Indonesia Pascareformasi*. Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2007.
- , *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2008.
- dan M. Ali Safa'at. *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006.
- Bahar, Saafroedin. *Konteks Kenegaraan Hak Asasi Manusia*. Jakarta: PT Multazam Mitra Prima, 2002.
- , *Inventarisasi dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat*. Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2005.

- Budiardjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2006.
- Dimiyati, Khudzaifah. *Teorisasi Hukum, Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1946-1990*. Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004.
- Donardono, Donny. ed. *Wacana Pembaharuan Hukum di Indonesia*. Jakarta: Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), 2007.
- Fajar, Mukthie. *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006.
- Fatkhurohman; Dian Aminudin; dan Sirajuddin. *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004.
- Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*. eight edition. St. Paul: West Publishing co, 1999.
- Harjono. *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law And State*. New York: Russel & Russel, 1973.
- Mahfud MD, Moh. *Politik Hukum di Indonesia*. Jakarta: Pustaka LP3ES, 2006.
- . *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*. Jakarta: Pustaka LP3ES, 2006.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana, 2007.
- Marzuki, Laica. *Berjalan-jalan di Ranah Hukum, Pikiran-Pikiran Lepas Prof. Dr. H. M. Laica Marzuki, S.H.*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006.
- Muhammad, Busar. *Asas-Asas Hukum Adat, Suatu Pengantar*. Jakarta: Pradnya Paramitha, 2002.
- . *Pokok-Pokok Hukum Adat*. Jakarta: PT Penebar Swadaya, 2002.
- Nasir, M. *Hukum Acara Perdata*. Jakarta: Djembatan, 2003.
- ND, Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum*. Cet. I. Yogyakarta: Percetakan Pensil Komunika, 2007.

- Palguna, I Dewa Gede. *Saya Sungguh Mencemaskan Bali*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008.
- , *Mahkamah Konstitusi, Judicial Review dan Welfare State*, Kumpulan Pemikiran I Dewa Gede Palguna. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008.
- Pusat Bahasa. *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008.
- Roestandi, Achmad. *Mahkamah Konstitusi Dalam Tanya Jawab*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006.
- Rosyida, Hilmy dan Bisariyadi. *Inventarisasi dan Perlindungan Hak Masyarakat Hukum Adat*. Jakarta: Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, dan Departemen Dalam Negeri, 2005.
- Siahaan, Maruarar. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2006.
- , *Undang-Undang Dasar 1945 Konstitusi Yang Hidup*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008.
- Soejono dan H. Abdurrahman. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: PT Rineka Cipta, 2003.
- Soekanto, Soerjono. *Sosiologi suatu pengantar*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2001
- , *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI Press, 2006.
- dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2006.
- Soemadiningrat, Otje Salman. *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*. Bandung: Penerbit PT Alumni, 2002.
- Soemantri, Sri. *Hak Uji Material di Indonesia*. Bandung: Alumni, 1997.
- Soepomo. *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*. Jakarta: PT Pradnya Paramitha, 2007.
- Subekti, R. *Hukum Adat Indonesia dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung*. Bandung: Penerbit PT Alumni, 2006.

- Sudikno Mertokusumo. *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Yogyakarta: Liberty, 2002.
- Sunggono, Bambang. *Metodologi Penelitian Hukum*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006.
- Suseno, Franz Magnis. *Etika Politik*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1999.
- Tim HuMa. ed. *Pluralisme Hukum: Sebuah Pendekatan Interdisiplin*. Jakarta: Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), 2005.
- Tri, Ignas, Hilmy Rosyida dan Budi Latif. ed. *Mewujudkan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat, Himpunan Dokumen Peringatan Hari Internasional Masyarakat Hukum Adat Sedunia, 9 Agustus 2006*. Jakarta: Komisi Hak Asasi Manusia, 2006.
- Widjaja, A.W. *Pemerintahan Desa dan Administrasi Desa*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2002.
- Wiranata, I Gede A.B. *Hukum Adat Indonesia, Perkembangannya dari Masa ke Masa*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2005.

b. Tesis/Disertasi

- Lumbanraja, Jara. "Legal Standing Pemohon Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang (Judicial Review) Terhadap Undang-Undang Dasar". Tesis Universitas Indonesia, Jakarta, 2004.
- Zanibar, Zen. "Otonomi Desa Dengan Acuan Khusus Pada Desa di Propinsi Sumatera Selatan". Disertasi Universitas Indonesia, Jakarta, 1999.

c. Hasil Penelitian

- Laboratorium Konstitusi Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara bekerjasama dengan Hans Seidel Foundation Indonesia. Laporan Diskusi Akademik. *Mendefinisikan Masyarakat Hukum Adat*. Medan: Laboratorium Konstitusi Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara bekerjasama dengan Hans Seidel Foundation Indonesia, 2008.
- Nurtjahjo, Hendra, Sophian Martabaya dan Novrizal Bahar. Laporan Penelitian. *Legal Standing Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Dalam Berperkara di*

Mahkamah Konstitusi. Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2007.

Mahkamah Konstitusi. Laporan Diskusi Terbatas. *Kedudukan Hukum Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dan Keterkaitannya dengan Pemekaran Wilayah*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008.

d. Makalah

Asshiddiqie, Jimly. "Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat". Makalah disampaikan pada Lokakarya Nasional Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat, Jakarta, 10 Desember 2007.

Naim, Mochtar. "Praktek Perlindungan Masyarakat Hukum Adat di Asia". Makalah disampaikan pada Lokakarya Realisasi Perlindungan Masyarakat Hukum Adat, Jakarta, 10-11 Desember 2007.

Billah, M.M. "Hak Masyarakat Adat dan Pembangunan Lokal". Makalah disampaikan pada Seminar Peran Agama-Agama Dalam Revitalisasi Budaya Sasak Untuk Pembangunan Lokal, Mataram, 7 Maret 2007.

Saleh, Anwar. "Praktek, Gagasan dan Upaya Perlindungan Masyarakat Hukum Adat di Indonesia". Makalah disampaikan pada Lokakarya Perlindungan Hak Konstitusional Masyarakat Hukum Adat di Gedung Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 10 Desember 2007.

Soeprapto, Enny. "Ratifying The ILO Convention 169 on Indigenous and Tribal Peoples and/or Drafting A Bill on The Protection of The Constitutional Rights of The Adat Law Community: A Policy Option. Notes presented to The National Workshop of The Protection of The Constitutional Rights of The Adat Law Community, Jakarta, 10-11 December 2007.

Zanibar, Zen. "Masyarakat Hukum Adat". Makalah disampaikan pada Diskusi Terbatas Kedudukan Kesatuan Masyarakat Hukum Adat dan Keterkaitannya dengan Pemekaran Wilayah, Jakarta, 3 Juni 2008.

e. Perundang-undangan

Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasca Amandemen.

Indonesia, undang-Undang tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, UU RI No. 5 Tahun 1960, LN 104 Tahun 1960, TLN No. 2043.

Indonesia, Undang-Undang tentang Pemerintahan Desa, UU RI No. 5 Tahun 1979, LN No. 56 Tahun 1979, TLN No. 3153.

Indonesia, Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia, UU RI No. 39 Tahun 1999.

Indonesia, Undang-Undang tentang Kehutanan, UU RI No. 41 Tahun 1999.

Indonesia, Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, UU RI No. 24 Tahun 2003, LN No. 98 Tahun 2003.

Indonesia, Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman, UU RI No. 4 Tahun 2004.

f. Putusan

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 006/PUU-III/2006 tanggal 7 Desember 2006.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 11/PUU-V/2007 tanggal 20 September 2007.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 31/PUU-V/2007 tanggal 18 Juni 2008.

g. Internet

Anggoro, Teddy. *Masyarakat Hukum Adat Dan HAM Dalam Lingkup Negara Kesatuan Republik Indonesia*. <<http://www.scribd.com/doc/8815700/Teddy-Pengakuan-Masyarakat-Hukum-Adat-Dan-Hak>>, Rabu, 3 Juni 2009.

Bahar, Saafroedin. "Kebijakan Negara Dalam Rangka Pengakuan, Penghormatan, dan Perlindungan Masyarakat (Hukum) Adat di Indonesia". Makalah disampaikan pada Workshop Hasil Penelitian di Tiga Wilayah. http://pusham.uui.ac.id/upl/article/en_bahar.pdf, Senin, 13 Juli 2009.

[http://en.wikipedia.org/wiki/Standing_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Standing_(law)), Rabu, 14 Januari 2009.

- Kajian Hukum Tentang Peluang Dan Kendala Bagi Kebijakan Daerah Dalam Penguatan Tenurial Adat*, http://qbar.or.id/index.php?option=com_content&task=view&id=53&temid=32, Rabu, 3 Juni 2009.
- Metrokusumo, Sudikno. *Gugatan Actio Popularis dan Batas Kewenangan Hakim*. <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=15774&cl=Kolom>>, Rabu, 27 Agustus 2008.
- Santoso, Iman. *Bagaimana Seharusnya Kita Menghormati Hak Masyarakat Hukum Adat?*. <http://www.wg-tenure.org/file/Makalah/Bagaimana_kita_menghormati_hak_masy_hukum_adat.pdf>, Rabu, 3 Juni 2009.
- Saptaningrum, Idriaswati Dyah. *Mencari Format Kerangka Kebijakan yang Ramah Bagi Masyarakat Lokal: Sebuah Diskusi Awal*. <http://www.interseksi.org/publications/essays/articles/mencari_format_kebijakan_bagi_masyarakat_lokal.html>, Rabu, 3 Juni 2009.
- Simarmata, Rikardo. *Menyongsong Berakhirnya Abad Masyarakat Adat: Resistensi Pengakuan Bersyarat*. <<http://dte.gn.apc.org/AMAN/publikasi/Artikel%20politik%20Simarmata.htm>>, Kamis, 28 Agustus 2008.

